

**Die Fristsetzung zur Erfüllung und Nacherfüllung
und ihre Entbehrlichkeit
§§ 281, 323, 637 BGB**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Tobias Huth

aus

Hamburg

Hamburg

2006

Hauptgutachter: Professor Dr. Frank Peters
Nebengutachter: Professor Dr. Heribert Hirte
Tag der mündlichen Prüfung: 25. Januar 2006

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Ganz besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Frank Peters, der die Arbeit beständig betreut hat. Seine verständnisvolle Ansprechbarkeit und Zuwendung bei allen Fragen haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Des weiteren bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Heribert Hirte für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich möchte an dieser Stelle auch meinen Eltern von ganzem Herzen danken, die mich bei allen meinen Schritten immer und umfassend unterstützt haben.

Hamburg, Februar 2006

Tobias Huth

Inhalt

§ 1 Einleitung	1
A. Ausgangslage.....	1
B. Gang der Darstellung	2
§ 2 Die Frist zur Erfüllung und Nacherfüllung im deutschen Recht	5
A. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch	5
I. Erste Lesung	7
II. Zweite Lesung	10
III. Dritte Lesung	11
B. Bürgerliches Gesetzbuch	12
I. Die Frist im BGB alter Fassung	12
1. Entstehung der Fristsetzung	12
a. Erste Kommission	13
b. Zweite Kommission	15
2. Inhalt des § 326 BGB a.F.	17
a. § 326 Abs. 1 BGB a.F.	17
b. § 326 Abs. 2 BGB a.F.	20
3. Kritik am BGB alter Fassung	22
a. Schadensersatz wegen Nichterfüllung	22
b. Rücktritt	24
II. Das BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.....	26
1. Entstehung.....	26
2. Die Frist zur Leistung und Nacherfüllung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.....	27
a. Schadensersatz statt der Leistung.....	28
b. Rücktritt	29
c. Selbstvornahme.....	30
3. Unterschiede zum BGB alter Fassung.....	30
a. Ablehnungserklärung	30
b. Verzug	32
c. Primärleistungsanspruch	32
d. Nebeneinander von Schadensersatz und Rücktritt	32
e. Kauf- und Werkvertragsrecht.....	33
4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung.....	33
C. Ergebnis.....	36

§ 3 Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung	38
A. Begriff	38
B. Sinn und Zweck	40
C. Rechtsnatur und Beteiligte.....	41
D. Inhalt und Voraussetzungen der Fristsetzung nach Fälligkeit.....	41
I. Frist zur Leistung oder Nacherfüllung.....	41
II. Frist zur Erklärung oder zu notwendigen Vorbereitungshandlungen	42
III. Androhung von Rechtsfolgen	46
1. Erforderlichkeit	46
2. Wirkung einer Ablehnungserklärung im Sinne des BGB alter Fassung	50
a. Wirksamkeit.....	51
b. Verbindlichkeit	52
IV. Fälligkeit	54
V. Durchsetzbarkeit.....	55
1. § 273 BGB	56
2. § 320 BGB	56
3. Verjährung	56
4. Unmöglichkeit.....	56
VI. Verzug und Vertretenmüssen	57
E. Abmahnung	60
F. Fristbeginn.....	61
G. Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach Fälligkeit.....	61
I. Unmöglichkeit	62
II. Ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung	63
1. Regelung im BGB alter Fassung	65
a. Gewohnheitsrechtliche Herleitung	65
b. Systematische Einordnung.....	67
2. Regelung nach der Reform des Schuldrechts	68
a. Nach Fälligkeit der Leistung	68
b. Verweigerungsrecht des Schuldners im Kauf- und Werkvertragsrecht.....	68
c. Rechtswidrigkeit der Erfüllungsverweigerung.....	71
d. Rücknahme der Verweigerung.....	71
III. Relatives Fixgeschäft	71
1. Regelung im BGB alter Fassung	71
2. Regelung nach der Reform des Schuldrechts	72
a. Entstehung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB	72
b. Anwendbarkeit auf § 281 BGB	73

aa. Gesetzesbegründung	73
bb. Objektive Umstände	74
cc. Auswirkungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB	75
dd. Ergebnis	75
IV. Besondere Umstände	76
1. Vereinbarung oder Verzicht	76
2. Interessewegfall	77
a. Voraussetzungen	77
b. Just-In-Time-Verträge	79
V. Fehlschlagen der Nacherfüllung	80
VI. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung	81
H. Angemessenheit der Fristsetzung nach Fälligkeit	82
I. Frist zur Leistung	83
1. Parteivereinbarungen	83
2. Objektive Maßstäbe	84
a. Die Angemessenheit in der Rechtsprechung	84
aa. BGH WM 1973, 1020	84
bb. BGH WM 1973, 1403	84
cc. BGH NJW 1982, 1279	84
dd. BGH WM 1985, 467	85
ee. BGH WM 1985, 1106	85
ff. BGH ZIP 1997, 646	85
gg. Ergebnis	85
b. Vorschläge zur Bemessung	88
c. Ergebnis	89
3. Zu kurze Frist	90
4. Zu lange Frist	93
II. Frist zur Nacherfüllung	93
I. Ergebnis	95
§ 4 Fristsetzung vor Fälligkeit der Leistung	96
A. Frist zur Leistung	96
B. Fristsetzung zur Erklärung oder zu notwendigen Vorbereitungs- handlungen	97
I. Bisherige Praxis	97
1. BGH MDR 1970, 756	98
2. BGH JR 1976, 282	99
3. BGH NJW 1977, 35	99
4. BGH WM 1982, 982	99
5. BGH NJW 1983, 989	100
6. Ergebnis	101

Inhalt

II.	Einordnung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	101
1.	Entstehung des § 323 Abs. 4 BGB	102
2.	Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB	105
a.	Offensichtlichkeit.....	106
b.	Einschränkung des § 323 Abs. 4 BGB	109
aa.	Fristsetzung zur Erklärung.....	109
bb.	CISG.....	112
cc.	Solvenzbedingte Zweifel	112
dd.	Wahrscheinlichkeit der Schlechtleistung	113
3.	Erfordernis einer Ablehnungserklärung	114
4.	Ergebnis	114
III.	Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB auf § 281 BGB.....	115
1.	Kodifizierung der positiven Forderungsverletzung	115
2.	CISG	116
3.	Unterschiede zwischen Schadensersatz und Rücktritt.....	116
4.	Systematische Einordnung	117
5.	Ergebnis	118
C.	Entbehrlichkeit der Fristsetzung vor Fälligkeit.....	118
I.	Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB auf die Leistungs- verweigerung vor Fälligkeit.....	119
1.	Fehlende Offensichtlichkeit	119
2.	Rechtliche Einordnung	120
II.	Relatives Fixgeschäft	124
III.	Interessewegfall.....	124
VI.	Ergebnis.....	125
D.	Angemessenheit der Fristsetzung vor Fälligkeit	125
I.	Frist zur Leistung.....	125
II.	Frist zur Erklärung.....	126
1.	BGH NJW 1983, 989	126
2.	OLG Hamm NJW-RR 1995, 1519	126
3.	Ergebnis	127
§ 5 Ausübung des Wahlrechts.....		128
A.	Ausgangslage.....	128
B.	Lösungsmöglichkeiten	131
I.	Analogie	131
II.	Treu und Glauben.....	132
1.	Verwirkung	132
2.	Leistungserbringung oder Leistungsangebot.....	133
3.	Geringfügige Überschreitung der Frist.....	136
III.	Ergebnis.....	138

VIII

§ 6 Fristen und Allgemeine Geschäftsbedingungen	139
A. Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	140
I. Ablehnungserklärung	140
II. Hinweispflicht auf Konsequenzen der Fristversäumung	142
III. Ergebnis.....	143
B. Angemessenheit der Frist.....	143
I. BGH NJW 1981, 1511	144
II. OLG Frankfurt am Main DB 1981, 884	144
III. BGH NJW 1985, 320	144
IV. BGH WM 1985, 199	145
V. OLG Düsseldorf EWiR 1999, 577	145
VI. Ergebnis.....	145
VII. Zu kurze Frist	147
VIII. AGB- und Vertragsmuster.....	147
§ 7 Zusammenfassung	150

§ 1 Einleitung

A. Ausgangslage

Die Fristsetzung zur Erfüllung existiert im deutschen Recht seit 1861. Gemäß Art. 356 ADHGB konnte beim Handelskauf der eine Teil dem anderen bei Verzug mit der Leistung eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten setzen. Was zunächst als eine Art Notlösung im Gesetzgebungsverfahren zum ADHGB entstanden war, entpuppte sich mit der Zeit in der alltäglichen Anwendung als gelungenes Mittel, um die Interessen von Gläubiger und Schuldner gleichermaßen zu berücksichtigen.

So war es nur die logische Konsequenz, dass die Nachfrist im Jahre 1900 auch in § 326 Abs. 1 in das BGB alter Fassung aufgenommen wurde.

Nach langen Vorarbeiten, unterbrochen von Zeiten der Untätigkeit und unter dem Druck, EU-Richtlinien umzusetzen, hat es der Gesetzgeber schließlich vollbracht, das BGB zu reformieren und am 1. Januar 2002 das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft treten zu lassen. Dieses Gesetz hat das BGB zum Teil nachhaltig verändert.

Im Mittelpunkt steht dabei die umfassende Neugestaltung des Leistungsstörungenrechts.

Dabei ging es in erster Linie nicht darum, materielle Ergebnisse zu verändern, sondern das Recht einfacher und übersichtlicher zu gestalten.¹

Der Gesetzgeber hat sich zu diesem Zweck für eine Zusammenfassung aller Leistungsstörungen unter dem Begriff der Pflichtverletzung in §§ 280 ff. BGB entschieden. Die Pflichtverletzung stellt jetzt den Tatbestand dar, auf dem alle Rechtsbehelfe des Gläubigers wegen einer Leistungsstörung aufbauen. Die Bedeutung des Allgemeinen Schuldrechts wurde dadurch erheblich vergrößert, wurde doch auf diesem Weg beispielsweise die Wandelung aus dem Besonderen Teil in die Rücktrittsregeln integriert. Das Besondere Schuldrecht enthält allerdings noch einige Ergänzungen zum Allgemeinen Teil.

Eine weitere Auswirkung des zentralen Begriffs der Pflichtverletzung ist die fast identische Ausgestaltung der Voraussetzungen für den Schadensersatz statt der Leistung und den Rücktritt.

¹ BT-Drucks. 14/6040 S. 98.

Zweites wesentliches Strukturmerkmal des neuen Leistungsstörungsrechts ist die Pflicht des Gläubigers, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Erfüllung zu setzen,² sofern die Leistung nicht oder nicht wie vereinbart (Sachmangel) erbracht wurde. Die Nachfrist hat damit also auch diese Veränderung des BGB überdauert und findet sich nun in den §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB wieder.

Will der Gläubiger wegen Nicht- oder Schlechtleistung Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten, so muss er dem Schuldner grundsätzlich eine angemessene Frist zur Erfüllung oder Nacherfüllung setzen. Zudem muss der Besteller eines Werkes gemäß § 637 Abs. 1 BGB eine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen, wenn er den Mangel selbst beseitigen will.³

Die wesentliche Neuerung besteht darin, dass keine Ablehnungserklärung mehr mit der Fristsetzung verbunden werden muss. Betroffen ist somit die Art und Weise der Fristsetzung. Außerdem ist, zumindest formal, kein Verzug des Schuldners mehr erforderlich. Der Verzug ist nur noch relevant, wenn es um den Ersatz von Verzögerungsschäden geht. Dagegen ist bei der Leistungsverzögerung, wie sie die §§ 281, 323 BGB meinen, die Pflichtverletzung der Anknüpfungspunkt.

Bemerkenswert ist außerdem, dass für den Rücktritt kein Verschulden des Schuldners mehr erforderlich ist.

Auf der Rechtsfolgenseite hat die Reform ergeben, dass Schadensersatz und Rücktritt sich nicht mehr ausschließen und der primäre Erfüllungsanspruch solange bestehen bleibt, bis der Gläubiger von seinen Sekundärrechten Gebrauch macht.

B. Gang der Darstellung

Ziel dieser Arbeit ist es, die Integration der Fristsetzung zur Leistung und Nacherfüllung in das Leistungsstörungsrecht und dabei auftretende Probleme darzustellen und auf Lösungsmöglichkeiten hinzuweisen.

Dabei lässt sich im Wesentlichen eine gedankliche Gliederung in drei Zeiträume vornehmen, die durch den Ablauf der Abwicklung eines gestörten Vertrags vorgegeben ist, sofern das Ziel des Gläubigers darin besteht,

² BT-Drucks. 14/6040 S. 92 f.

³ In gleicher Weise erforderlich ist eine Fristsetzung für die Minderung des Käufers gemäß § 441 Abs. 1 S. 1 BGB und des Bestellers gemäß § 638 Abs. 1 S. 1 BGB sowie den allgemeinen Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 284 BGB, der an Stelle des Schadensersatzanspruchs möglich ist.

Schadensersatz statt der Leistung zu erhalten oder vom Vertrag zurückzutreten. Es handelt sich um die Zeiträume vor und nach Fälligkeit der Leistung sowie nach erfolglosem Ablauf der Frist.

Zunächst wird aber nachgezeichnet, wie die Frist in das deutsche Recht gelangt ist. Dazu wird auf die Entstehung des ADHGB eingegangen. Anschließend wird die Schaffung des BGB und dessen Veränderung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz unter dem Gesichtspunkt der Betroffenheit der Fristsetzung beschrieben. Dabei wird dargestellt, welche Schwachpunkte das BGB alter Fassung enthielt und es erfolgen ein Vergleich und eine Auseinandersetzung mit dem Lösungsweg des Gesetzgebers im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.

Anschließend wird dargestellt, wie die Fristsetzung praktisch zu erfolgen hat, das heißt insbesondere, welche Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit vorliegen müssen und welche Fragen die gesetzlichen Regelungen offenlassen. Dabei ist zwischen der Fristsetzung vor Fälligkeit und der Fristsetzung nach Fälligkeit zu trennen. Die Fälligkeit der Leistung stellt den für die Fristsetzung entscheidenden Zeitpunkt dar, den sowohl § 281 Abs. 1 BGB als auch § 323 Abs. 1 BGB ausdrücklich fordern.

Für den Gesetzgeber ist die Fristsetzung nach Fälligkeit daher auch der Normalfall. Hier liegt eines der erheblichen Versäumnisse des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Es gibt vertragliche Konstellationen, und dies sind gerade die schwierig zu entscheidenden Fälle, in denen der Gläubiger die Möglichkeit haben muss, bereits vor Eintritt der Fälligkeit eine Frist setzen zu können. Dies war auch schon im Rahmen des BGB alter Fassung erkannt worden und wurde mit Hilfe der positiven Forderungsverletzung dergestalt gelöst, dass der Gläubiger eine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft oder Arbeitsaufnahme setzen konnte. Das reformierte Schuldrecht enthält keine befriedigende Lösung dieses Problems, obwohl die positive Forderungsverletzung eigentlich in das Gesetz integriert werden sollte. Lediglich in § 323 Abs. 4 BGB ist eine undeutliche Formulierung zum Rücktritt vor Fälligkeit enthalten, während § 281 BGB keinerlei Angaben in dieser Hinsicht macht.

Eng verknüpft damit ist die Frage, was genau der Gläubiger in Verbindung mit der Fristsetzung fordern darf. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die Frist zur Leistung oder Nacherfüllung gesetzt werden. Hier stellt sich die Frage, ob eine derartige Regelung ausreichend ist und ob nicht auch die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme bestehen sollte oder dies vor Eintritt der Fälligkeit sogar notwendig wäre.

Weiterhin wird auf die Entbehrlichkeit der Fristsetzung eingegangen. Wie auch schon nach altem Recht kann der Gläubiger beim Auftreten einer Leistungsstörung unter Umständen sofort und ohne Fristsetzung von seinen Sekundärrechten Gebrauch machen. Hier ist die Aufmerksamkeit zunächst auf die Erfüllungsverweigerung des Schuldners zu richten, die, sofern ernsthaft und endgültig ausgesprochen, eine Fristsetzung überflüssig macht. Der Gesetzgeber hat es in diesem Zusammenhang versäumt, mit der Verweigerung vor Fälligkeit einen in der Praxis häufigen Fall zu normieren, der zuvor mit Hilfe der positiven Forderungsverletzung gelöst wurde. Bei der Ausgestaltung weiterer Entbehrlichkeitsgründe bestehen ebenso Zweifel an ihrer Tauglichkeit.

Ferner gilt es die Frage zu klären, wann eine Frist angemessen ist. Getrennt nach Zeitpunkt und Inhalt der Fristsetzung wird anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung die Ermittlung der Angemessenheit erläutert.

Einen weiteren wichtigen Punkt stellt die Ausübung des nach erfolglosem Fristablauf entstehenden Wahlrechts des Gläubigers dar. Eine gesetzliche Regelung besteht nur in § 350 BGB für den vertraglich vereinbarten Rücktritt. Es wird geprüft, welche Möglichkeiten der Schuldner hat und haben sollte, die vor Erklärung des Rücktritts oder Schadensersatzverlangens bestehende Schwebelage bei Bedarf zu verkürzen und den Gläubiger zu einem Tätigwerden zu veranlassen.

Ferner gilt es zu ermitteln, welche Möglichkeiten sich den Verwendern von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bieten, um Einfluss auf die Fristsetzung zur Leistung und Nacherfüllung zu nehmen.

§ 2 Die Frist zur Erfüllung und Nacherfüllung im deutschen Recht

A. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch

Historisches Vorbild der gemäß §§ 281, 323, 637 BGB erforderlichen Frist, die bisher in §§ 326 Abs. 1, 634 Abs. 1 BGB a.F.⁴ zu finden war, ist Art. 356 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 (ADHGB). Die Frist war im Zusammenhang mit dem Rücktritt entwickelt worden und fand schließlich dort und beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung Anwendung.⁵ In Art. 356 ADHGB hieß es mit Geltung für Verzugsfälle im Kaufrecht: „Will ein Kontrahent ... statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Verträge abgehen, so muss er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung gewähren.“

Eine derartige Regelung war zu dem damaligen Zeitpunkt im deutschen Recht etwas völlig Neues.⁶ Weder im gemeinen Recht noch in den Partikularrechten noch im ausländischen Recht hatte es etwas Vergleichbares bis dahin gegeben.

⁴ Mit BGB a.F. (alte Fassung) ist das vom 1. Januar 1900 bis 31. Dezember 2001 gültige BGB gemeint.

⁵ Die entscheidenden Normen des ADHGB lauten:
Art. 354: Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung die Ware unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern oder ob er von dem Verträge abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.
Art. 355: Wenn der Verkäufer mit der Übergabe im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Verträge abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.
Art. 356: Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Verträge abgehen, so muss er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

⁶ Vgl. dazu Huber ZHR 161 (1997), 160, 165, der die Einführung der Nachfrist als wichtigste Änderung der vergangenen 150 Jahre im Recht des Handelskaufs bezeichnet.

Nach dem gemeinen Recht galt das Prinzip, dass der Verzug des Schuldners dem Gläubiger nur Anspruch auf Erfüllung und Ersatz des Verzögerungsschadens gibt, nicht aber das Recht, den Vertrag aufzuheben und das gesamte Vertragsinteresse zu fordern.⁷ Schadensersatz wegen Nichterfüllung konnte der Gläubiger erlangen, wenn die Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund unmöglich geworden war⁸, der Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurteilt worden war und dennoch nicht leistete⁹ oder der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners das Interesse an der Leistung verloren hatte.¹⁰ Die Tatsache, dass ein Rücktrittsrecht im gemeinen Recht nicht vorgesehen war, resultierte aus der Fortwirkung des römischen Rechts, wo, ähnlich wie im Common Law, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung als einziger Rechtsbehelf des Gläubigers anerkannt war.¹¹

Im französischen Recht sah Art. 1184 Cc. zwar vor, dass der Gläubiger bei Verzug des Schuldners ein allgemeines Rücktrittsrecht mit einem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen konnte. Die Vertragsaufhebung konnte er aber nicht selbst erklären, sondern es konnte sie nur ein Richter aussprechen, der allerdings dem Schuldner eine Gnadenfrist zur Erfüllung gewähren konnte.¹²

Diese Regelungen stellten sich in der Praxis als unzureichend heraus. Der Interessewegfall ist ein zu schwer definierbarer Begriff, dessen Nachweis mit Problemen im Prozess verbunden ist. Außerdem besteht die geschuldete Leistung meist in Geld. Der Gläubiger verliert aber auch bei verspäteter Zahlung nicht das Interesse daran.¹³ Daher dürfte die Modalität des Interessewegfalls für Verkäufer keine große Bedeutung gespielt haben.

Die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit ist eher ein seltener Spezialfall, und die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners und Aufhebung des Vertrages durch den Richter abzuwarten war für den Gläubiger zeitraubend, außerdem musste er für die Prozessdauer die Gegenleistung für den Schuldner bereithalten.¹⁴

⁷ Windscheid/Kipp Bd. 2 § 280.

⁸ Windscheid/Kipp Bd. 2 § 264.

⁹ Huber Bd. II S. 185.

¹⁰ Windscheid/Kipp Bd. 2 § 280.

¹¹ Huber Bd. II S. 324 Fn. 1.

¹² Huber Bd. II S. 325.

¹³ Hager S. 121.

¹⁴ Huber Bd. II S. 185.

Für einen Gläubiger, der auf eine Zahlung seines Schuldners wartete, war die Gesetzeslage daher unbefriedigend. Gerade im Handelsverkehr musste eine rasche Abwicklung der Geschäfte möglich sein. Insbesondere bei Termingeschäften musste der Gläubiger in größerem Umfang vom Vertrag abgehen und Schadensersatz verlangen können.¹⁵

In der Praxis behalf man sich daher häufig mit der Vereinbarung besonderer Rücktrittsklauseln.¹⁶

I. Erste Lesung

Für den Gesetzgeber war es damals an der Zeit aktiv zu werden. Bei den Planungen des ADHGB diente neben einem österreichischen Entwurf der preußische Entwurf eines HGB von 1857 als Grundlage der Beratungen. Dort war Art. 1184 Cc. sinngemäß übernommen worden. Art. 250 preuß. Entwurf¹⁷ zu Folge sollte nur der Richter die Vertragsaufhebung anordnen können. Die Gewährung einer Frist wurde ihm allerdings nicht ermöglicht. Dies sollte zu mehr Rechtssicherheit führen und dem Schuldner die Möglichkeit geben, bis zur Entscheidung des Richters den Verzug zu beenden.¹⁸

Der preußische Entwurf stieß in der ersten Lesung zum ADHGB am 14. Mai 1857 auf Kritik und wurde mit 11 gegen 4 Stimmen abgelehnt und den Beratungen über den Handelskauf zugewiesen.¹⁹ Die Einführung eines Rücktrittsrechts rief wegen der Unsicherheit gegenüber dem Neuen Skepsis hervor, so dass sich die Befürworter zunächst nicht durchsetzen konnten. Die Diskussion wurde dann im Zusammenhang mit den Behelfen beim Verzug des Schuldners erneut aufgenommen.²⁰ So konnte das Problem der Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen umgangen werden.

Im Wesentlichen standen sich zwei Positionen gegenüber. Einerseits wurde vertreten, dass bei Verzicht auf die Fristsetzung durch den Richter auch die Einschaltung des Richters selbst überflüssig sei. Sollte der Richter keine

¹⁵ Hager S. 121.

¹⁶ Hager S. 122.

¹⁷ Art. 250 preuß. Entwurf: Wenn bei einem zweiseitigen Verträge, welcher von Seiten eines oder von Seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern.

¹⁸ Preuß. Entwurf Motive S. 131 f.

¹⁹ Prot. ADHGB S. 592 – 607.

²⁰ Prot. ADHGB S. 624 – 632.

Möglichkeit zur Fristgewährung haben, so würde seine Einschaltung zwischen Rechtshängigkeit und Urteil zu einem für die Parteien unangenehmen Schwebestand führen. Dem Gläubiger könne daher bei Verzug des Schuldners ein freies Rücktrittsrecht gewährt werden.²¹

Im Einzelnen wurde argumentiert, durch die Pflicht, das Gericht um Auflösung eines Vertrages anzugehen, werde nicht selten so viel Zeit verloren, bevor der Gläubiger Sicherheit darüber erlange, ob der Vertrag wirklich aufgehoben oder noch zu erfüllen sei, dass der Artikel fast allen Wert verliere. Eine solche Bestimmung erschwere den Handelsverkehr, statt ihn zu erleichtern.²²

Wenn man auf die Anrufung des Richters bestehe, so müsse den Gläubiger in ungerechtfertigter Weise die Beweislast über den Vertrag und über den Verzug des Schuldners treffen.²³ Zu dieser Problematik hieß es weiterhin, dass wenn der Richter ohne Anhörung des Gegenteils vorgehen können sollte - dies wurde in Erwägung gezogen -, so müsste alles lediglich auf Gefahr des Antragenden geschehen und die gerichtliche Einmischung sei bloße Formalität. Sollte der Richter den Gegner zuvor hören, so könne eine Verzögerung die Folge sein, welche dem Interesse des Kaufmannsstandes sehr widerstrebe; für dieses Interesse sei nichts notwendiger, als dass der Kaufmann rasch verfahren könne.²⁴ Außerdem wurde angeführt, dass nicht überall ein Verfahren dieser Art in den Prozessgesetzen geregelt sei.²⁵

Das Recht, vom Vertrag abzugehen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen allein in die Hand des Gläubigers zu legen, hätte aber andererseits alle Geschäfte den Fixgeschäften angenähert, wogegen sich wiederum Bedenken erhoben. Lieferstörungen bei Industrieunternehmen sollten nicht sofort dazu führen, dass das Unternehmen den Auftrag verliere und Schadensersatz zu leisten hätte.²⁶

Zu diesem Punkt hieß es, dass wenn man von der richterlichen Kognition absehen wolle, dann werde man entschieden in allen denjenigen Fällen zu weit gehen, in welchen für die Leistung kein bestimmter Verfalltag bedungen sei. Die Zweifel, welche dann darüber beständen, ob der Schuldner sich im Verzuge befinde oder nicht, ob der Vertrag vom Gläubiger aufgelöst sei oder nicht, ob sonach der Schuldner, ohne in allzu großen Schaden zu kommen, mit der Anschaffung der zu leistenden Ware fortfahren dürfe,

²¹ Prot. ADHGB S. 592 f., 596, 602, 624 f., 626 f.

²² Prot. ADHGB S. 596.

²³ Prot. ADHGB S. 602.

²⁴ Prot. ADHGB S. 627.

²⁵ Prot. ADHGB S. 627.

²⁶ Prot. ADHGB S. 597, 599, 601, 605 f., 629, 630.

würden zu unzähligen Prozessen Anlass bieten oder andere Formvorschriften erforderlich machen, welche zuletzt nicht weniger lästig seien als die sofortige Annehmung des Gerichts.²⁷ Die Einschaltung des Gerichts erspare dem Verkäufer manche Verlegenheit, denn sie biete ihm eine Beruhigung rücksichtlich des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen für die ihm einzuräumenden Befugnisse, worüber außerdem eine Menge Prozesse entstehen würden.²⁸ Gerade in Fällen, in denen die Ware noch nicht übergegangen sei, könne der Verkäufer bei Verzug des Käufers unmöglich beliebig über die Ware disponieren. Ohne Annehmung des Gerichts würde eine unabsehbare Reihe von Prozessen darüber entstehen, ob die Ware vertragsgemäß gewesen sei.²⁹

Die Probleme, denen sich die Kommission bei der Beschlussfassung gegenüber sah, kommen in der Aussage eines der Mitglieder zum Ausdruck, das der Ansicht war, dass wenn hier wirklich ein kurzes und allgültiges Prinzip so leicht zu finden sei, so hätten wohl die klassischen römischen Juristen ein solches und nicht bloß Beispiele gegeben; Beispiele, die völlig genügend seien.³⁰ Alle denkbaren Fälle zu erfassen hielt dieser Teilnehmer für unmöglich.³¹

Um einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Positionen zu schaffen, wurde schließlich am 19. Mai 1857 der Vorschlag gemacht, die Bestimmung müsse so gefasst werden, dass „dadurch die Interessen der Kontrahenten gegenseitig möglichst geschützt würden“.³² Daraufhin wurde zunächst folgende Formulierung beschlossen und schließlich in Art. 301 ADHGB E I festgehalten: Will der Verkäufer oder Käufer wegen des Verzugs der Gegenpartei „von dem Vertrage abgehen, so hat er dies, sofern nicht Gefahr beim Verzuge ist, dem anderen Kontrahenten soweit thunlich vorher anzuzeigen und diesem Gelegenheit zu geben, das Versäumte schleunig nachzuholen, widrigenfalls der Rücktritt vorbehaltlich etwaiger Schadensersatzansprüche des anderen Kontrahenten wirkungslos ist“.³³ Der Verkäufer konnte die Zahlung des Kaufpreises und Ersatz des Verspätungsschadens fordern oder vom Vertrag abgehen und Schadensersatz verlangen. Umgekehrt hatte der Käufer das Recht, die Übergabe der

²⁷ Prot. ADHGB S. 597.

²⁸ Prot. ADHGB S. 626.

²⁹ Prot. ADHGB S. 629.

³⁰ Prot. ADHGB S. 594.

³¹ Prot. ADHGB S. 593 f.

³² Prot. ADHGB S. 632.

³³ Prot. ADHGB S. 632 i.V.m. S. 626. Vgl. auch Prot. ADHGB Beilagenband I S. 196.

Ware mit Ersatz des Verspätungsschadens zu verlangen oder vom Vertrag abzugehen und Schadensersatz zu fordern.³⁴

Der Antrag wurde mit 11 gegen 5 Stimmen angenommen.³⁵ Der Rücktritt war somit auf den Verzug beim Handelskauf beschränkt und der erste Schritt auf dem Weg zur Entstehung der Frist gemacht. In der so genannten Anzeige, vom Vertrag abgehen zu wollen, war bereits die spätere Ablehnungserklärung des § 326 BGB a.F. angelegt.

II. Zweite Lesung

In der zweiten Lesung wurde die Formulierung der Art. 298 - 302 ADHGB E I in der Sitzung vom 17. Februar 1858 erneut hart kritisiert.³⁶ Ihre Gegner befürchteten, dass ein Rücktrittsrecht bei Verzug zu weit führe und das ganze Vertragssystem in ein bedenkliches Schwanken bringe. Es müsse zunächst der Praxis überlassen bleiben, Antworten auf die streitigen Fragen herauszubilden. Die Wirkung der diskutierten Artikel wäre eine allgemeine Ängstlichkeit des Kaufmanns über die Festigkeit seiner Kontraktverhältnisse. Es wurden „unheilvolle Verwirrungen“ befürchtet, sofern der Rücktritt in ein Rechtssystem aufgenommen würde, dem eine solche Konstruktion im Wesentlichen fremd sei. Das Natürliche sei immer noch die Klage auf Erfüllung und Ersatz des Verzugsschadens.

Dagegen wurde vertreten, dass ein System ohne Rücktritt den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht würde und weil über die behandelten Fragen die höchste Unsicherheit bestehe, werde durch die Regelung einem dringenden Bedürfnisse abgeholfen.³⁷

Letztlich konnten die Bedenken gegen das Rücktrittsrecht nicht überzeugen und die geforderte Streichung der fraglichen Artikel knapp mit 9 gegen 7 Stimmen verhindert werden.³⁸

Die Rechte des Verkäufers wurden dahingehend modifiziert, dass er die Wahl zwischen Erfüllung, Selbsthilfeverkauf und dem Abgehen vom Vertrag hatte. Damit war die Trennung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt eingeleitet. Das Beschlossene wurde sodann der Redaktionskommission übertragen³⁹ und die Nachfrist erhielt ihren Platz

³⁴ Prot. ADHGB Beilagenband I S. 195 f.

³⁵ Prot. ADHGB S. 632.

³⁶ Prot. ADHGB S. 1399 – 1402.

³⁷ Prot. ADHGB S. 1401.

³⁸ Prot. ADHGB S. 1402.

³⁹ Prot. ADHGB S. 1404, 1414.

zunächst in Art. 334 ADHGB E II.⁴⁰ Dort tauchte erstmals die Formulierung „angemessene Frist“ auf.

III. Dritte Lesung

Aus der dritten Lesung stammt das endgültige System der Rechtsfolgen der Nachfrist,⁴¹ das bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes seine Fortsetzung in § 326 BGB a.F. gefunden hat. Während die Entwürfe zum ADHGB zunächst, dem gemeinen Recht und dem Code Civil folgend, dem Käufer eine Kombination von Rücktritt und Schadensersatz zugestanden hatten,⁴² musste er sich nun, wie auch der Verkäufer, zwischen Erfüllung in Verbindung mit Ersatz des Verzugsschadens, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder dem Abgehen vom Vertrag entscheiden.

Begründet wurde dies mit der Annahme, das Ablehnen der reellen Leistung unter Geltendmachung eines Anspruchs auf Schadensersatz sei kein juristisches, sondern nur ein faktisches Abgehen vom Vertrag, juristisch enthalte es vielmehr ein Festhalten am Vertrag unter einer Modifikation der Geltendmachung der aus demselben folgenden Rechte. Davon zu unterscheiden sei der Fall, in dem der Gläubiger sich ganz vom Verträge lossage.⁴³ Daher seien die beiden Behelfe schon in ihrer Grundlage völlig verschieden und auch begrifflich unvereinbar.⁴⁴

Das Gegenargument, die Dreiteilung sei nicht logisch, weil der Rücktritt bereits im Schadensersatz wegen Nichterfüllung enthalten sei und nur einen teilweisen Verzicht auf denselben darstelle, vermochte die Kommission nicht zu überzeugen. Der Antrag setzte sich mit 11 gegen 3 Stimmen durch.⁴⁵

So entstand die Nachfrist gewissermaßen als ein Nebenprodukt des Rücktritts und wurde letztlich in Art. 356 ADHGB E III festgeschrieben.⁴⁶ Aus dem dritten Entwurf ging dann auch die endgültige Fassung des ADHGB hervor. Eine Ablehnungserklärung des Gläubigers war im ADHGB nicht vorgesehen.

⁴⁰ Prot. ADHGB Beilagenband I S. 266. Art. 334 ADHGB E II: Will ein Kontrahent ... von dem Verträge abgehen, so muss er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zulässt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

⁴¹ Prot. ADHGB S. 4593 ff.

⁴² Art. 250 preuß. Entwurf; Artt. 298, 299 ADHGB E I; Artt. 332, 333 ADHGB E II.

⁴³ Prot. ADHGB S. 4594.

⁴⁴ Leser S. 139.

⁴⁵ Prot. ADHGB S. 4599.

⁴⁶ Prot. ADHGB Beilagenband II S. 69.

Beachtenswert ist die von der zweiten Lesung übernommene asymmetrische Ausgestaltung der Rechte. Nur der Käufer konnte nach Ablauf der Nachfrist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag abgehen. Der Verkäufer hingegen, der ergebnislos eine Nachfrist gesetzt hatte, konnte lediglich vom Vertrag zurücktreten, vgl. Artt. 354, 355, 356 ADHGB. Hintergrund dieser Regelung war, dass die Schöpfer des Gesetzes Bedenken hatten, der Verkäufer könne die Ware auf Kosten des Käufers unter Wert absetzen, sofern er ein Recht auf Schadensersatz und damit zum Deckungsverkauf eingeräumt bekäme. Der Käufer hätte dann die Differenz zum Vertragspreis zu zahlen.⁴⁷ Daher sollte der Verkäufer an die strengen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs nach Art. 343 Abs. 2 ADHGB gebunden bleiben.⁴⁸ Zudem galten die Vorschriften nur für Fälle, in denen die Ware noch nicht übergeben worden war.

Keine ausdrücklichen Aussagen enthielt das ADHGB bezüglich einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung. Aus der Formulierung des Art. 356 ADHGB ergab sich aber, dass eine Fristsetzung nur erforderlich war, sofern die „Natur des Geschäfts“ dies zuließ. Eine solche Ausnahme wurde dann angenommen, wenn die Leistung für den Gläubiger wertlos war, weil er sie nicht mehr zu dem Zweck verwenden konnte, zu dem er sie nach seiner dem anderen Teil bekannten Absicht bestimmt hatte.⁴⁹ Ein vorhersehbarer Interessewegfall sorgte demnach dafür, dass die „Natur des Geschäfts“ eine Fristsetzung nicht mehr zuließ.

B. Bürgerliches Gesetzbuch

I. Die Frist im BGB alter Fassung

1. Entstehung der Fristsetzung

Das Ziel der Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches war es, ein einheitliches Recht für ganz Deutschland zu entwerfen. Bereits im Jahre 1814 hatte Thibaut die Wichtigkeit eines bürgerlichen Rechts für Deutschland erkannt.⁵⁰ Vor der Gründung des deutschen Reiches 1871 fehlte es aber dafür

⁴⁷ Prot. ADHGB S. 1402; 4597 ff.

⁴⁸ Art. 343 ADHGB entspricht § 373 HGB.

⁴⁹ Vgl. von Hahn Art. 356 § 16.

⁵⁰ Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.

noch an den politischen Voraussetzungen. Über Jahrhunderte hinweg hatte in Deutschland Rechtszersplitterung bestanden. Jedes Land hatte seine eigenen Gesetze. So galt in Preußen das „Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten“, in Baden das „Badische Landrecht“, in Sachsen das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ und in Bayern der „Codex Maximilianeus Bavaricus“. In den Gebieten westlich des Rheins galt zum Teil der napoleonische „Code Civil“.

Die dagegen durchaus vorhandenen Regelungen, die in ganz Deutschland Anwendung fanden, waren im Verhältnis zu den Gesetzen der einzelnen Länder nur subsidiär. In erster Linie war dies das so genannte „gemeine Recht“, das seinen Ursprung im römischen Recht hatte und im 15. und 16. Jahrhundert als „Kaiserrecht“ von dort übernommen worden war. Dazu kamen noch gewohnheitsrechtliche Regelungen. Die bestehende Rechtszersplitterung wurde dadurch aber nicht verhindert.

Im Jahre 1873 wurde dann ein wichtiger Schritt getan und eine Änderung der Verfassung erweiterte die Gesetzgebungskompetenz des Reiches auf das gesamte bürgerliche Recht,⁵¹ wodurch die rechtlichen Voraussetzungen für ein allgemein gültiges bürgerliches Recht geschaffen waren.

Zunächst hatte eine Vorkommission, bestehend aus hohen Richtern, ein Gutachten über den Inhalt des Gesetzes und das Gesetzgebungsverfahren angefertigt. Treibende Kraft dieser Kommission, die ihr Ergebnis innerhalb von sechs Wochen präsentierte, war Lewin Goldschmidt, zu dieser Zeit Richter am ROHG. Daraufhin wählte der Bundesrat 1874 eine Kommission, die einen Gesetzesentwurf erarbeiten sollte.

a. Erste Kommission

Die erste Kommission bestand aus sechs Richtern, drei Ministerialbeamten und zwei Professoren. Einer von ihnen war der Romanist Bernhard Windscheid.

Der von der Kommission erarbeitete und 1888 veröffentlichte erste Entwurf des BGB enthielt noch keine Bestimmungen über die Nachfristset-

⁵¹ Sog. „lex Miquel Lasker“. Die Nationalliberalen Abgeordneten Johannes Miquel und Eduard Lasker hatten den Antrag auf Änderung der Verfassung gestellt.

zung. Zunächst war in § 369 BGB E I⁵² nur die Rede vom Rücktritt oder Schadensersatz bei teilweiser und vollständiger Unmöglichkeit sowie bei Verzug des Schuldners und darauf beruhendem Interessefortfall des Gläubigers.⁵³ In Übereinstimmung mit dem ADHGB wurde auch hier an der Ausschließlichkeit von Schadensersatz und Rücktritt festgehalten. Der Rücktritt sollte die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre, was sich, so wurde angenommen, mit dem Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht verträge.⁵⁴

Eine weitere Rücktrittsmöglichkeit bot § 361 BGB E I, der dieses Recht gewährte, wenn die Leistung des einen Teils zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden sollte und dies nicht geschah.⁵⁵ Es handelte sich dabei um den Vorläufer des § 361 BGB a.F., der den Rücktritt bei Versäumung eines relativen Fixgeschäfts vorsah und heute als Entbehrlichkeitsgrund in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB integriert ist.

Insbesondere das Erfordernis des Interessewegfalls als Anspruchsvoraussetzung beim Verzug wurde wie auch schon bei den Beratungen zum ADHGB stark kritisiert. Es wurde der Standpunkt vertreten, dass nur der Gläubiger allein beurteilen könne, wann es sein Interesse erfordere zurückzutreten. Dies nur zuzulassen, wenn er die Leistung nicht mehr brauchen könne, hieße ihn zu bevormunden und ihm die Beweislast aufzulegen, die seine Lage verschlimmere.⁵⁶ Die Regelung des Rücktritts im ADHGB, die sich als gelungen erwiesen hatte, wurde dagegen als positives Beispiel benannt.⁵⁷

⁵² § 369 BGB E I: Ist die Leistung aus einem gegenseitigen Verträge in Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden, so hat der Gläubiger die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Verträge zurückzutreten. Ist die Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so steht dem Gläubiger das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der nicht unmöglich gewordene Theil der Leistung für ihn kein Interesse hat. Das Gleiche gilt ... dann, wenn die Leistung in Folge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat. (...)

⁵³ Mugdan II S. 115 f.

⁵⁴ Mugdan II S. 116.

⁵⁵ § 361 BGB E I: Ergibt sich aus dem Verträge, daß die Verträgeleistung von dem einen Verträge schließenden genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder binnen der bestimmten Frist erfolgt, der andere Verträge schließende berechtigt, von dem Verträge zurückzutreten oder seine Rechte aus dem Verträge geltend zu machen.

⁵⁶ Hachenburg S. 119

⁵⁷ Hachenburg S. 119.

Allgemein wurde kritisiert, der Entwurf sei lebensfremd, überromanistisch und undeutsch und trage den sozialen Erfordernissen zu wenig Rechnung.⁵⁸ Grundsätzlich aber erfuhren die Grundzüge des Entwurfs Zustimmung und es bestand die Übereinstimmung, dass das Deutsche Reich endlich ein einheitliches Zivilrecht erhalten sollte.⁵⁹

b. Zweite Kommission

Diese Kritik beeinflusste 1890 die daraufhin eingesetzte zweite Kommission zum BGB, der nun auch Nichtjuristen angehörten, so dass der Inhalt des ADHGB und damit auch die Nachfrist bei der Entscheidungsfindung schließlich berücksichtigt wurden. Generalreferent dieser Kommission war Gottlieb Planck.

In § 277 BGB E II⁶⁰ von 1895, dem Vorläufer des § 326 BGB a.F., wurde die Nachfrist als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz bei Verzug im gegenseitigen Vertrag in den Entwurf eingebracht.⁶¹ Die Geltung wurde auf alle Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen erstreckt und symmetrisch ausgestaltet, so dass auch Fälle erfasst wurden, in denen sich der Käufer mit der Zahlung im Verzug befand.⁶² Verkäufer und Käufer wurden dadurch gleichgestellt und der Verkäufer vom schwierigen Weg des Selbsthilfeverkaufs befreit.

Es ging denn auch vor allem darum, die Lage des Verkäufers zu verbessern.⁶³ Die Lösung von der ursprünglichen Vertragsleistung trat nicht wie bei der Unmöglichkeit automatisch ein, sondern die Entscheidung über die

⁵⁸ Vgl. von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht.

⁵⁹ Vgl. die Darstellung von Schroeder JuS 2000, 1046, 1049.

⁶⁰ § 277 BGB E II: (I) Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Theil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Theil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Erfolgt die Leistung nicht innerhalb der Frist, so ist der andere Theil berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom dem Verträge zurückzutreten; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. (II) Hat die Erfüllung des Vertrages in Folge des Verzuges für den anderen Theil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs. 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.

⁶¹ Mugdan II S. 639 ff. Die Einführung der Fristsetzung wurde von der Kommission nicht mehr diskutiert. Der entsprechende Antrag wurde, ohne die Frist in Zweifel zu ziehen, an die Redaktionskommission überwiesen.

⁶² Mugdan II S. 639 ff..

⁶³ Mugdan II S. 641.

Abkehr von der Primärleistung und über den Weg der Abwicklung des gestörten Austauschvertrages lag in der Hand des Gläubigers.⁶⁴

Der Interessewegfall des Gläubigers spielte auch weiterhin eine Rolle, denn der Gedanke des § 369 Abs. 2 BGB E I wurde in § 277 Abs. 2 BGB E II beibehalten und damit der erste Grund für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung geschaffen. Die Formulierung wurde wortgleich in § 326 Abs. 2 BGB a.F. übernommen.

Ebenso führte die zweite Kommission das Erfordernis einer Ablehnungserklärung ein. Diese sollte deutlich zum Ausdruck bringen, dass mit Ablauf der Frist der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen sei. Die Fristsetzung sollte in dem Sinne erfolgen, dass der Gläubiger nach ihrem Ablauf die Annahme der Leistung ablehne. Das stellte gerade die Besonderheit der Ablehnungserklärung dar. Der Schuldner müsse auf die besondere Konsequenz der Nichteinhaltung der Frist hingewiesen werden und der Gläubiger an seine Ankündigung gebunden sein, lautete die Argumentation.⁶⁵ Nach Ablauf der Frist war die Erfüllung ausgeschlossen.

Auch die strikte Trennung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, die in den Beratungen zum ADHGB entwickelt worden war, wurde weiterhin beibehalten.⁶⁶

Der zweite Entwurf wurde 1896 im Reichstag eingebracht. Die dortigen Beratungen ergaben nur noch geringfügige Veränderungen. Letztlich wurde das Gesetz am 18. August 1896 von Kaiser Wilhelm II. ausgefertigt. Die Fristsetzung bekam ihren Platz in § 326 BGB a.F. Gemäß § 634 BGB a. F. erhielt zudem der Besteller eines Werks das Recht, bei einem Mangel dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung mit der Erklärung zu bestimmen, dass er die Beseitigung nach Ablauf der Frist ablehne.

Am 1. Januar 1900 trat das BGB alter Fassung schließlich in Kraft.

Unabhängig von aller Kritik am BGB alter Fassung gilt die Einführung der Nachfrist für sich betrachtet als besonders geglückte Regelung, wenn nicht gar als „die wichtigste und gelungenste Vorschrift im allgemeinen Recht der verschuldeten Leistungsstörungen“⁶⁷.

⁶⁴ Leser in FS für Rheinlein S. 646.

⁶⁵ Mugdan II S. 643.

⁶⁶ Mugdan II S. 116.

⁶⁷ Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 2.

Der Gedanke der Nachfrist aus dem ADHGB hat nicht nur Eingang in das BGB gefunden. Auch auf internationaler Ebene gab es Nachahmung. So ist in den Vorschriften des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG) mehrfach die Rede von einer angemessenen Frist. Der Käufer kann gemäß Artt. 49 Abs. 1, 47 Abs. 1 CISG⁶⁸ die Vertragsaufhebung erklären, wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Nachfrist liefert. Den umgekehrten Fall regeln Artt. 64 Abs. 1, 63 Abs. 1 CISG.

Auch bei der Entwicklung der Prinzipien für ein europäisches Vertragsrecht⁶⁹ sowie der Prinzipien für internationale Handelsverträge⁷⁰ wurde die deutsche Nachfrist berücksichtigt.⁷¹

2. Inhalt des § 326 BGB a.F.

a. § 326 Abs. 1 BGB a.F.

Im BGB alter Fassung war die Fristsetzung zur Leistung dann relevant, wenn sich der Schuldner mit der geschuldeten Leistung im Verzug befand. Gemäß § 326 Abs. 1 BGB a.F.⁷² musste der Gläubiger eines gegenseitigen Vertrages dem sich nach §§ 284, 285 BGB a.F. im Verzug befindlichen Schuldner zur Bewirkung der vertraglich geschuldeten Leistung eine angemessene Frist setzen. Dabei war es zulässig, die Fristsetzung mit der verzugsbegründenden Mahnung zu verbinden.⁷³ Außerdem war die Fristsetzung mit der Erklärung zu kombinieren, dass der Gläubiger die Annahme der Leistung nach erfolglosem Ablauf der Frist ablehne (Ablehnungserklärung).

⁶⁸ Art. 47 Abs. 1 CISG: Der Käufer kann dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten setzen.

⁶⁹ Art. 3:106 Principles of European Contract Law.

⁷⁰ Art. 7.1.5 Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

⁷¹ Vgl. zum Europarecht Zimmermann JZ 1995, 477 ff.

⁷² § 326 BGB Abs. 1 a.F.: Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Verträge zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen.

⁷³ RGZ 50, 255, 262; BGH NJW-RR 1990, 444; stRspr.

Im Mittelpunkt dieser Regelung stand damit die Ablehnungserklärung, die häufig und ungenau als Ablehnungsandrohung bezeichnet wurde.⁷⁴ Mit ihrer Abgabe erklärte der Gläubiger, dass er schon in diesem Moment die verspätete Leistung ablehne.

Inhaltlich wurden an die Ablehnungserklärung hohe Ansprüche gestellt. Der Gläubiger musste zu erkennen geben, dass er seinen Erfüllungsanspruch endgültig und unwiderruflich aufgab.⁷⁵ Allgemeine Aussagen, wie zum Beispiel „weitere Schritte“ unternehmen zu wollen, waren nicht ausreichend.⁷⁶

Dadurch entwickelte sich die Ablehnungserklärung zur eigentlich entscheidenden Voraussetzung des § 326 Abs. 1 BGB a.F.⁷⁷ Eine Frist war schnell gesetzt, die Ablehnungserklärung aber erforderte die eindeutige Formulierung der Aufgabe des Erfüllungsanspruchs, was sich für Gläubiger häufig als schwer zu nehmende Hürde erwies.

Während des anschließenden Laufs der Frist lag das weitere Geschehen allein in der Macht des Schuldners. Er hatte zu entscheiden, ob es zur Erfüllung des Vertrages kommen sollte oder nicht. Der Gläubiger war zur Untätigkeit gezwungen. Eine Klage auf Erfüllung während der Frist war nicht möglich und wäre nach Fristablauf zumindest unschlussig gewesen.⁷⁸ Gerade in dieser Hinsicht ist die Bezeichnung „Ablehnungsandrohung“ als verfehlt anzusehen. Eine Drohung ist das Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Eintritt der Drohende, zumindest scheinbar, Einfluss hat.⁷⁹ Nach Abgabe der Ablehnungserklärung fehlte aber die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Gläubiger.

Durch die Verbindung von Fristsetzung und Ablehnungserklärung konnte der Gläubiger somit feststellen, ob der Schuldner die geforderte Leistung ernsthaft und endgültig verweigerte, denn nach dem eindeutigen Hinweis

⁷⁴ Vgl. nur BGH NJW 1977, 36, 37; BGH NJW 1983, 1731, 1732; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 18; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 40; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 93.

⁷⁵ Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 66 ff.

⁷⁶ RGZ 91, 165; RGZ 114, 7; RGZ 120, 194.

⁷⁷ Vgl. RGZ 89, 123, 124 f.: „... dass das Wesentliche bei der Nachfristbestimmung nicht die Erklärung ist, die Leistung noch bis zu einem gewissen Zeitpunkt anzunehmen, sondern die Androhung der Ablehnung, ...“; Peters JR 1998, 186: „Zentralbegriff“.

⁷⁸ Peters JR 1998, 186, 187.

⁷⁹ BGHZ 2, 287, 295.

auf die Folgen der Nichtleistung konnte davon ausgegangen werden, dass der Schuldner es mit seiner Nichtleistung ernst meinte.

Nach Fristablauf und bei weiterhin ausstehender Leistung konnte der Gläubiger dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrag zurücktreten. Die Erfüllung der Leistung konnte er dagegen gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. nicht mehr fordern. Die Regelung ging damit über das ADHGB hinaus, da der Verkäufer nicht mehr gezwungen war den Selbsthilfeverkauf vorzunehmen, wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung wollte.

Das Erlöschen des Erfüllungsanspruchs des Gläubigers hatte zur Folge, dass der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung ebenfalls wegfiel.⁸⁰ Das Schuldverhältnis verwandelte sich dann in ein Abwicklungsverhältnis, das dem Gläubiger die Wahl zwischen Schadensersatz und Rücktritt ermöglichte. Bis zur Ausübung des Wahlrechts bestand ein Schwebezustand.⁸¹ Gemäß §§ 327 S. 1, 355 BGB a.F. konnte der Schuldner bei einem vertraglichen Rücktrittsrecht seinerseits dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts setzen, nach deren Ablauf der Gläubiger nur noch Schadensersatz verlangen konnte. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung war dabei zunächst im Sinne der eingeschränkten Differenztheorie zu verstehen. Danach hatte der Gläubiger die Wahl zwischen der Abrechnung nach der Differenztheorie und dem Austausch seiner Leistung gegen Schadensersatz für die Schuldnerleistung.⁸² Später ging der BGH dann teilweise zur Annahme der strengen Differenztheorie über, was mit dem Wortlaut des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. begründet wurde.⁸³

Aus §§ 327 S. 1, 349 BGB a.F. ergab sich, dass die Entscheidung für den Rücktritt aus einer Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner folgte. Diese Erklärung war unwiderruflich. Bezüglich des Schadensersatzes ließ sich dem Gesetz nichts Vergleichbares entnehmen. Daraus wurde geschlossen, dass der Schadensersatzanspruch automatisch durch den Ablauf der Frist entstehe und dann so lange bestehe, bis der Gläubiger eine Rücktrittserklärung abgegeben habe. Das führte zu der Annahme, der Gläubiger könne später, auch wenn er zunächst erklärte, er wolle Schadensersatz, noch zum Rücktritt überwechseln.⁸⁴

⁸⁰ BGH WM 1999; 1726, 1727; BGH NJW 2000, 278, 279.

⁸¹ Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 93.

⁸² BGHZ 20, 338, 342.

⁸³ BGH ZIP 1994, 1781; BGH WM 1999, 1726, 1728.

⁸⁴ RGZ 85, 280, 282; RGZ 109, 184, 186; BGHZ 16, 388, 393.

Im umgekehrten Fall aber sollte der Rücktritt mit Zugang der Erklärung beim Schuldner unwiderruflich wirksam sein, so dass der Gläubiger kein Recht mehr hatte, Schadensersatz zu verlangen.⁸⁵

§ 326 Abs. 1 BGB a.F. gewährte so dem Gläubiger die Möglichkeit, bei Verzug des Schuldners Klarheit über den Fortbestand des Vertrages zu erlangen und während des Verlaufs der Frist zu entscheiden, welchen Rechtsbehelf er wählen wollte. Gleichzeitig wurde der Schuldner vor plötzlichen Schadensersatzforderungen geschützt und hatte außerdem die Möglichkeit, seine Leistung trotz der bereits eingetretenen Verspätung noch zu erbringen.

Für Situationen, in denen es dem Gläubiger wichtig war schon vor Eintritt der Fälligkeit Sekundärrechte geltend zu machen, stellte § 326 BGB a.F. wegen seines zwingenden Verzugsanfordernisses und der damit verbundenen Fälligkeit kein geeignetes Instrument dar.⁸⁶

b. § 326 Abs. 2 BGB a.F.

Gemäß § 326 Abs. 2 BGB a.F. war die Bestimmung einer Frist entbehrlich, sofern infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages bestand. Der Gläubiger konnte sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Die erforderliche Erklärung musste auch eine Ablehnung der Erfüllung enthalten.

Die Möglichkeit der sofortigen Geltendmachung von Sekundärrechten bei fehlendem Interesse an der Erfüllung des Vertrages auf Grund des Schuldnerverzugs geht auf die „Theorie und Praxis des gemeinen Rechts“ zurück.⁸⁷ Was dort der einzige Weg des Gläubigers war, um vom Vertrag loszukommen wurde durch die Einführung der Fristsetzung zu einem diese entbehrlich machenden Ausnahmefall.

§ 326 Abs. 2 BGB a.F. unterstrich die Funktion der Nachfristsetzung aus Abs. 1, indem er deutlich machte, dass der Ablauf der Nachfrist die Klärung der Interessenlage bedeutete und es einer Frist nicht bedurfte, wenn bereits

⁸⁵ RGZ 126, 65, 69; BGH MDR 1964, 138; BGH NJW 1979, 762; BGH NJW 1982, 1279, 1280; BGH NJW 1984, 2937; BGH NJW 1985, 2697, 2698; BGH NJW-RR 1988, 1100; BGH NJW 1988, 2877; BGH NJW 1988, 2878; BGH ZIP 1998, 109, 110 f.; Heinrichs in Palandt § 325 a.F. Rn. 8.

⁸⁶ Vgl. § 4.

⁸⁷ Vgl. Mugdan II S. 115; Huber Bd. II S. 495 Fn. 9 nimmt an, dass diese Regel in der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts entwickelt wurde und von dort in die Rechtsprechung eingegangen ist.

allein auf Grund des Verzugs kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrags bestand.⁸⁸ Die Einführung der Nachfrist in das Recht sorgte gleichzeitig dafür, dass die Bedeutung des Interessegewfalls abnahm.⁸⁹ Der Interessegewfall sollte nicht als Ausrede für eine versäumte Fristsetzung dienen.⁹⁰

Zwischen dem Verzug und dem Interessegewfall musste Kausalität bestehen, das heißt, Gründe für den Wegfall, die bereits vor Verzugsbeginn vorgelegen hatten, waren unbeachtlich.

Der tatsächliche Anwendungsbereich von § 326 Abs. 2 BGB a.F. war aber eher klein. Für den Fall, dass nämlich der Gläubiger das Interesse aufgrund einer Leistungsverweigerung des Schuldners verloren hatte, war in Ergänzung zu § 326 Abs. 1 BGB a.F. anerkannt, dass keine Fristsetzung nötig war.⁹¹

Es blieben Fälle, in denen das Interesse des Gläubigers auch durch Leistung innerhalb einer Nachfrist nicht mehr befriedigt werden konnte. Die drei Hauptgründe für den Wegfall des Interesses infolge des Verzugs waren daher das Entfallen des Vertragszwecks⁹², die Veränderung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung⁹³ und die Veranlassung des Gläubigers, die geschuldete Handlung selbst vorzunehmen oder sich anderweitig Ersatz zu beschaffen⁹⁴.

Da das BGB alter Fassung keine Fristsetzung vor Fälligkeit vorsah, enthielt es demzufolge auch keine Aussagen über eine mögliche Entbehrlichkeit vor Fälligkeit. Bezüglich der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung war zwar schon zu Zeiten des ADHGB anerkannt, dass sie bereits vor Fälligkeit die Rechtsbehelfe des Gläubigers ohne eine Fristsetzung auslöste,⁹⁵ von einer Regelung aber sah der Gesetzgeber des BGB alter Fassung ab. Gründe für dieses Vorgehen lassen sich der Literatur zur Entstehung des BGB alter Fassung nicht entnehmen.⁹⁶

⁸⁸ Schlechtriem in FS für Müller-Freienfels S. 529

⁸⁹ Huber Bd. II S. 495.

⁹⁰ RG JW 1905, 492; OLG München NJW 1958, 752.

⁹¹ BGHZ 2, 310, 312; BGHZ 49, 56, 60; BGH NJW 1982, 2316; BGH NJW 1992, 971.

⁹² RG JW 1905, 136; BGH LM § 326 a.F. (Ed) Nr. 3; BGH NJW 1971, 798.

⁹³ RG JW 1924, 536, 537; RG JW 1924, 1246, 1247; RG JW 1925, 935.

⁹⁴ RGZ 96, 126, 129 f.; BGH WM 1981, 797, 798.

⁹⁵ RGZ 4, 69, 71; RGZ 7, 44; vgl. auch § 3 G II 1.

⁹⁶ Huber Bd. II S. 568 Fn. 8 mutmaßt, dass die Antragsteller in der zweiten Kommission ihren Antrag nicht mit einem Sonderfall belasten wollten.

Andere Vertragsverletzungen, die das Vertrauen in die Vertragsabwicklung vor Fälligkeit beeinträchtigten, wurden vom BGB alter Fassung ebenso wenig bedacht. Die Rechtsprechung gewährte daher in solchen Fällen unter Umständen ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt ohne Fristsetzung auf Grundlage der bald nach Einführung des BGB alter Fassung entwickelten positiven Forderungsverletzung.⁹⁷

3. Kritik am BGB alter Fassung

§ 326 Abs. 1 BGB a.F. war nicht die einzige Vorschrift, die Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt als Rechtsfolge vorsah. Um das Reformanliegen des Gesetzgebers zu verstehen ist ein Blick auf weitere Normen erforderlich.

a. Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Im BGB alter Fassung gab es verschiedene Regelungen für den Übergang vom Erfüllungsanspruch zum Anspruch auf Schadensersatz. Unterschieden wurden dabei gemäß §§ 275 – 292 BGB a.F. zwei Arten der Leistungsstörung: Zum einen die den primären Erfüllungsanspruch aufhebende Unmöglichkeit und zum anderen die diesen zunächst bestehen lassende Leistungsverzögerung. Bei gegenseitigen Verträgen ergab sich dies aus §§ 323 – § 325 BGB a.F.

In §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 BGB a.F. war vorgesehen, dass bei Unmöglichkeit der Leistung der primäre Leistungsanspruch automatisch durch den Schadensersatzanspruch ersetzt wurde. Gemäß §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. (Teilunmöglichkeit) und §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB a.F. (Schuldnerverzug) war der Anspruch auf Schadensersatz davon abhängig, dass der Gläubiger kein Interesse mehr an der noch möglichen Leistung des Schuldners hatte.

Neben Unmöglichkeit und Leistungsverzögerung konnten dazu noch weitere Pflichtverletzungen auftreten, die das Gesetz nicht ausdrücklich regelte. Für diese Fälle waren die ungeschriebenen Rechtsinstitute der positiven Forderungsverletzung und culpa in contrahendo entwickelt worden, die ebenfalls Schadensersatz als Rechtsfolge vorsahen. Für Verkäufer und Werkunternehmer gewährten zudem § 463 BGB a.F. und § 635 BGB a.F. einen Anspruch auf Schadensersatz.

⁹⁷ BGHZ 11, 80, 86 ff.; BGH NJW 1969, 975; BGH NJW 1978, 260, 261; BGH WM 1985, 61, 63; BGH ZIP 1986, 984, 986.

Ansonsten blieb dem Gläubiger der Weg über § 283 BGB a.F. Er musste ein rechtskräftiges Urteil erwirken und konnte dann nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Frist mit Ablehnungserklärung zur Bewirkung der Leistung Schadensersatz verlangen.

Einzig die Regelung für den Verzug aus § 326 Abs. 1 BGB a.F. wurde als einfache Möglichkeit des Erreichens eines Schadensersatzanspruchs angesehen,⁹⁸ wobei noch die Hürde der Ablehnungserklärung zu nehmen war. Demgegenüber wurde das Verfahren gemäß § 283 BGB a.F. als zu umständlich und kostenintensiv betrachtet sowie die Darlegung eines Interesses falls im Sinne der §§ 286 Abs. 2, 326 Abs. 2 BGB a.F. als für den Gläubiger zu risikoreich angesehen.⁹⁹

Kritisiert wurde zudem, dass mit der Unmöglichkeit der Leistung ein Begriff im Mittelpunkt stand, der nur selten auftrat und nur bei bestimmten Schuldverhältnissen möglich war.¹⁰⁰ Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Unmöglichkeit und des Unvermögens, die für nicht definierbar gehalten wurden, verursachte permanente Abgrenzungsschwierigkeiten, die, je nach getroffener Wahl, zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führten, für die eine rechtspolitische Rechtfertigung nicht erkennbar erschien.¹⁰¹

Im Rahmen der ungeschriebenen Rechtsinstitute, insbesondere der positiven Forderungsverletzung, traten weitere schwer zu lösende Abgrenzungsprobleme auf. Hier gab es Überschneidungen mit den Schadensersatzansprüchen des Besonderen Schuldrechts (§§ 463, 480 Abs. 2, 538 Abs. 1, 635 BGB a.F.). Aufgrund der unterschiedlichen Verjährungsvorschriften war es nötig, die verschiedenen Ansprüche klar von einander zu trennen, was immer wieder zu Unsicherheiten führte.¹⁰²

Insgesamt hielt der Gesetzgeber des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts das BGB alter Fassung in dieser Hinsicht für unübersichtlich und für den Gläubiger für verhältnismäßig ungünstig.¹⁰³

⁹⁸ Schuldrechtskommission S. 134.

⁹⁹ Schuldrechtskommission S. 134.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 84.

¹⁰¹ Huber Gutachten S. 757 f.

¹⁰² erinnert sei an Begriffe wie unmittelbarer und mittelbarer Schaden sowie Mangel-schaden und Mangelfolgeschaden.

¹⁰³ BT-Drucks. 14/6040 S. 137.

b. Rücktritt

Auch bezüglich der Aufhebung von Verträgen gab es – außer in § 326 Abs.1 BGB a.F. beim Verzug – im BGB alter Fassung verschiedene Möglichkeiten.

Im Mittelpunkt stand dabei ebenfalls die Unmöglichkeit. Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit war der Vertrag nach § 306 BGB a.F. von vornherein nichtig. Gemäß § 323 Abs. 1 BGB a.F. wurden bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit Gläubiger und Schuldner von ihrer Leistungspflicht befreit, der Vertrag also aufgelöst. Bei zu vertretender Unmöglichkeit eröffnete § 325 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. den Weg zum Rücktritt. Dazu gab es gemäß §§ 325 Abs. 1 S. 2, 326 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. Regelungen für die teilweise Unmöglichkeit, die ebenfalls zum Rücktritt führen konnten, wenn die teilweise Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse hatte. Ebenso war der Rücktritt als Rechtsfolge der positiven Forderungsverletzung vorgesehen, wenn das Festhalten am Vertrag für den Gläubiger unzumutbar geworden war.

Kauf- und Werkvertragsrecht sahen ferner gemäß §§ 462, 634 Abs. 1 BGB a.F. eine Vertragsaufhebung durch einen Wandelungsvertrag vor, auf den bei mangelhafter Leistung ein Anspruch bestand.

Weiterhin gewährten die §§ 361, 636 Abs. 1 S. 1, 651e, 651j BGB a.F. Möglichkeiten Verträge aufzuheben.

Unterschiede bestanden bei den Voraussetzungen der einzelnen Aufhebungsmöglichkeiten. §§ 325, 326 BGB a.F. und die positive Forderungsverletzung verlangten ein Vertretenmüssen hinsichtlich der Störung, während in § 323 BGB a.F. und bei Wandelung oder Kündigung ein solches gerade nicht erforderlich war.

Je nach anzuwendender Vorschrift bestanden dazu Unterschiede hinsichtlich der erforderlichen Schwere der Leistungsstörung. Die Unmöglichkeit wurde als schwerer Fall gesehen, bei der positiven Forderungsverletzung kam es auf die Zumutbarkeit der Fortführung des Vertrags an, bei Teilunmöglichkeit auf Fortbestand oder Wegfall des Interesses und bei Fristüberschreitung auf die Bedeutung des Termins für den Vertrag. Bei Geringfügigkeit der Leistungsstörung konnte es zur Aufhebung des Vertrags kommen, wenn es sich um die Mangelhaftigkeit der Kaufsache oder Werkleistung handelte.

Ähnlich war die Situation auch bei den Rechtsfolgen. Lag eine Rücktritts-erklärung oder Wandelung vor, waren die Vorschriften für das vertragliche Rücktrittsrecht anwendbar.

§ 327 S. 1 BGB a.F. verwies ebenfalls auf das vertragliche Rücktrittsrecht, während der als missraten geltende § 327 S. 2 BGB a.F. das Bereicherungsrecht als Rechtsfolge nannte. § 347 BGB a.F. galt als für denjenigen zu streng, der von einem gesetzlichen Rücktritts- oder Wandlungsrecht Gebrauch machte. Beim vertraglichen Rücktritt musste mit der Möglichkeit des Rücktritts gerechnet werden, während beim gesetzlichen von der Endgültigkeit des Erwerbs auszugehen war.

Gerade in dieser außerordentlichen Vielfalt der Voraussetzungen der Vertragsaufhebung, der sie bewirkenden Faktoren und der Unterschiede in den Abwicklungsregeln wurden die Mängel des Rücktrittsrechts gesehen.¹⁰⁴

Die strikte Trennung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt führte zu weiteren praktischen Schwierigkeiten, die von den Schöpfern des BGB alter Fassung vermutlich nicht überblickt wurden. Problematisch war insbesondere, dass der Gläubiger, der einmal wirksam den Rücktritt erklärt hatte, nicht mehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen konnte. Die Rechtsprechung behalf sich deshalb mit der Annahme, Rücktrittserklärungen seien auslegungsbedürftig, sofern irgendwie erkennbar werde, dass Schadensersatzansprüche vorbehalten seien. Der Rücktritt sei dann zwar erklärt, aber nicht gewollt.¹⁰⁵ Zudem konnte der Schadensersatz mit den Rücktrittsfolgen kombiniert werden, indem der Gläubiger den Ersatzanspruch nach der Differenzmethode berechnete.¹⁰⁶

So wurde die Regel, dass Rücktritt und Schadensersatz einander ausschließen, praktisch funktionslos.¹⁰⁷ Im Übrigen war in § 651f Abs. 1 BGB a.F. die Kombination von Schadensersatz und Kündigung bereits gesetzlich vorgesehen.

Auch wurde erkannt, dass das gemäß §§ 325, 326, 285 BGB a.F. erforderliche Verschulden des Rücktrittsgegners kein sinnvolles Kriterium für die Berechtigung zum Rücktritt war.¹⁰⁸ Für den Rücktritt sollte allein entscheidend sein, ob das Festhalten am Vertrag trotz des Ausbleibens der Leistung noch zumutbar ist. Falls dies nicht der Fall ist, sollte ein Rücktritt auch ohne Verschulden des anderen Teils möglich sein.

¹⁰⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 181 ff.

¹⁰⁵ BGH NJW 1982, 1279, 1280; BGH NJW 1988, 2878.

¹⁰⁶ Huber Gutachten S. 713 ff. ausführlich mit Beispielen.

¹⁰⁷ Huber Gutachten S. 715.

¹⁰⁸ Schuldrechtskommission S. 19.

Als gravierendste Kritik am Rücktrittsrecht nach dem BGB alter Fassung muss wohl die Aussage gelten, die Vorschriften über die Durchführung von Rücktritt und Wandelung bei Nichterfüllung oder mangelhafter Leistung seien gesetzestechnisch so missglückt und in zentralen Fragen auch rechtspolitisch so fragwürdig und umstritten, dass ein für Theorie und Praxis kaum noch zu durchdringendes Dickicht von Streitfragen und Thesen entstanden sei.¹⁰⁹

II. Das BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

1. Entstehung

Der erste Vorstoß zur Reform des Schuldrechts stammte vom damaligen Bundesminister der Justiz Hans Jochen Vogel aus dem Jahre 1978. Das Vorhaben wurde damals im Deutschen Bundestag und auf dem 52. Deutschen Juristentag vorgestellt. Die Arbeiten an der Modernisierung begannen daraufhin im Jahre 1979. Ziel war es, die systematische Geschlossenheit und die Übersichtlichkeit des Schuldrechts herzustellen und den eingetretenen Wandel der bürgerlichen und sozialen Rechtsordnung sichtbar zu machen. Die bestehende Rechtszersplitterung sollte durch die Integration spezieller Gesetze beseitigt werden, und die Grundsätze des Schuldrechts sollten sich dadurch wieder aus dem BGB ergeben. Die Rechtsordnung sollte für den Bürger und für den Rechtsanwender leichter verständlich und überzeugender werden.

Das Bundesministerium der Justiz erteilte daher Aufträge zur Erstellung von Gutachten, die die Probleme der Überarbeitung des Schuldrechts vertiefen und erste Lösungswege aufzeigen sollten. Die dazu angefertigten 24 wissenschaftlichen Gutachten wurden 1981 und 1983 veröffentlicht.¹¹⁰ Das Gutachten bezüglich der Leistungsstörungen, das sich auch mit der Frist aus § 326 Abs. 1 BGB a.F. befasste, wurde von Ulrich Huber angefertigt.¹¹¹

Nach Vorlage der Gutachten berief der Bundesminister der Justiz eine Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts ein, die so genannte Schuldrechtskommission, die sich am 2. Februar 1984 konstituierte und aus 17 Wissenschaftlern und Praktikern bestand. Sie sollte der Bundesregierung im Einzelnen vorschlagen, welche gesetzlichen Änderungen im Schuldrecht

¹⁰⁹ V. Caemmerer in FS für Larenz S. 625.

¹¹⁰ Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I und II Köln 1981, Band III Köln 1983.

¹¹¹ Huber Gutachten S. 647 ff.

geboten waren. 1991 legte die Schuldrechtskommission nach insgesamt 22 mehrtägigen Sitzungen ihren Vorschlag zum Thema mit Begründung vor.¹¹²

In Erwartung einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft zum Verbrauchsgüterkauf geschah bezüglich der Umsetzung der Vorschläge dann zunächst nichts.¹¹³ Erst nach Erlass der Richtlinie zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter im Mai 1999 wurde das Reformprojekt erneut aufgegriffen, da die Umsetzung bis zum 1. Januar 2002 gefordert war.

Zunächst veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz im August 2000 einen Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (BGB-DiskE), der im Wesentlichen die Vorschläge der Schuldrechtskommission übernahm. Auf der Grundlage dieses Entwurfs sowie der daraufhin erfolgten Stellungnahmen und der Ergebnisse von Arbeitsgemeinschaften und Kommissionen wurde dann im März 2001 eine Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (BGB-KF) vorgelegt. Diese Fassung erfuhr weitere Änderungen, in deren Folge am 9. Mai 2001 ein Regierungsentwurf¹¹⁴ verabschiedet wurde. Ein gleich lautender Fraktionsentwurf¹¹⁵ wurde parallel dazu in den Deutschen Bundestag eingebracht, wo am 18. Mai 2001 die erste Lesung stattfand. Ihre endgültige Fassung erhielten §§ 281, 323 BGB erst durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 25. September 2001.¹¹⁶

Schließlich verabschiedete der Bundestag das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts¹¹⁷ am 11. Oktober 2001 in zweiter und dritter Lesung. Am 9. November 2001 passierte das nicht-zustimmungsbedürftige Gesetz den Bundesrat, so dass es am 1. Januar 2002 in Kraft treten konnte. Am 8. Januar 2002 wurde das BGB in einer bereinigten Fassung neu bekannt gemacht.

2. Die Frist zur Leistung und Nacherfüllung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Die bereits aufgezählten Mängel des Leistungsstörungenrechts waren ein Grund zur größten Änderung des BGB seit dessen Inkrafttreten. Seit der Schuldrechtsreform gibt es keine mit dem § 326 BGB a.F. identische Rege-

¹¹² Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992.

¹¹³ Richtlinie 1999/44/EG ABI EG Nr. L 171/12 vom 25. Mai 1999.

¹¹⁴ BR-Drucks. 338/01.

¹¹⁵ BT-Drucks. 14/6040.

¹¹⁶ BT-Drucks. 14/7052.

¹¹⁷ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I S. 3138.

lung mehr. Als Nachfolger sind § 281 Abs. 1 BGB (Schadensersatz statt der Leistung) und § 323 Abs. 1 BGB (Rücktritt) zu betrachten, in denen nun von der hier relevanten Frist zur Leistung oder Nacherfüllung die Rede ist.

Außerdem kann der Besteller eines Werkes gemäß § 637 Abs. 1 BGB einen nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung vorliegenden Mangel selbst beseitigen.

a. Schadensersatz statt der Leistung

Mit § 280 Abs. 1 BGB wurde – abgesehen von § 311a Abs. 2 BGB für Fälle der anfänglichen Unmöglichkeit – ein zentraler Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verletzung einer Pflicht aus einem Schuldverhältnis geschaffen, der keine Einschränkungen in Bezug auf die Art der Pflichtverletzung oder des Schadens enthält und somit auch die bislang nicht geregelten Fälle der positiven Forderungsverletzung erfasst.¹¹⁸ Damit wurden die bisher bestehenden Abgrenzungsprobleme irrelevant. Es spielt vor allem keine Rolle mehr, ob die verletzte Pflicht im Gegenseitigkeitsverhältnis steht.

Die Fristsetzung tritt erneut in § 281 Abs. 1 BGB auf. Will der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichterbringung oder nicht wie geschuldeter Erbringung der fälligen Leistung verlangen, müssen zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB die des § 281 Abs. 1 BGB vorliegen. Darauf weist § 280 Abs. 3 BGB auch ausdrücklich hin. Die Bezeichnung wurde in Schadensersatz statt der Leistung geändert, da Schadensersatz wegen Nichterfüllung insofern ungenau war, als dass auch durch den an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatz Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB eintreten kann.

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass in § 281 Abs. 1 BGB die Verzögerung und die Schlechterfüllung der Leistung gemeint sind, während die Unmöglichkeit in § 283 BGB geregelt ist.¹¹⁹

Hat der Gläubiger eine angemessene Frist zur Erfüllung oder Nacherfüllung gesetzt und ist diese erfolglos abgelaufen, so kann er Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der Schadensersatz statt der Leistung umfasst den Schaden, der dem Gläubiger dadurch entsteht, dass er die Leistung nicht erhält. Der aus der Verspätung der Leistung entstehende Schaden, der Verzögerungsschaden, wird gemäß §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ersetzt. Mangelfolgeschäden sind neben der Leistung zu ersetzen und werden von

¹¹⁸ Vgl. schon die Vorschläge bei Huber Gutachten S. 699 ff.

¹¹⁹ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 4 ff.

§ 280 Abs. 1 BGB erfasst. Aus dieser Einteilung ergibt sich, dass die Abgrenzung von Mangelschaden und Mangelfolgeschaden, die der Gesetzgeber an sich aufheben wollte, weiterhin erforderlich ist.

§ 281 Abs. 1 BGB kommt somit immer dann zur Anwendung, wenn ein Schaden entstanden ist, der durch eine ordnungsgemäße Leistung oder Nacherfüllung beseitigt werden kann. Gemäß § 281 Abs. 2 BGB kann die Fristsetzung entbehrlich sein.

b. Rücktritt

§ 323 BGB wurde als zentrale Vorschrift für die Vertragsaufhebung bei gegenseitigen Verträgen in Fällen der Verzögerung oder der Schlechtleistung eingeführt. Bei der Verletzung von Pflichten, die nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, kommt ein Rücktritt dagegen nicht in Frage. Grund dafür ist, dass der Gläubiger kein schützenswertes Interesse an der Befreiung von seiner Gegenleistungspflicht hat, da er alles, was mit dieser Gegenleistung entgolten wird, bekommen hat oder bekommen wird.¹²⁰ Die Möglichkeit, Schadensersatz wegen der Verletzung der nichtsynallagmatischen Leistungspflicht zu verlangen, ist aber vorhanden.

Von Interesse ist vorliegend § 323 Abs. 1 BGB, da dieser die Setzung einer angemessenen Frist vom Gläubiger verlangt. Gesondert geregelt sind noch der Rücktritt wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht in § 324 BGB und der Rücktritt bei Unmöglichkeit in § 326 Abs. 5 BGB, die keine Fristsetzung erfordern.

Eine wesentliche Änderung liegt darin, dass es für den Rücktritt jetzt nicht mehr darauf ankommt, dass den Schuldner wie in § 326 Abs. 1 BGB a.F. ein Verschulden trifft. Dies ergab sich daraus, dass Verzug zwingend Verschulden voraussetzt.

Im internationalen Recht war der Rücktritt ohne Verschulden bereits in Art. 49 CISG verankert und auch in Deutschland hatte sich die Auffassung durchgesetzt, dass Verschulden nicht der geeignete Anknüpfungspunkt für die Auflösung eines Vertrages ist.¹²¹ Der Gläubiger gewinnt damit jetzt ein Rücktrittsrecht ohne Rücksicht auf die ihm unbekanntes Verhältnisse des Schuldners.¹²² Eine Loslösung vom Vertrag ist schon dann gerechtfertigt,

¹²⁰ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 15.

¹²¹ Rolland in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland Kapitel 1 Rn. 16.

¹²² Teichmann BB 2001, 1485, 1489.

wenn das Interesse des Gläubigers an der Vertragserfüllung durch die Leistungsstörung weggefallen ist.

Gemäß §§ 462, 634 Abs. 1 BGB a.F. erfolgte die Aufhebung eines Vertrages im Gewährleistungsrecht des Kauf- und Werkvertrages nicht durch Rücktritt, sondern durch die so genannte Wandelung. Bei Mängeln der Sache stand dem Gläubiger dieses Recht zu. Dieser Weg wurde durch die Reform des Schuldrechts beseitigt. Die Formulierung des § 323 Abs. 1 2. Alt. BGB hat die Wandelung zu einem Fall des Rücktritts gemacht.

c. Selbstvornahme

Gemäß § 637 Abs. 1 BGB kann der Besteller eines Werkes nach erfolglosem Ablauf einer zur Nacherfüllung gesetzten angemessenen Frist den Mangel selbst beseitigen und die erforderlichen Aufwendungen verlangen. Diese Vorschrift ersetzt § 633 Abs. 2 und 3 BGB. Es ist aber auch hier kein Verzug und damit auch kein Verschulden des Werkunternehmers erforderlich.

3. Unterschiede zum BGB alter Fassung

a. Ablehnungserklärung

Die Fristsetzung ist sowohl beim Schadensersatz statt der Leistung als auch beim Rücktritt sowie bei der Selbstvornahme nicht mehr wie bisher in § 326 Abs. 1 BGB a.F. mit einer Ablehnungserklärung zu verbinden.

Für die Aufgabe dieses Erfordernisses hatte sich schon die Schuldrechtskommission ausgesprochen.¹²³ In der Praxis habe sich dieses Instrument nicht bewährt, wurde argumentiert. Mit Rücksicht auf die Gläubiger, die häufig die hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Erklärung nicht erfüllen konnten, wurde deshalb auf diese Voraussetzung verzichtet.¹²⁴ Oftmals war es nur einer rechtskundig beratenen Partei möglich, die Formulierungsunterschiede zu beachten.¹²⁵

Der Gesetzgeber schloss sich insofern dem Standpunkt der Schuldrechtskommission an. Zur Überlegung stand noch, die Fristsetzung nur ausreichen zu lassen, wenn der Schuldner daraufhin mit der Schadensersatzforderung

¹²³ Schuldrechtskommission S. 135.

¹²⁴ Vgl. die Beispiele bei Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 18.

¹²⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 139.

oder dem Rücktritt rechnen musste.¹²⁶ So war eine entsprechende Formulierung auch noch in §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB-RegE enthalten, die Fälle erfassen sollte, in denen ausnahmsweise der Schuldner trotz der Fristsetzung im Einzelfall nicht mit einem weiteren Vorgehen des Gläubigers rechnen musste. Dieser Zusatz wurde aber durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wieder gestrichen.¹²⁷ Ausnahmefälle, so der Gedanke, könnten angemessen mit § 242 BGB gelöst werden. Ansonsten würde der Eindruck erweckt, eine „kleine Ablehnungsandrohung“ sei nötig, die eine zusätzliche, nicht zu definierende, Anforderung an den Gläubiger stellen würde.

Die Fähigkeiten eines durchschnittlichen Gläubigers wurden vom Gesetzgeber anscheinend nicht sehr hoch eingeschätzt.

Zu bedenken ist auch die psychologische Wirkung, die die Ablehnungserklärung auf den Gläubiger hatte. Das Gesetz verlangte von ihm die Aufgabe seines Erfüllungsanspruchs. Es fällt schwer, diesen eigentlich gewollten Anspruch aufzugeben, und es ist nachvollziehbar, wenn versucht wird, sich durch vorsichtige Formulierungen einen Rückweg zu diesem offen zu halten. In dieser Hinsicht nimmt das BGB in seiner Form nach der Schuldrechtsmodernisierung einen Schritt zurück in Richtung des ADHGB vor, dass ebenso wenig eine Ablehnungserklärung vorsah. Dort war allerdings noch der Verzug des Schuldners erforderlich.

Nach der Reform des Schuldrechts liegt die Ablehnungserklärung verborgen in der Erklärung des Gläubigers nach Fristablauf, dass er Schadensersatz oder Rücktritt verlange. Denn in diesem Augenblick wird die Leistung tatsächlich abgelehnt und der Erfüllungsanspruch erlischt, vgl. §§ 281 Abs. 4, 349 BGB. Vergleichbar ist dies mit der Situation, wie sie nach altem Recht bei Vorliegen einer Erfüllungsverweigerung bestand.

Anhand der Ablehnungserklärung lässt sich auch ersehen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung der neuen Regelungen teilweise nicht sehr gründlich vorgegangen ist. Gemäß § 643 BGB ist im Werkvertragsrecht die angemessene Frist zur Vornahme einer Mitwirkungshandlung des Bestellers mit der Erklärung zu verbinden, dass der Unternehmer bei Versäumung der Frist den Vertrag kündige. Im Ergebnis stellt dies nichts anderes als eine Ablehnungserklärung dar. Der Unternehmer muss schon im Moment der Fristsetzung seinen Verzicht erklären. Dies spricht dafür, dass der Inhalt des

¹²⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 139.

¹²⁷ BT-Drucks. 14/7052 S. 185.

§ 643 BGB bei der Änderung des Gesetzes von den Verfassern schlicht vergessen wurde.

b. Verzug

Nach dem Wortlaut der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB ist für das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung oder Rücktritt kein Verzug des Schuldners nötig. Anders als in § 326 Abs. 1 BGB a.F. ist lediglich eine Verzögerung der fälligen Leistung erforderlich. Der Gesetzgeber hat von dem Verzögererfordernis bewusst abgesehen, da für den Gläubiger gewöhnlich nur das Ausbleiben der Leistung selbst, aber nicht der Grund dafür erkennbar ist.

Es wird aber davon ausgegangen, dass in jeder Fristsetzung inhaltlich auch eine Leistungsaufforderung enthalten ist, die stets auch eine Mahnung darstellt.¹²⁸ Liegt somit im Falle eines Schadensersatzbegehrens ein Verschulden vor, tritt mit der Fristsetzung auch immer der Verzug ein. Bei einem Rücktritt werden zumindest die objektiven Voraussetzungen des Verzugs vorliegen.

c. Primärleistungsanspruch

Der Anspruch auf die Primärleistung erlischt nicht mehr wie in § 326 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB a.F. automatisch mit dem Ablauf der Nachfrist.

Der Gläubiger soll selbst die Entscheidungsfreiheit behalten, ob er den Primärleistungsanspruch weiter verfolgen oder zu einem Sekundäranspruch wechseln will. Auch hier spielten gläubigerfreundliche Aspekte eine Rolle bei der Schaffung des Gesetzes. Es besteht nämlich durchaus die Möglichkeit, dass der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf der Frist noch Interesse an der Leistung hat. Ein Schadensersatzanspruch wäre zum Beispiel bei Insolvenz des Schuldners von keinem Nutzen, daher soll der Gläubiger auch dann noch die Leistung fordern dürfen.¹²⁹ Es war unbillig, dass es nach der Fristsetzung gemäß dem BGB alter Fassung in der Hand des Schuldners lag, ob er erfüllen oder vom Vertrag loskommen wollte.¹³⁰

d. Nebeneinander von Schadensersatz und Rücktritt

Das Alternativitätsprinzip zwischen Schadensersatz und Rücktritt wurde aufgehoben. Das widersprüchliche Verhältnis von Schadensersatz und

¹²⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 138; vgl. § 3 D VI.

¹²⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 140.

¹³⁰ Huber Gutachten S. 708 f.

Rücktritt und die Kritik daran führten letztlich dazu, dass im Rahmen der Modernisierung des Schuldrechts beschlossen wurde, eine Kombination aus Schadensersatz und Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen gemäß § 325 BGB ausdrücklich zuzulassen.¹³¹ Die Voraussetzungen von Schadensersatz und Rücktritt wurden im wesentlichen identisch formuliert, um zu verhindern, dass der Gläubiger vorhandene, den Rücktritt ausschließende Gründe dadurch umgehen kann, dass er Schadensersatz statt der Leistung in Form des großen Schadensersatzes wählt, bei dem Schadensersatz- und Rücktrittsfolgen kombiniert werden können.¹³²

e. Kauf- und Werkvertragsrecht

Im Kaufrecht verweist § 437 Nr. 3 BGB auf § 281 BGB. Ist die Kaufsache mangelhaft, kann der Käufer Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sofern ein Verschulden des Verkäufers vorliegt. Entsprechendes gilt, ohne Verschulden, gemäß § 437 Nr. 2 BGB, der auf § 323 BGB verweist, für den Rücktritt.

Liegt ein mangelhaftes Werk vor, so gelten inhaltlich identische Regelungen. Der Besteller ist berechtigt, gemäß § 634 Nr. 4 BGB in Verbindung mit § 281 BGB Schadensersatz zu verlangen beziehungsweise gemäß § 634 Nr. 3 BGB in Verbindung mit § 323 BGB vom Vertrag zurückzutreten.

Es zeigt sich, dass es ein selbstständiges Gewährleistungsrecht im früheren Sinne nicht mehr gibt. Bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache beziehungsweise Herstellung eines mangelhaften Werkes soll grundsätzlich das allgemeine Recht gelten. Im Besonderen Teil des Schuldrechts sind daher lediglich Verweise in den Allgemeinen Teil enthalten, in deren Folge eine Fristsetzung erforderlich wird. Ergänzend gibt es in §§ 440, 636 BGB einige besondere Bestimmungen zu den einzelnen Vertragstypen.

4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Bei den Arbeiten zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz entstand erstmals ein Katalog von Entbehrlichkeitsgründen, die sich allesamt auf den Zeitraum nach Fälligkeit der Leistung bezogen.¹³³

So erklärte § 323 Abs. 2 Nr. 1 - 3 BGB-KE in gegenseitigen Verträgen die Fristbestimmung bei (1.) ihrer offensichtlichen Erfolglosigkeit, (2.) Nichteinhaltung eines einfachen Fixgeschäfts und (3.) aus besonderen

¹³¹ BT-Drucks. 14/6040 S. 188.

¹³² BT-Drucks. 14/6040 S. 183.

¹³³ Vgl. auch Huber Gutachten S. 836 ff., der mit § 326a seines Entwurfs eine eigene Vorschrift für den Rücktritt ohne Fristsetzung vorgesehen hatte.

Gründen unter Abwägung der gegenseitigen Interessen für entbehrlich.¹³⁴ § 283 Abs. 2 BGB-KE enthielt für einseitige Verträge die Aussage, dass es bei offensichtlicher Erfolglosigkeit oder bei Vorliegen besonderer Umstände, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigten, der Bestimmung einer Frist nicht bedürfe.¹³⁵ Damit entsprach § 283 Abs. 2 BGB-KE inhaltlich § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 3 BGB-KE.

Durch § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB-KE sollten alle bisher von §§ 323, 325 BGB a.F. geregelten Situationen sowie insbesondere die ernsthafte Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit beziehungsweise die als positive Forderungsverletzung verstandene Erfüllungsverweigerung erfasst werden.¹³⁶ § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB-KE stellte die Eingliederung des § 361 BGB a.F. dar, mit der Ausnahme, dass jetzt ein Rücktrittsrecht normiert wurde und nicht lediglich eine Auslegungsregel.¹³⁷

Als Auffangtatbestände blieben § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB-KE und § 283 Abs. 2 2. Alt. BGB-KE, die die nicht bereits erfassten Fälle abdecken sollten und die Nachfolger des § 326 Abs. 2 BGB a.F. darstellten.¹³⁸ An dieser grundsätzlichen Struktur wurde bis zur Endfassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes festgehalten.

Bezüglich des Zeitraums vor Fälligkeit sah § 323 Abs. 4 BGB-KE ein Rücktrittsrecht vor, sofern der Eintritt der Voraussetzungen des Rücktritts offensichtlich war.¹³⁹ Damit sollten die Fälle des vorzeitigen Vertragsbruchs normiert werden, in denen ein Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes unzumutbar war und die bisher überwiegend als positive Forderungsverletzung beurteilt worden waren.¹⁴⁰ Die Schuldrechtskommission unternahm damit den Versuch, bisher unregelte Fälle zu erfassen. Gedacht wurde insbesondere an die ernsthafte Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit. Eine Entsprechung in § 283 BGB-KE war nicht formuliert.

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz übernahm die Begründung der Schuldrechtskommission weitestgehend wortgleich. Es wurde aber ein weiterer Entbehrlichkeitsgrund in den Gesetzesvorschlag eingebracht. Gemäß §§ 282 Abs. 2 (vorher § 283 Abs. 2 BGB-KE),

¹³⁴ Schuldrechtskommission S. 162 ff.

¹³⁵ Schuldrechtskommission S. 132 ff.

¹³⁶ Schuldrechtskommission S. 168.

¹³⁷ Schuldrechtskommission S. 168 f.

¹³⁸ Schuldrechtskommission S. 169.

¹³⁹ Vgl. § 4 B II.

¹⁴⁰ Schuldrechtskommission S. 170; vgl. § 4 B II.

323 Abs. 2 Nr. 4 BGB-DiskE bedurfte es einer Aufforderung zur Vertragserfüllung nicht, wenn die Frist nach § 283 Abs. 3 BGB-DiskE ergebnislos verstrichen war. § 283 Abs. 3 BGB-DiskE besagte, dass der Schuldner einer Geldforderung spätestens (ohne Mahnung) in Verzug komme, wenn er nicht innerhalb von dreißig Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung leiste. Eine Begründung für diesen Vorschlag geht aus den zugehörigen Materialien nicht hervor.

In der darauf folgenden Konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs wurden erneut Änderungen an den Entbehrlichkeitsgründen vorgenommen. So wurde die Offensichtlichkeit in §§ 281 Abs. 2 (vorher § 282 Abs. 2 BGB-DiskE), 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB-KF durch die ernsthafte und endgültige Verweigerung des Schuldners ersetzt. Dies lag daran, dass die Unmöglichkeit nicht mehr erfasst werden brauchte und die Formulierung insoweit deutlicher werden konnte.¹⁴¹

Außerdem wurden §§ 282 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 4 BGB-DiskE ersatzlos gestrichen, da dieser Entbehrlichkeitsgrund als zu weit reichend angesehen wurde.¹⁴²

Bis zur endgültigen Fassung des Gesetzes änderte sich am Wortlaut der Entbehrlichkeitsgründe nichts mehr und auch das Rücktrittsrecht vor Fälligkeit blieb inhaltlich unverändert. Zusätzlich wurden noch besondere Bestimmungen für das Kauf- und Werkvertragsrecht formuliert.¹⁴³ Damit hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten des Gläubigers, nach Fälligkeit ohne Fristsetzung Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten, recht umfangreich ausgestaltet.

§ 323 Abs. 4 BGB ist hingegen die einzige Vorschrift, die Bezug auf den Zeitraum vor Fälligkeit nimmt. Es bleibt offen, warum der Gesetzgeber eine Vorschrift geschaffen hat, die sich eher der Ausnahmefälle annimmt, anstatt die häufiger auftretenden Fälle zu regeln, in denen das Ausbleiben der Leistung keineswegs offensichtlich ist und die bisher mit Hilfe einer Erklärungsfrist gelöst wurden.¹⁴⁴

Durch die Einführung des generellen Fristsetzungserfordernisses in das Gesetz wurden diejenigen Umstände, die vor der Zeit des BGB die einzigen

¹⁴¹ § 281 BGB-KF S. 13 Fn. 3.

¹⁴² § 323 BGB-KF S. 31 Rn. 2. Die teilweise vernichtende Kritik Hubers an dem Diskussionsentwurf dürfte ihren Teil zu diesen Änderungen beigetragen haben, vgl. Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen S. 153, 172 ff.

¹⁴³ Vgl. § 3 G.

¹⁴⁴ Vgl. § 4 B II.

Gründe für den Rücktritt waren – nämlich Interessewegfall und versäumtes Fixgeschäft – zu die Frist entbehrlich machenden Ausnahmefällen.

C. Ergebnis

Die Einführung der Fristsetzung als Voraussetzung von Schadensersatz oder Rücktritt bei Verzug erfolgte im Jahre 1861 bei der Schaffung des ADHGB. Sie entstammt einem im Gesetzgebungsverfahren geschlossenen Kompromiss. Der Verkäufer sollte die Möglichkeit erhalten, vom Vertrag abzugehen oder Schadensersatz zu verlangen, der Käufer aber auch nicht chancen- und schutzlos stehen gelassen werden. In der praktischen Anwendung stellte sich die Fristsetzung als gelungenes Rechtsinstitut heraus.

Aus diesem Grund wurde sie auch bei der Schaffung des BGB berücksichtigt. Zusätzlich wurde noch das Erfordernis der Ablehnungserklärung eingeführt.

Es hat sich herausgestellt, dass sich die Kritik an der bisherigen Ausgestaltung des Leistungsstörungsrechts nach dem BGB alter Fassung nicht auf die Frist zur Erfüllung und Nacherfüllung direkt bezog, diese durch ihre Stellung im Gesetz aber dennoch betroffen wurde.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben sich der Standort und die die Fristsetzung umgebenden Umstände geändert. Der Gesetzgeber hat das Ziel verfolgt, dem Gläubiger eine Möglichkeit zu geben, mit der er in möglichst einfacher Weise Klarheit über den Fortbestand des Leistungsanspruchs beziehungsweise über die Substituierung des Primäranspruchs durch einen Sekundäranspruch erlangen kann.¹⁴⁵

§ 326 BGB a.F. wurde durch die §§ 281, 323 BGB ersetzt.

Der bisherige Umfang der Regelung wurde erweitert und erfasst jetzt auch Fälle der Schlechterfüllung.

Das Vorliegen des Schuldnerverzuges ist nicht mehr Voraussetzung für einen Anspruch, wird durch die Fristsetzung aber bei Verschulden gleichzeitig eintreten.

Die Ablehnungserklärung entfällt. Der Gläubiger muss dem Schuldner lediglich eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen. Dadurch rückt die Fristsetzung im Vergleich zum BGB alter Fassung in den Vordergrund.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 138.

Nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangen, sofern ein Verschulden des Schuldners vorliegt, und daneben, unabhängig vom Verschulden, vom Vertrag zurücktreten.

Der Besondere Teil des Schuldrechts verweist bezüglich der Abwicklung von Gewährleistungsansprüchen auf den Allgemeinen Teil.

Die Alternativität von Schadensersatz und Rücktritt wurde ebenso wie das Erlöschen des Primärleistungsanspruchs bei Fristablauf aufgehoben. Damit liegt im Unterschied zum BGB alter Fassung das Schicksal des Vertrages nicht mehr in der Hand des Schuldners. Der Gläubiger hat allein die Entscheidung zu treffen, ob er weiterhin die Leistung verlangen oder Sekundäransprüche geltend machen will.

Die Neuregelung des Schadensersatzes und des Rücktritts hat so zu einer Verbesserung der Situation des Gläubigers auf Kosten des Schuldners geführt.

Außerdem verlangt § 637 Abs. 1 BGB eine Fristsetzung zur Nacherfüllung, nach deren erfolglosem Ablauf dem Besteller ein Recht zur Selbstvornahme zusteht.

§ 3 Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung

Es gilt im weiteren Verlauf zu untersuchen, welche Auswirkungen die Reform des Schuldrechts tatsächlich auf die Fristsetzung zur Leistung und Nacherfüllung hat. Der Blick ist dabei zunächst auf den „Normalfall“ der Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung zu richten.

A. Begriff

Zunächst ist der Begriff „Frist“ zu beleuchten. Schon an diesem Punkt gibt es unterschiedliche Sichtweisen. Dem Wortsinn nach ist eine Frist ein bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum, der durch Gesetz, Hoheitsakt oder private Bestimmung oder Vereinbarung festgelegt werden kann.¹⁴⁶ In der juristischen Literatur heißt es demzufolge, eine Frist sei ein Zeitraum, dessen Ende unmittelbar durch Angabe eines Termins oder mittelbar durch Angabe einer Anzahl von Zeiteinheiten bestimmt ist.¹⁴⁷

Andererseits wird in Frage gestellt, ob die Frist tatsächlich konkret bemessen sein muss, also einen eindeutigen Endpunkt erkennen lassen muss. Es wird vertreten, dass dies nicht erforderlich sei und bereits eine Aufforderung zur „unverzöglichen“ Leistung genüge.¹⁴⁸ Dagegen wiederum werden bei einer Aufforderung zur „sofortigen“ Leistung Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Frist vermisst.¹⁴⁹

Es stellt sich natürlich die Frage, worin der Unterschied zwischen einer „sofortigen“ und einer „unverzöglichen“ Leistung liegen soll. Eine Abgrenzung erscheint nicht möglich. In beiden Fällen ist kein eindeutiger Endpunkt ersichtlich. Zudem wäre zweifelhaft, ob eine solche Frist überhaupt angemessen wäre.

Jedenfalls widerspricht eine Leistungsaufforderung ohne Angabe eines eindeutigen Zeitraums, sei sie nun mit den Worten „unverzöglich“ oder „sofort“ versehen, dem Wortsinn der Frist. Weiterhin wird sie nicht den schützenswerten Interessen des Schuldners gerecht. Jemand, der aufgefordert wird, eine Leistung zu erbringen, mag er auch das bisherige Ausbleiben verschuldet haben, muss wissen, wann genau er mit Konsequenzen zu rech-

¹⁴⁶ Deutsches Rechts-Lexikon Band 1 S. 1728; Brockhaus S. 506: Zeitspanne.

¹⁴⁷ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 68.

¹⁴⁸ RGZ 75, 354, 357; Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 14; Otto in Staudinger § 281 Rn. B 62; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 38; Westermann in Erman § 281 Rn. 13.

¹⁴⁹ RG Recht 1920 Nr. 1497; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 38; Otto in Staudinger § 281 Rn. B 62.

nen hat. Er sollte zumindest Kenntnis darüber erlangen, bis zu welchem Zeitpunkt der Gläubiger noch annahmefähig ist.¹⁵⁰ Nach alter Rechtslage kam immerhin der Ablehnungserklärung des Gläubigers eine Warnfunktion zu, so dass im Rahmen des § 326 BGB a.F. möglicherweise anders entschieden werden konnte. Da die Ablehnungsandrohung jetzt nicht mehr erforderlich ist, stellt die Setzung einer Frist mit einem konkreten Endpunkt den einzigen Anhaltspunkt für den Schuldner dar, der auf den möglichen Eintritt von Konsequenzen hinweist.¹⁵¹ Es wird deutlich, dass nach diesem Zeitpunkt etwas Neues, eine Veränderung der Verhältnisse, eintreten wird. Die bloße Aufforderung zur Leistung oder auch zur sofortigen oder unverzüglichen Leistung kann diese Wirkung nicht haben.

Ausreichend soll auch das Setzen einer „angemessenen“ Frist sein. Begründet wird dies damit, dass wenn die Setzung einer zu kurzen Frist automatisch eine angemessene Frist auslöse, dann müsse auch von vornherein die Setzung einer „angemessenen“ Frist den Anforderungen genügen.¹⁵²

In dem zugrunde liegenden Fall des Reichsgerichts hatte allerdings der Gläubiger den Schuldner aufgefordert, innerhalb von vierzehn Tagen mit der Lieferung zu beginnen und diese in angemessener Frist zu Ende zu führen.¹⁵³ Bei genauer Betrachtung wird also deutlich, dass nicht nur eine „angemessene“ Frist, sondern zunächst tatsächlich eine konkret nach Tagen bemessene Frist gesetzt wurde, die es dem Schuldner schon ermöglichte, einen eindeutigen Zeitpunkt zum Tätigwerden festzustellen.

Beim bloßen Setzen einer „angemessenen“ Frist stünde der Schuldner nicht anders als bei der Aufforderung zur „sofortigen“ oder „unverzüglichen“ Leistung. Ein konkreter Endpunkt wäre nicht ersichtlich, und somit wären auch die schützenswerten Interessen des Schuldners nicht gewahrt. Außerdem wäre die Interpretation des Begriffs der Angemessenheit und damit die Bestimmung der Fristlänge zunächst einmal in die Hand des Schuldners gelegt, was dem Sinn und Zweck der Fristsetzung nicht gerecht würde.

Für eine wirksame Fristsetzung ist somit erforderlich, dass der Schuldner eindeutig erkennen kann, wann die letzte Möglichkeit zur Leistung verstrichen ist. Ein genauer Termin muss genannt oder berechenbar sein. Es macht

¹⁵⁰ Huber Bd. II S. 363.

¹⁵¹ Zur Frage, ob die Androhung von Konsequenzen in irgendeiner Form generell zu fordern ist, vgl. § 3 D III.

¹⁵² RG WarnR 1909 Nr. 289; Otto in Staudinger § 323 Rn. B 59.

¹⁵³ RG WarnR 1909 Nr. 289.

§ 3 Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung

keinen Unterschied, ob der Gläubiger die Formulierung „in ... Tagen“ oder „am ... des Jahres ...“ wählt, sofern der gewährte Zeitraum angemessen ist.

Beispiel¹⁵⁴: Sie werden hiermit nachdrücklich aufgefordert, umgehend Ihren vertraglichen Verpflichtungen ... nachzukommen. Wir räumen Ihnen hierzu eine Nachfrist bis zum ... ein.

Akzeptabel ist auch die Aufforderung, innerhalb einer Frist einen Termin für eine Auflassung zu vereinbaren.¹⁵⁵ Ein konkretes Fristende ist für den Schuldner jedenfalls ersichtlich.

B. Sinn und Zweck

Wie sich den Protokollen zum ADHGB entnehmen lässt, war die Fristsetzung doch zu einem nicht geringen Teil aus der Not heraus geboren, die kontroversen Standpunkte der Teilnehmer der damaligen Kommission zu einer alle Seiten einigermaßen befriedigenden Einigung zu führen.¹⁵⁶ So konnte die damalige Diskussion endlich beendet und das Verfahren fortgeführt werden. In der Praxis zeigte sich dann, dass die Regelung ein Erfolg war.

Die Fristsetzung sollte dazu führen, dass der Schuldner einer Leistung diese auch erbringt. Er erhält so die letzte Chance, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen.¹⁵⁷ Schließlich ist es das primäre Ziel der Parteien, den mit dem Vertrag angestrebten Erfolg zu erreichen. Der Schuldner hat nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht, die Leistung zu erbringen, bevor er sich mit einem Schadensersatz- oder Rücktrittsbegehren konfrontiert sieht. Insofern erinnert die Fristsetzung ihn an eben diese Pflicht und gibt ihm eine letzte Möglichkeit zur Vertragserfüllung.

Dadurch, dass die früher so entscheidende Ablehnungserklärung nicht mehr erforderlich ist, büßt die Fristsetzung etwas von ihrem warnenden Charakter ein, auch wenn zumeist klar sein sollte, dass das Fristende eine Zäsur im Vertragsverhältnis bedeuten wird.¹⁵⁸ Für den Gläubiger bietet die Fristsetzung somit die Gelegenheit, den Schuldner zur Leistung zu bewegen. Reagiert der Schuldner nicht, so steht mit Ablauf der Frist fest, dass er

¹⁵⁴ Dedek in Henssler/Westphalen § 281 Rn. 12.

¹⁵⁵ RGZ 66, 430, 431; RGZ 69, 103, 106 f.

¹⁵⁶ Vgl. § 2 A.

¹⁵⁷ BGH WM 1985, 1106.

¹⁵⁸ Vgl. § 3 D III zur Frage, ob das Inaussichtstellen von Konsequenzen zu fordern ist.

die Leistung verweigert.¹⁵⁹ Insofern ist die Fristsetzung auch ein Mittel herauszufinden, ob der Schuldner die Leistung verweigert, und so die Voraussetzungen für Schadensersatz, Rücktritt oder Selbstvornahme zu schaffen.

C. Rechtsnatur und Beteiligte

Die Rechtsnatur der Fristsetzung ist nicht zweifelsfrei geklärt. Einerseits wird sie als Willenserklärung verstanden.¹⁶⁰ Andererseits soll die Fristsetzung eine geschäftsähnliche Handlung sein.¹⁶¹ Jedenfalls sind die Normen über Rechtsgeschäfte analog anwendbar.¹⁶²

Die Fristsetzung ist dabei auf Grund der nicht mehr erforderlichen Ablehnungserklärung als lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB anzusehen und kann daher auch von Minderjährigen vorgenommen werden.

Die Fristsetzung geht vom Gläubiger oder einem von ihm Bevollmächtigten aus. Adressat ist der Schuldner oder ein von diesem Bevollmächtigter.

D. Inhalt und Voraussetzungen der Fristsetzung nach Fälligkeit

I. Frist zur Leistung oder Nacherfüllung

Nach dem Wortlaut der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 637 Abs. 1 BGB muss der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmen.

Die Nacherfüllung stellt einen Unterfall der Leistung dar, die eben gar nicht oder noch nicht vollständig erbracht worden ist.¹⁶³ Sie wird dann relevant, wenn die Leistung nicht vollständig erbracht wurde. Den wichtigsten Fall stellt dabei das Vorliegen eines Sachmangels dar. Der Schuldner hat zwar eine Sache geliefert oder hergestellt, diese ist aber mit einem Mangel behaftet. Ist der Mangel behebbar, so kann die Nacherfüllung auf verschiedene Arten erfolgen. Möglich sind beispielsweise Nachlieferung, Ersatzlie-

¹⁵⁹ Peters JR 1998, 186 ff. zur Fristsetzung und Ablehnungsandrohung i.R.d. § 326 BGB a.F.

¹⁶⁰ RGZ 53, 161, 167; BGHZ 114, 360, 366; Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 41; Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 50.

¹⁶¹ Otto in Staudinger § 281 Rn. B 35; Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 9; Peters in Staudinger § 634 Rn. 49.

¹⁶² Otto in Staudinger § 281 Rn. B 35.

¹⁶³ BT-Drucksache 14/6040 S. 138.

ferung, Umtausch und Reparatur gemäß § 439 BGB im Kaufrecht¹⁶⁴ sowie Nachbesserung (Reparatur) oder Neuherstellung gemäß § 635 BGB im Werkvertragsrecht.¹⁶⁵

Fraglich ist, welche Anforderungen an das Bestimmen der Frist zu stellen sind. So wird verlangt, dass mehr zu geschehen habe als ein höfliches Drängen auf Vertragserfüllung. Dem Schuldner müsse erkennbar sein, dass es mit Fristablauf „ernst“ wird oder werden kann.¹⁶⁶ Dabei muss insbesondere deutlich werden, welche dem Schuldner nach dem Vertrag obliegende Leistung zu erbringen ist.¹⁶⁷ Betrifft die Störung nur einen Teil der Leistung, kann die Frist immer nur mit Bezug auf eine bestimmte Unzulänglichkeit der Leistung gesetzt werden.¹⁶⁸

Bleibt die Leistung in mehr als einer Hinsicht hinter dem Geschuldeten zurück, so muss der Gläubiger jede der Störungen bei der Fristsetzung benennen.¹⁶⁹ Die Maßstäbe des BGB alter Fassung sollen weiterhin gelten, wonach keine hohen Anforderungen an den Gläubiger zu stellen waren.¹⁷⁰ Er muss den Mangel lediglich so beschreiben, dass er individualisiert werden kann.¹⁷¹

Formvorschriften unterliegt die Erklärung nicht. Zweckmäßigerweise sollte sie aber schriftlich erfolgen.¹⁷² Dies empfiehlt sich auf Grund der besseren Beweisbarkeit.

Dem Schuldner ist demnach zunächst verständlich zu machen, was genau von ihm verlangt wird, und dazu ein Zeitraum zu setzen, innerhalb dessen er dem Verlangen zu entsprechen hat.

II. Frist zur Erklärung oder zu notwendigen Vorbereitungs-handlungen

Liegen Anhaltspunkte für das Ausbleiben der Leistung vor, die keine endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners darstellen, oder ist die Sache mangelhaft, ist fraglich, ob der Gläubiger die Rechte aus §§ 281, 323, 637 BGB geltend machen kann, nachdem er dem Schuldner

¹⁶⁴ Putzo in Palandt § 437 Rn 5.

¹⁶⁵ Sprau in Palandt § 635 Rn. 4.

¹⁶⁶ Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 9a.

¹⁶⁷ RGZ 114, 3, 8.

¹⁶⁸ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 61.

¹⁶⁹ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 62.

¹⁷⁰ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 61.

¹⁷¹ Peters in Staudinger § 634 a.F. Rn. 15.

¹⁷² Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 80.

lediglich eine Frist zur Erklärung über dessen Bereitschaft zur Leistung oder Nacherfüllung oder zu anderen Handlungen, die nicht die eigentlich geschuldete Leistung darstellen, gesetzt hat und diese ergebnislos verstrichen ist.¹⁷³ Im Werkvertragsrecht ist es beispielsweise nicht unüblich, dem Unternehmer eine Frist zur Aufnahme der Arbeit, Erklärung der Leistungsbereitschaft oder Ähnlichem zu setzen.

Überwiegend wurde eine solche Möglichkeit der Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung im Rahmen des § 326 Abs. 1 BGB a.F. abgelehnt und als nicht mit dem Gesetz vereinbar betrachtet.¹⁷⁴ Schließlich entsprach es auch nicht dem Wortlaut der Regelung, wonach die Frist ausdrücklich zur Bewirkung der Leistung zu setzen war. Es wurde argumentiert, dass die Ungewissheit des Gläubigers, ob die Leistung tatsächlich bewirkt werden würde, auch durch eine positive Antwort des Schuldners hinsichtlich seiner Erfüllungsbereitschaft nicht beseitigt werden könne.¹⁷⁵ Nach Fälligkeit der Leistung sollte der Gläubiger also nur noch eine Frist zur Bewirkung der Leistung selbst setzen können.

Grundlegend für diese Annahme war insbesondere eine Entscheidung des Reichsgerichts.¹⁷⁶ In dem beurteilten Fall bestritt der Verkäufer seine Pflicht die fällige Leistung erbringen zu müssen, und geriet in Verzug. Der Käufer forderte ihn daraufhin auf, binnen einer Woche zu erklären, ob er gewillt sei, die noch ausstehende Leistung zu erbringen und verband dies mit einer Ablehnungserklärung. Falls die Erklärung ausbleiben sollte, würde Schadensersatz verlangt. Der Verkäufer gab die Erklärung nicht ab. Trotz seiner zuvor erklärten eigenen Ablehnung klagte der Käufer sodann auf Leistung, die der Verkäufer weiterhin verweigerte. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass der Käufer die Unwirksamkeit seiner eigenen Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung festgestellt wissen wollte.

Das RG jedenfalls befand, dass die Nachfristsetzung nicht den Anforderungen des Gesetzes (§ 326 Abs. 1 BGB a.F.) entspreche, da dieses dem Gläubiger durch die Fristsetzung die Möglichkeit gewähren wolle, die durch den Verzug des Schuldners verursachte Unsicherheit zeitlich zu begrenzen und eine klare Rechtslage zu schaffen. Diesen Zweck sah das RG durch das

¹⁷³ Zum Vorliegen derartiger Anhaltspunkte vor Fälligkeit siehe § 4.

¹⁷⁴ RGZ 101, 397, 399; BGH NJW 1999, 2884, 2886; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 29; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 90; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 15; Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 50.

¹⁷⁵ Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 90.

¹⁷⁶ RGZ 101, 397; vgl. auch RG SeuffA 77 (1923) Nr. 117.

Setzen einer Erklärungsfrist nicht erreicht. Grund dafür sei, dass wenn der Schuldner zwar seine Leistungsbereitschaft erkläre, er aber keine Leistung folgen lasse, der bestehende Schwebezustand verlängert und nicht beseitigt würde.¹⁷⁷

Auch nach der Schuldrechtsmodernisierung stößt die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Erklärung der Leistungsbereitschaft nach Fälligkeit weiterhin auf Ablehnung,¹⁷⁸ ohne dass aber genauer auf das Problem eingegangen wird.

In der Praxis wird das Bedürfnis des Gläubigers, nach Fälligkeit eine Frist zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme zu setzen, gerade im Werkvertragsrecht immer wieder auftreten. Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, wie vom Gesetz vorgesehen, eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung zu setzen. Die Frist zur Leistung kann aber, wenn umfangreiche und zeitaufwendige Arbeiten durchgeführt werden müssen, sehr lang sein.¹⁷⁹ Für den Besteller bedeutet das eine sehr lange Zeit der Ungewissheit. Bei einem Hausbau müsste er unter Umständen viele Monate warten, bis die Frist abgelaufen ist und er endlich seine sekundären Rechte geltend machen kann. Eine kurze Frist zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme wäre in einer derartigen Situation jedenfalls von Vorteil. Auch kann es sich um erhebliche, dringende und nach Umfang und Dauer schwer abzuschätzende Mangelbeseitigungsarbeiten handeln, so dass der Besteller zu einer Fristsetzung nur schwerlich imstande ist. Zusätzlich können auch noch konkrete Zweifel an der Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers bestehen.¹⁸⁰ Eine lange Wartezeit wäre dem Gläubiger, der zudem seine Gegenleistung bereit halten müsste, kaum zumutbar und würde den Schuldner auf nicht gerechtfertigte Weise bevorteilen.

Der Besteller kann sich außerdem auch im Unklaren darüber sein, ob die Fälligkeit der Leistung überhaupt schon eingetreten ist. Im Rahmen eines Werkvertrags ist die exakte Festlegung durchaus nicht immer einfach. Eine „sofortige“ Fälligkeit gemäß § 271 BGB kann es beispielsweise bei einem Hausbau nicht geben. Fehlen entsprechende Terminvereinbarungen, so sind

¹⁷⁷ RGZ 101, 397, 399.

¹⁷⁸ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 60; Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 9a; § 323 Rn. 13; Otto in Staudinger § 281 Rn. B 56; § 323 Rn. B 53; Westermann in Erman § 281 Rn. 12.

¹⁷⁹ Peters in Staudinger § 634 Rn. 46.

¹⁸⁰ BGH BauR 1975, 137; BGH BauR 1982, 496; BGH BauR 1983, 73.

die Umstände des Einzelfalls maßgeblich,¹⁸¹ die schwer einschätzbar sein können. Ein Unternehmer wird sich bei einem aufwendigen Projekt wie der Errichtung eines Hauses auch nur schwerlich auf einen verbindlichen Termin oder gar ein relatives Fixgeschäft einlassen. Es ist daher nicht verständlich, warum der Besteller nach Eintritt der Fälligkeit keine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft setzen dürfen sollte.¹⁸²

Dem Gläubiger sollte es nach Eintritt der Fälligkeit freigestellt sein, dem Schuldner eine Frist zur Erklärung zu setzen, sofern Zweifel an dessen Leistungsbereitschaft bestehen.¹⁸³ Je nach Art der geschuldeten Leistung mag es für ihn günstiger erscheinen. Der eigentliche Sinn und Zweck der Fristsetzung, den Schuldner zur Leistung zu bewegen und den Vertrag wie vereinbart durchzuführen, wird auch so gewahrt. Die Fristsetzung zur Erklärung ist eine gute Möglichkeit, die Leistungsbereitschaft des Schuldners herauszufinden. Wie der Gläubiger dabei genau vorgeht, kann durchaus ihm selbst überlassen werden. Je nach Art des Vertrages wird er es am besten wissen. Fällt die Antwort negativ aus oder macht der Schuldner gar keine Aussage, so kann dies als eine Leistungsverweigerung gewertet werden, und der Gläubiger kann seine Sekundärrechte geltend machen.

Das Problem der auch bei positiver Antwort weiterhin bestehenden Schwebelage ergibt sich zudem nur, wenn die Frist tatsächlich zur Abgabe einer Erklärung gesetzt wurde. Im Prozess wäre das Verhalten des Schuldners allerdings auch dann entsprechend zu werten. Alle anderen Aufforderungen zu bestimmten Handlungen, die nicht die Leistung im eigentlichen Sinne darstellen, haben sichtbare Konsequenzen, so dass die Schwebelage nach Fristablauf definitiv beendet ist.

Die Entscheidung des RG ist im Übrigen inzwischen auch durch die Rechtsprechung des BGH zur Erklärungsfrist vor Fälligkeit überholt worden.¹⁸⁴

Die Möglichkeit einer Erklärungsfrist hat auch Einzug in das UN-Kaufrecht gehalten.

Gemäß Art. 48 Abs. 2 S. 1 CISG kann der Verkäufer den Käufer auffordern, innerhalb einer angemessenen Frist zu erklären, ob er eine Erfüllung nach dem Liefertermin annehmen wolle.

¹⁸¹ Peters in Staudinger § 633 Rn. 119.

¹⁸² Vor Fälligkeit muss dies zusätzlich ebenfalls möglich sein, vgl. § 4.

¹⁸³ So auch Huber Bd. II S. 602 ff. Zu den erforderlichen Zweifeln vgl. § 4 B II.

¹⁸⁴ Vgl. § 4.

III. Androhung von Rechtsfolgen

1. Erforderlichkeit

Aus den oben genannten Definitionsversuchen des Begriffs der Frist wird nicht deutlich, wie intensiv die Bestimmung der Frist nun tatsächlich zu erfolgen hat. Es ist nicht klar, was es heißt, dem Schuldner müsse erkennbar sein, dass es „ernst“ werden könne, zumal die Formulierung „ernst“ aus dem Abschlussbericht der Schuldrechtskommission stammt und dort im Zusammenhang mit der Überlegung, ob zusätzlich zur Fristsetzung eine weitere Voraussetzung in das Gesetz aufgenommen werden sollte, die dem Schuldner den Ernst der Lage deutlich machen sollte, diskutiert wurde.¹⁸⁵

Nach dem BGB alter Fassung war die Frist immer mit einer Ablehnungserklärung zu verbinden. Eine Ablehnungserklärung war genau das Mittel, das den Schuldner auf den Ernst der Lage hinwies, da der Gläubiger bereits mit der Fristsetzung erklärte, die Leistung nach erfolglosem Fristablauf nicht annehmen zu wollen, der Vertrag in der vereinbarten Form also nicht weiter bestehen würde.

Die Ablehnungserklärung wurde aber vom Gesetzgeber bewusst abgeschafft, um die Situation für den Gläubiger zu erleichtern.¹⁸⁶ Für die Ernsthaftigkeit der Fristbestimmung soll demnach grundsätzlich ausreichen, dass der Gläubiger unmissverständlich zum Ausdruck bringt, was er innerhalb der Frist vom Schuldner erwartet. Es kann also zunächst einmal nicht verlangt werden, dass eine Frist nur dann hinreichend bestimmt ist, wenn sie weiterhin mit einer Ablehnungserklärung im früheren Sinne versehen ist. Der Gesetzgeber hat ebenfalls davon abgesehen, eine Art „kleine Ablehnungsandrohung“ in das BGB aufzunehmen. Es sollte vermieden werden, dass der Gläubiger der Fristsetzung erneut Erklärungen hinzuzufügen hätte, deren konkrete Bedeutung sich aber ähnlich schwer wie die der Ablehnungserklärung vorhersagen ließe.¹⁸⁷

Nicht erforderlich ist außerdem, dass der Gläubiger bei der Fristsetzung bereits die Absicht hat, nach Fristablauf Schadensersatz zu verlangen oder zurückzutreten. Die Berechtigung dazu entsteht durch das Gesetz, und zwar

¹⁸⁵ Schuldrechtskommission S. 167. Gemäß § 323 Abs. 1 S. 1 BGB-KE war ein Rücktritt nur möglich, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit dem Rücktritt rechnen musste. Diese Formulierung wurde erst bei der Schaffung der endgültigen Gesetzesfassung durch den Rechtsausschuss beseitigt.

¹⁸⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 139.

¹⁸⁷ BT-Drucks. 14/6040 S. 139.

selbst dann, wenn der Gläubiger diese Folgen mit der Fristsetzung nicht beabsichtigt hatte.¹⁸⁸

Es wird deutlich, welche Erleichterung die Abschaffung der Ablehnungserklärung für den Gläubiger bedeutet. Er muss lediglich eine Frist setzen, die durchaus kurz sein kann, und schon hat er, nach erfolglosem Ablauf, die Möglichkeit, durch einen Rücktritt den Vertrag rückgängig zu machen und bei Verschulden des Schuldners Schadensersatz zu verlangen.

Für den Schuldner stellte die Ablehnungserklärung im BGB alter Fassung einen wesentlichen Schutzmechanismus dar, der nun weggefallen ist. Nicht ohne Grund wurde die Ablehnungserklärung als die entscheidende Voraussetzung für einen Anspruch aus § 326 Abs. 1 BGB a.F. angesehen. Nach der Änderung des Rechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erhält der Schuldner bei Zugrundelegung des Wortlauts keinen Hinweis mehr auf die besonderen Folgen des Ablaufs der Frist, die die zweite Kommission zum BGB alter Fassung noch dazu bewogen hatten, die Ablehnungserklärung überhaupt in das Gesetz aufzunehmen.¹⁸⁹

Es ist fraglich, ob es sinnvoll ist, die Lage des Gläubigers derart zu verbessern. Letztlich muss abgewogen werden, wie hoch die Schutzwürdigkeit des Schuldners einzuschätzen ist; eine Frage, die sich schon die Schöpfer des ADHGB und des BGB alter Fassung stellen mussten. Es ist jedenfalls der Schuldner, in dessen Sphäre das Ausbleiben der Leistung oder die Schlechtleistung fallen, auch wenn er diese nicht verschuldet. Zudem setzt ein Sekundäranspruch grundsätzlich an erster Stelle voraus, dass die Leistung fällig ist und der Schuldner sie zu diesem Zeitpunkt nicht oder schlecht erbracht hat. Weiterhin ist ein Anspruch auf Schadensersatz auch nur möglich, wenn ein Verschulden des Schuldners vorliegt. Durch die Fristsetzung des Gläubigers wird ihm spätestens deutlich gemacht, dass in seinem Verantwortungsbereich der Vertragserfüllung hinderliche Umstände vorliegen.

Dadurch wird die Fristsetzung aber noch nicht in jedem Fall zu einer ernsthaften. Auch wenn dem Schuldner nun bewusst wird, dass bestimmte Versäumnisse aus seinem Bereich herrühren, bedeutet dies nicht, dass er sich über den Ernst der Lage im Klaren ist. Wählt der Gläubiger harmlos wirkende Formulierungen, wie „bis zum Tag ... erbitte ich mir die Leis-

¹⁸⁸ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 67.

¹⁸⁹ Mugdan II S. 643.

tung“, bedeutet das nicht, dass dem juristisch unbewanderten Schuldner die möglichen Konsequenzen hinreichend deutlich werden. Er wird also unter Umständen von dem Begehren des Gläubigers überrascht,¹⁹⁰ so dass von einem Bewusstsein des Ernstes der Lage demnach bei einer derartigen Fristsetzung keine Rede sein kann. Der vollständige Verzicht auf die Ablehnungserklärung und die wörtliche Anwendung der §§ 281, 323 BGB bedeuten somit auch einen vollständigen Verzicht auf den Schuldnerschutz in dieser Hinsicht.

Um dieses starke Gefälle wieder etwas auszugleichen, muss der Gläubiger, um die Ernsthaftigkeit seines Anliegens zu untermauern, dem Schuldner irgendeine Art von Hinweis in Verbindung mit der Fristsetzung geben. Mit einer Ankündigung, Sekundärrecht geltend machen zu wollen, ist der Gläubiger im Übrigen auch deshalb gut beraten, da der Schuldner die Ernsthaftigkeit des Begehrens sonst möglicherweise leugnen könnte.¹⁹¹ Daher ist es angebracht, vom Gläubiger eine Aufforderung an den Schuldner zu verlangen, die mehr ist als eine bloße befristete Mahnung. Wie die Formulierung genau zu erfolgen hat, ist sodann abhängig vom Einzelfall.

Für den Gläubiger bedeutet dies keinen Nachteil, da er schließlich nicht mehr wie nach § 326 Abs. 1 BGB a. F. mit dem Fristablauf seinen Anspruch auf die Leistung verliert (vgl. § 281 Abs. 4 BGB) und Schadensersatz und Rücktritt gemäß § 325 BGB auch nebeneinander möglich sind. Der psychologische Faktor des Aufgebens des Erfüllungsanspruchs oder eine inhaltliche Überforderung des Gläubigers durch die Fristsetzung können ebenso wenig noch eine Rolle spielen. Die vom Gesetzgeber befürchtete Hürde würde nicht bestehen.¹⁹²

Das OLG Köln verlangt dementsprechend angesichts der möglichen Konsequenzen für das weitere Schicksal des Vertrags, dass der Gläubiger mit der Leistungsaufforderung unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass der Schuldner eine letzte Gelegenheit zur Erfüllung des Vertrags erhält.¹⁹³ Dies ist jedenfalls eine Möglichkeit, den Schuldner auf den Ernst der Lage hinzuweisen. Sicherlich wäre diese Art der Formulierung wieder näher an der ursprünglichen Ablehnungserklärung, da der Gläubiger indirekt erklärte, dass er nach Verstreichen der letzten Chance den Vertrag beende und damit die Erfüllung ablehne. Er geriete damit wieder in eine Situation, eine Art

¹⁹⁰ Ein Überraschen des Schuldners wollte der BGH aber nach dem BGB alter Fassung gerade verhindert wissen, vgl. BGH JR 1976, 282; BGH NJW 1977, 35.

¹⁹¹ Peters in Staudinger § 634 Rn. 44.

¹⁹² BT-Drucks. 14/6040 S. 185.

¹⁹³ OLG Köln ZGS 2003, 392, 393.

von Ablehnungserklärung abgeben zu müssen.¹⁹⁴ Die objektive Auslegung einer derartigen Erklärung kann aber nicht automatisch einen Verzicht des Gläubigers auf die Erfüllung und damit auf seine gesetzlich festgehaltenen Rechte ergeben. Das Gericht selbst weist auch ausdrücklich darauf hin, dass eine Ablehnungserklärung im bisherigen Sinne nicht mehr nötig sei. Eine Aufgabe des Erfüllungsanspruchs verlangt es demzufolge nicht. Es können aber Formulierungen, die den Anforderungen an § 326 Abs. BGB a.F. nicht genügen, jetzt ausreichen, um den Schuldner auf den Ernst der Lage aufmerksam zu machen.

Auch sind weitere Einzelfälle denkbar, in deren Zusammenhang es dem Schuldner nicht bewusst wird, dass der Gläubiger sich vom gesamten Vertrag lösen will.

Gemäß §§ 281 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 5 S. 1 BGB kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen beziehungsweise vom gesamten Vertrag zurücktreten, wenn er dem Schuldner eine Frist zur Erbringung einer Teilleistung gesetzt hat, er aber das Interesse an der Teilleistung verloren hat. Weiterhin ist gemäß §§ 281 Abs. 1 S. 3, 323 Abs. 5 S. 2 BGB ein Schadensersatz statt der ganzen Leistung beziehungsweise Rücktritt nicht möglich, sofern bei einer nicht vertragsgemäßen Leistung die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Der Fortfall des Interesses und die Erheblichkeit eines Zustandes stellen Umstände dar, die aus der Sphäre des Gläubigers herrühren und die für den Schuldner unter Umständen nicht offensichtlich sind und die er möglicherweise auch anders beurteilt als der Gläubiger. Daher macht es Sinn, in einem solchen Fall vom Gläubiger einen Hinweis an den Schuldner auf seine Situation zu verlangen. Eine Ablehnungserklärung im Sinne des BGB alter Fassung zu fordern wäre allerdings auch an dieser Stelle zu streng und würde dem Gedanken des Gesetzes zu stark widersprechen. Ein unmissverständlicher Hinweis des Gläubigers ist ausreichend. Dies ergibt sich auch gemäß § 242 BGB aus Treu und Glauben.

Selbstverständlich gelten die bisherigen Ausführungen auch bezüglich der Fristsetzung zur Erklärung, sowohl nach als auch vor Eintritt der Fälligkeit. Gerade die Fristsetzung vor Fälligkeit erfordert einen Hinweis an den Schuldner, der ihn alarmiert, ist doch schließlich die Frist vor Fälligkeit vom Gesetz gar nicht vorgesehen.¹⁹⁵

¹⁹⁴ So zumindest die Argumentation von Mankowski ZGS 2003, 451, 454.

¹⁹⁵ Vgl. § 4.

Um die Ernsthaftigkeit der Fristsetzung zu unterstreichen, ist diese mit einer Erklärung zu verbinden, die dem Schuldner verdeutlicht, dass ihn Konsequenzen erwarten. Eine bloße befristete Mahnung reicht dafür nicht aus.

2. Wirkung einer Ablehnungserklärung im Sinne des BGB alter Fassung

Trotz der nicht mehr bestehenden Erforderlichkeit einer Ablehnungsandrohung werden in der Praxis weiterhin Fälle auftreten, in denen der Gläubiger zusätzlich zur Fristsetzung eine den Anforderungen des § 326 Abs. 1 BGB a.F. entsprechende Ablehnungserklärung für den Fall des ergebnislosen Ablaufs ausspricht. Dies mag aus alter Gewohnheit geschehen oder aber mit voller Absicht, um eine möglichst schnelle Vertragsabwicklung zu forcieren. Dabei ist es gleichgültig, ob der Gläubiger zum Zeitpunkt der Fristsetzung die Erfüllung explizit ablehnt oder zusammen mit der Fristsetzung für deren Ablauf bereits Schadensersatz oder Rücktritt verlangt, da in einem solchen Verlangen ebenfalls die Ablehnung der Leistung enthalten ist. Der Gläubiger könnte auf diese Art und Weise den Zeitraum begrenzen, währenddessen er sich noch mit einer Erfüllungsleistung des Schuldners beschäftigen muss. So würde im Grunde eine Vertragsabwicklung erreicht, wie sie nach alter Rechtslage vorgesehen war. In Frage stehen dabei zum einen die Wirksamkeit und zum anderen die Verbindlichkeit einer solchen Fristsetzung mit Ablehnungserklärung.

Der Gesetzgeber hat in dieser Beziehung keine eindeutige Aussage getroffen. Aus §§ 281 Abs. 1 und 4, 323 Abs. 1 BGB geht nicht eindeutig hervor, wann der Gläubiger die Erklärung abgeben kann, dass er Schadensersatz oder Rücktritt verlange und ob er diese möglicherweise bereits mit der Fristsetzung verbinden kann, deren erfolgloser Ablauf die Bedingung für das Verlangen darstellt. Lediglich in der Begründung zu § 437 BGB findet sich der einzelne Hinweis, dass der Rücktritt erst nach Ablauf der Frist erklärt werden könne.¹⁹⁶ Es wird aber nicht klar, ob dies nur für den Rücktritt im Kaufrecht gelten soll und wie es sich aus dem Gesetz herleiten lässt.

Dementsprechend uneinheitlich sind auch die Ausführungen in der Literatur. So heißt es, die Erklärung Schadensersatz zu verlangen, könne erst abgegeben werden, wenn der Anspruch entstanden sei, das heißt nach Ablauf der Frist.¹⁹⁷ Ferner sollen, soweit eine Nacherfüllung in Betracht kom-

¹⁹⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 221.

¹⁹⁷ Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 50; Grüneberg in Bamberger/Roth § 281 Rn. 49.

me, andere Rechte subsidiär sein, so dass diese erst nach Fristablauf geltend gemacht werden könnten.¹⁹⁸ Auch wird schlicht die Begründung des Gesetzgebers zu § 437 BGB zitiert, nach der ein Rücktritt erst nach Fristablauf möglich sei.¹⁹⁹

Die Befürworter der Möglichkeit einer Erfüllungsablehnung vor Fristende sind mit ihren Begründungen aber ebenso wenig überzeugend. So spreche schlicht nichts dagegen, Schadensersatz statt der Leistung noch vor Ablauf der Nachfrist zu verlangen. Es handle sich um eine zulässige Potestativbedingung.²⁰⁰ Und auch im Mietrecht soll eine Ablehnungserklärung nach bisherigem Vorbild wirksam sein, wenn sie denn erkennen lasse, dass bei erfolglosem Fristablauf allein Schadensersatz verlangt werde.²⁰¹

a. Wirksamkeit

Wirksam ist eine Fristsetzung jedenfalls, wenn durch sie die Frist tatsächlich in Gang gesetzt wird. Setzt nun ein Gläubiger seinem Schuldner eine angemessene Frist und verbindet er diese mit einer Ablehnungserklärung, so kann dies nur bedeuten, dass die Frist auch zu laufen beginnt. Reicht nämlich nach dem reformierten Schuldrecht bereits eine Fristsetzung aus, die den Ernst der Lage hinreichend erkennen lässt, aber keine Ablehnungserklärung mehr erfordert, so muss dies erst recht für eine Fristsetzung mit Ablehnungserklärung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB a.F. gelten. Die Fristsetzung mit Ablehnungserklärung ist eine intensivere Art und Weise, den Schuldner vom Ernst der Lage zu überzeugen, und bedeutet im Vergleich zur Fristsetzung nach aktueller Rechtslage ein Mehr an Inhalt und Information. Für den Gläubiger stellt dies den Vorteil dar, dass er den inhaltlichen Anforderungen an die Fristsetzung in jedem Fall gerecht wird. Dem Schuldner wird eindeutig klar gemacht, dass die Lage ernst ist, und er kann dies auch nicht in Frage stellen. Das Setzen einer Frist mit Ablehnungserklärung darf für den Gläubiger insofern keinen Nachteil bedeuten, sondern muss den Lauf der Frist auslösen.

¹⁹⁸ Oetker/Maultzsch S. 105 f., 118.

¹⁹⁹ Dauner-Lieb in AnwKomm § 323 Rn. 14 gibt BT-Drucks. 14/6040 S. 221 wieder.

²⁰⁰ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 96; Schwab JR 2003 133, 138 verlangt, dass die Potestativbedingung deutlich erkennbar sei und nicht in ein ohne Bedingung ausgesprochenes Verlangen hineingelesen werden dürfe; Wieser NJW 2003, 2432, 2433 geht ebenso von der Möglichkeit einer bedingten Abgabe der Erklärung aus.

²⁰¹ Langenberg NZM 2002, 972, 974.

b. Verbindlichkeit

Im Anschluss stellt sich die Frage, ob der Gläubiger auch an die Ablehnung der Erfüllung gebunden ist. Entsprechend § 326 Abs. 1 BGB a.F. würde mit Ablauf der Frist kein Anspruch auf Erfüllung mehr bestehen.

Es ist zunächst erneut darauf hinzuweisen, dass auf die Fristsetzung grundsätzlich die Vorschriften über Rechtsgeschäfte zumindest analog anwendbar sind.²⁰² Es handelt sich somit bei einer Fristsetzung mit Ablehnungserklärung um eine aufschiebend bedingte Erklärung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB.²⁰³

Fraglich ist, ob derartige Bedingungen in diesem Zusammenhang zulässig sind. Im Grundsatz sind Gestaltungsrechte wie der Rücktritt bedingungsfeindlich, da sie die Rechtslage eindeutig klären müssen und kein Schwebestand entstehen darf.²⁰⁴ Der Erklärungsempfänger soll nicht im Ungewissen über den neu geschaffenen Rechtszustand sein.²⁰⁵ Der BGH hat daraus den Schluss gezogen, dass die Beifügung einer Bedingung, die für den Erklärungsgegner keine untragbare Ungewissheit über den neuen Rechtszustand schaffe, zulässig sei. Dies habe für Bedingungen, deren Eintritt allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängige, zu gelten und könne, wie schon für die Kündigung anerkannt,²⁰⁶ auch die Rücktrittserklärung erfassen.²⁰⁷ Auf die Erklärung, unter bestimmten Bedingungen Schadensersatz zu verlangen, ist dieser Gedanke ebenfalls anwendbar, denn auch hier kann es nur darauf ankommen, den Empfänger der Erklärung vor der Ungewissheit der entstehenden Rechtslage zu schützen.

In Frage kommt damit eine so genannte Potestativbedingung, das heißt, eine Bedingung, deren Eintritt vom Willen eines Beteiligten abhängig ist, wobei der Willensentschluss die Vornahme bestimmter Handlungen betreffen muss.²⁰⁸

Gegen die Möglichkeit, in diesem Zusammenhang eine solche Bedingung zu setzen, wird vorgebracht, dass bei rechtsgeschäftlichen Leistungen der Erfüllungserfolg auf der sachenrechtlichen und erfüllungsrechtlichen Ebene nicht unbedingt allein vom Schuldner abhängig sei und der Bedingungssein-

²⁰² Vgl. § 3 C.

²⁰³ Bülow JZ 1979, 430, 431; Derleder/Zänker NJW 2003, 2777, 2779.

²⁰⁴ BGHZ 32, 375, 383.

²⁰⁵ BGH WM 1981, 729.

²⁰⁶ BGH WM 1973, 694, 695.

²⁰⁷ BGH NJW 1986, 2245, 2246.

²⁰⁸ Flume § 38 2 c; Larenz/Wolf § 50 Rn. 13.

tritt damit nicht allein in der Hand des Schuldners liege.²⁰⁹ Richtig ist zwar, dass für eine Übereignung die Annahme des anderen Teils erforderlich ist. Erbringt aber der Schuldner während der Frist die Leistung vertragsgemäß und bietet sie dem Gläubiger an, so wird dieser keinen Grund zur Ablehnung haben und anderenfalls in Verzug geraten. Insofern vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen.

Weiterhin ist zwar zu bedenken, dass der Gesetzgeber die Ablehnungserklärung mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bewusst abgeschafft hat.²¹⁰ Ein wichtiger Bestandteil des neuen Rechts der Leistungsstörungen ist daher, dass der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auch nach Fristende noch besteht und die Sekundäransprüche sich gemäß § 325 BGB nicht gegenseitig ausschließen. Zieht der Gläubiger es aber vor, bereits mit der Fristsetzung den Verzicht auf seinen Erfüllungsanspruch im Falle des erfolglosen Ablaufs anzukündigen, so sollte ihm dies nicht verwehrt werden. Für den Schuldner stellt es keine Benachteiligung dar, wenn der Gläubiger auf einen Teil seiner Rechte freiwillig verzichtet. Die Abschaffung der Ablehnungserklärung war als eine Erleichterung für den Gläubiger gedacht. Zieht er es aber vor an dieser festzuhalten, sollte es sein Recht sein, die Vertragsabwicklung auf diese Art und Weise durchzuführen. Für den Schuldner bedeutet dies keine untragbare Ungewissheit. Eher das Gegenteil dürfte der Fall sein, denn er wüsste ja bereits, dass nach Fristablauf zumindest die Erfüllung des Vertrages nicht mehr von ihm erwartet wird.

Bedenken hinsichtlich der §§ 281 Abs. 1 S. 3; 323 Abs. 5 S. 2 BGB brauchen ebenso wenig zu bestehen.²¹¹ Es ist sicherlich zu bezweifeln, dass die Erheblichkeit der nach der Leistung oder Nacherfüllung bestehenden Pflichtverletzung bereits bei Abgabe der Ablehnungserklärung vorausgesehen werden kann. Insofern muss dann in einer solchen Situation die gesetzliche Regelung durchgreifen, um eine Benachteiligung des Schuldners zu vermeiden. Die Ablehnungserklärung ist somit unter der zusätzlichen Voraussetzung zu verstehen, dass keine lediglich unerhebliche Pflichtverletzung am Ende der Frist vorliegt. Der Gläubiger ist damit grundsätzlich an seine Ablehnungserklärung gebunden.

²⁰⁹ Derleder/Zänker NJW 2003, 2777, 2779 f. Es wird argumentiert, dass z.B. bei einer Übereignung die Annahme der Sache durch den Gläubiger erforderlich sei und damit der Erfüllungserfolg nicht allein in der Macht des Schuldners stehe. Zu den verschiedenen Erfüllungstheorien vgl. Larenz § 18 I.

²¹⁰ Vgl. nur BT-Drucks. 14/6040 S. 139.

²¹¹ So aber Derleder/Zänker NJW 2003, 2777, 2780.

IV. Fälligkeit

Die Fälligkeit der Leistung ist in §§ 281, 323 BGB ausdrücklich als Voraussetzung für die Möglichkeit der Fristsetzung in das Gesetz aufgenommen worden.²¹² Demnach muss im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass die Fristsetzung erst nach Fälligkeit der Leistung erfolgen kann. Die Fälligkeit ergibt sich aus § 271 BGB. Danach tritt diese sofort ein, sofern die Parteien keinen anderen Fälligkeitszeitpunkt vereinbart haben.

Für § 326 BGB a.F. ergab sich bereits aus der Notwendigkeit des Vorliegens der Verzugsvoraussetzungen, dass die fragliche Leistung fällig sein musste, die Fristsetzung zur Leistung daher erst nach Fälligkeit erfolgen konnte.

Es gibt aber auch besonders geregelte Zeitpunkte, zu denen die Fälligkeit eintritt. Im Werkvertragsrecht wird beispielsweise gemäß § 641 Abs. 1 BGB die Vergütung erst mit der Abnahme des Werks fällig. Nach § 16 BRAGO ist die Fälligkeit der Vergütung eines Rechtsanwalts erst nach Erledigung des Mandats gegeben.

Möglicherweise kann der Gläubiger in solchen Fällen Fälligkeitsbegründung und Fristsetzung in einer Erklärung kombinieren.²¹³ Nach § 326 BGB a.F. war es ihm jedenfalls gestattet, die verzugsbegründende Mahnung mit der Fristsetzung zu verbinden.²¹⁴

Sieht man aber die Berechtigung für ein Handeln nach §§ 281, 323 BGB im Vorliegen einer vorläufigen Erfüllungsverweigerung des Schuldners,²¹⁵ so erscheint eine Kombination von Fälligkeitsbegründung und Fristsetzung allerdings bedenklich. Der Gläubiger sollte gegen den Schuldner erst vorgehen dürfen, wenn auch Anhaltspunkte für ein vertragswidriges Verhalten vorliegen. Denn erst bei Ausbleiben der vertragsgemäßen Leistung nach Fälligkeit darf der Gläubiger für gewöhnlich den Eindruck gewinnen, dass eine Fristsetzung ratsam ist. Der Gläubiger darf den Abstand zwischen Fälligkeit und Fristsetzung aber auch nicht unangemessen kurz wählen und bereits eine „juristische Sekunde“ nach Eintritt der Fälligkeit die Frist setzen. Erst wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Leistung

²¹² Zum nicht ganz eindeutigen Wortlaut der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB siehe § 4 A.

²¹³ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 56.

²¹⁴ RGZ 50, 255, 262; RGZ 93, 180, 181 f.; RGZ 106, 89 f.; BGH WM 1990, 516, 518; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 14; Larenz § 23 II b; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 35; Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 62.

²¹⁵ Peters JR 1998, 186, 189 zum Vorgehen nach § 326 BGB a.F.

trotz eingetretener Fälligkeit ausbleiben wird, kann er nach §§ 281, 323 BGB vorgehen und eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung setzen. Die Zeit, die der Gläubiger objektiv braucht, um die Notwendigkeit einer Fristsetzung zu erkennen, ist je nach Einzelfall zu beurteilen.

In Fällen, in denen bereits vor Fälligkeit eine Fristsetzung zur Erklärung möglich wäre, kann der Gläubiger die Fristsetzung allerdings auch mit der Fälligkeitsbegründung verbinden oder unmittelbar danach aussprechen. So kann sich der Gläubiger gerade bei langfristigen Werkverträgen durch eine Kontrolle des Leistungsstandes vor Fälligkeit ein Bild machen oder es können „Zwischenberichte“ des Schuldners vereinbart sein, die lange vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit zu erstatten sind.

Die Nachfristsetzung darf auch nicht in treuwidriger Weise verzögert werden.²¹⁶ Grundsätzlich ist die Setzung der Frist selbst aber nicht an eine Frist gebunden. Eine Beurteilung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen.²¹⁷

V. Durchsetzbarkeit

Für die Möglichkeit der Fristsetzung ist es weiterhin, wenn auch ungeschrieben, erforderlich, dass der Anspruch durchsetzbar ist.²¹⁸ Dies ergibt sich daraus, dass niemand mit den Folgen seiner Nichtleistung belastet werden darf, wenn er gar nicht leisten muss.²¹⁹ Grundsätzlich genügt bereits das bloße Bestehen einer Einrede,²²⁰ um die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auszuschließen, wenn sich der Schuldner zu irgendeinem Zeitpunkt darauf beruft.²²¹ Spätestens muss dies im Prozess geschehen. Verlangte man die Geltendmachung der Einrede, würde bei Versäumnis letztlich dem Gläubiger aus seinem Verhalten ein Vorteil erwachsen. Der Gläubiger, der seiner eigenen Verpflichtung aus dem Vertrag nicht nachkommt, darf aber, sofern es sich um eine Leistungspflicht Zug-um-Zug handelt, kein Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt haben, wenn der Schuldner nicht leistet. Es bestehen allerdings auch Ausnahmen.

²¹⁶ RGZ 60, 346, 348.

²¹⁷ Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 87.

²¹⁸ Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 8; § 323 Rn. 11.

²¹⁹ Die Lage ist ähnlich wie beim Verzug; vgl. Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 9.

²²⁰ Z.B. §§ 379, 438 Abs. 4 S. 2, 634 Abs. 4 S. 2, 771, 821, 853, 2014 f. BGB.

²²¹ RGZ 126, 285; BGHZ 48, 250; BGHZ 104, 11 zum Verzug.

1. § 273 BGB

Für das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB gilt, dass der Schuldner dieses bereits vor dem Prozess geltend machen muss, um die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auszuschließen.

Auf diese Weise hat der Gläubiger die Möglichkeit, gemäß § 273 Abs. 3 BGB eine Sicherheitsleistung zu erbringen und so die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden.

Zur Geltendmachung der Einrede ist eine Erklärung notwendig; das bloße Unterlassen der Erbringung der Leistung reicht nicht aus.²²²

2. § 320 BGB

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags aus § 320 BGB dagegen schließt wegen der synallagmatischen Verknüpfung der Hauptleistungspflichten die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs durch ihr bloßes Bestehen aus. Der Gläubiger muss daher spätestens mit der Fristsetzung die eigene Gegenleistung anbieten, um dem Schuldner die Einrede aus § 320 BGB zu nehmen.²²³ Das Gesagte gilt nicht, sofern der Schuldner vorleistungspflichtig ist.²²⁴

3. Verjährung

Steht dem Schuldner die Einrede der Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB zu und hat er sich nicht auf diese berufen, so kann der Gläubiger durch Fristsetzung ein Recht zum Übergang auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 BGB oder Rücktritt gemäß § 323 BGB begründen.²²⁵ Für den Rücktritt ergibt sich dies ausdrücklich aus § 218 Abs. 1 S. 1 BGB.

Eine Ausnahme bildet § 216 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei einem Eigentumsvorbehalt der Rücktritt auch dann erfolgen kann, wenn der gesicherte Anspruch auf die Kaufpreiszahlung verjährt ist.

4. Unmöglichkeit

Liegt ein Fall des § 275 Abs. 1 BGB (Einwendung) vor, so werden die §§ 281, 323 BGB automatisch ausgeschlossen, weil kein wirksamer Anspruch gegeben ist.²²⁶

Wird die Einrede aus § 275 Abs. 2 oder 3 BGB erhoben, geht die Leistungspflicht vollständig unter, so dass entweder § 311 a Abs. 2 BGB oder

²²² Vgl. BGH WM 1971, 1020, 1021 zum Verzug.

²²³ BGHZ 116, 244, 249; Lorenz/Riehm Rn. 191.

²²⁴ BGH NJW-RR 1995, 564.

²²⁵ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 20; § 323 Rn. 48.

²²⁶ Vgl. Brox/Walker § 23 Rn. 4; Medicus Schuldrecht Rn. 376.

§ 283 BGB anzuwenden ist, je nach Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit. Der Rücktritt ist gemäß §§ 323, 326 Abs. 5 BGB möglich.

VI. Verzug und Vertretenmüssen

Nach dem Wortlaut der §§ 281, 323, 637 BGB ist das Vorliegen von Verzugs Voraussetzungen nicht erforderlich für die Geltendmachung des jeweiligen Anspruchs. Für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung wird aber verlangt, dass der Schuldner die mangelnde Vertragsmäßigkeit der Leistung bei Fristende zu vertreten hat. Für den Rücktritt ist das Vertretenmüssen dagegen nicht notwendig.

In Beziehung zum Verzug wird davon ausgegangen, dass jede Fristsetzung gemäß §§ 281, 323 BGB eine Leistungsaufforderung enthalte, die stets auch eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB darstellt.²²⁷

Für ein besseres Verständnis ist zunächst die für den Verzug erforderliche Mahnung zu betrachten. Eine Mahnung ist eine einseitige empfangsbedürftige an den Schuldner gerichtete eindeutige und bestimmte Aufforderung, mit der der Gläubiger unzweideutig zum Ausdruck bringt, dass er die geschuldete Leistung verlangt.²²⁸ Der Gläubiger kann die Mahnung mit einer Fristbestimmung versehen. Dem Schuldner wird dann mitgeteilt, bis zu welchem Termin seine Leistung spätestens erwartet wird.²²⁹ Ein Unterschied zwischen einer Mahnung mit Fristsetzung und einer Fristsetzung zur Leistung wird demzufolge auch verneint.²³⁰ Es wird für ratsam gehalten, an alle Rechtsbehelfe, die eine Leistungsaufforderung verlangen, dieselben Anforderungen zu stellen. Anderenfalls würde ein nicht zu rechtfertigendes mehrstufiges System der Leistungsaufforderungen entstehen.²³¹ Da für die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung eine Fristsetzung erforderlich ist, die erkennbar werden lässt, dass ihre Versäumung Konsequenzen nach sich ziehen wird,²³² enthält somit jede Fristsetzung dieser Art gleichzeitig eine befristete Mahnung.

²²⁷ BT-Drucks. 14/6040 S. 138; Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 9; Brox/Walker § 23 Rn. 11.

²²⁸ BGH NJW 1998, 2132, 2133.

²²⁹ BGH NJW 1998, 2132, 2133; Huber Bd. I S. 429 ff.

²³⁰ Vgl. Canaris Schuldrechtsreform 2002 S. XV, der noch einen allenfalls geringfügigen, für den juristischen Laien völlig unverständlichen, Unterschied zwischen der Fristsetzung und den Voraussetzungen des Verzuges sieht. Benannt wird dieser Unterschied allerdings nicht.

²³¹ Vgl. Mankowski ZGS 2003, 451, 453.

²³² Vgl. § 3 D III.

In diesem Zusammenhang sind nun verschiedene Fallkonstellationen denkbar. Hat der Schuldner sowohl das ursprüngliche Leistungsdefizit als auch die mangelhafte oder ausbleibende Leistung bei Fristende zu vertreten, so gerät er mit der Fristsetzung in Verzug und der Gläubiger kann nach Fristende den Verzögerungsschaden sowie Schadensersatz statt der Leistung verlangen und vom Vertrag zurücktreten. Liegt zu keinem Zeitpunkt ein Verschulden des Schuldners vor, so sind Verzug und Schadensersatz nicht denkbar und es ist lediglich der Rücktritt des Gläubigers möglich.

Im Falle eines verschuldeten ursprünglichen Leistungsdefizits und eines unverschuldeten Ausbleibens der Leistung bei Fristende kann der Schuldner zwar durch die Fristsetzung in Verzug geraten, die spätere Geltendmachung eines Schadensersatzes statt der Leistung ist aber nicht möglich. Weiterhin könnte, sofern nur ein Vertretenmüssen bei Fristende vorliegt, der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung und Rücktritt geltend machen, aber keinen Verzögerungsschaden für den Zeitraum der Frist verlangen.

Im Schrifttum hat es Bedenken hinsichtlich der Tatsache gegeben, dass der Schuldner sich möglicherweise nicht während der gesamten Frist in Verzug befinden könnte.²³³ Es wird argumentiert, dass die Nichtleistung dem Tatbestand des Verzugs unterfalle, sie aber auch eine Pflichtverletzung gemäß §§ 281, 323 BGB darstelle und daher der in § 286 BGB definierte Verzug unter denselben Voraussetzungen zum Anknüpfungspunkt für die Berechtigung zum Schadensersatz und Rücktritt gemacht werden müsse. Es wird daher verlangt, dass der Schuldner sich während des gesamten Verlaufs der Nachfrist in Verzug befinden müsse, wobei für einen Rücktritt zumindest die objektiven Voraussetzungen des Verzugs gegeben sein müssten.²³⁴ Übersehen wird dabei, dass auch in Fällen, in denen der Gläubiger nach Fristende Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann, die Möglichkeit besteht, dass während des Fristverlaufs lediglich die objektiven Verzugsvoraussetzungen vorliegen, da kein Verschulden am ursprünglichen Leistungsdefizit gegeben ist.

Die befürchtete Situation, in der der Schuldner sich während des Fristverlaufs nicht in Verzug befindet oder aber zumindest die objektiven Voraussetzungen des Verzugs nicht vorliegen, kann nach dem Gesagten jedenfalls

²³³ Ernst/Gsell ZIP 2001, 1389, 1392 f.: „Dies darf nicht sein.“

²³⁴ Ernst/Gsell ZIP 2001, 1389, 1393; vgl. aber auch Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 46, der dort den (objektiven) Verzug nur noch spätestens mit Ablauf der Nachfrist fordert. Für den Schadensersatz werden die Voraussetzungen des Verzugs vollständig verlangt, für den Rücktritt soll der objektive Verzugstatbestand genügen, da § 323 BGB kein Verschulden voraussetzt.

nur entstehen, wenn aus der vom Gläubiger gewählten Formulierung der Fristsetzung nicht eindeutig hervorgeht, dass er die Leistung sofort, spätestens aber bis zum Ablauf der Frist verlangt,²³⁵ da in einem solchen Fall die Voraussetzungen für eine Mahnung nicht enthalten wären.

Nach alter Rechtslage setzte der Anspruch aus § 326 Abs. 1 BGB a.F. den Verzug des Schuldners ausdrücklich voraus. Dort konnte die Fristsetzung daher nur so verstanden werden, dass der Gläubiger den Schuldner sofort in Verzug setzen wollte. Ist die Wortwahl des Gläubigers nicht eindeutig, so bedarf es im Zweifel einer Auslegung der Willenserklärung. Zumeist wird sich ergeben, dass der Gläubiger aus dem Verzug keine Konsequenzen ziehen wird, wenn die Leistung bis zum genannten Termin bewirkt worden ist. Der Schuldner kann aber nicht davon ausgehen, dass der Gläubiger im Falle der Nichteinhaltung der Frist die Verzugsfolgen für diesen Zeitraum nicht geltend machen wird.²³⁶ Dies spricht dafür, dass die in der Fristsetzung enthaltene befristete Mahnung sofort wirksam ist und der Schuldner sich bereits während des gesamten Fristablaufs zumindest objektiv in Verzug befindet. Anders wäre die Sachlage, wenn der Gläubiger gleichzeitig mit der Befristung erklärte, die Nichtleistung bis Fristablauf werde keine Folgen haben, es also klar wäre, dass vorher kein Verzug bestehen soll.

Demnach lässt sich festhalten, dass jede Fristsetzung geeignet ist, eine den Verzug begründende Mahnung darzustellen, es sei denn, der Gläubiger macht das Gegenteil deutlich. Die Befürchtung, die Schwelle für den Abbruch des ursprünglichen Vertragsprogramms werde so zu sehr abgesenkt, kann in dieser Hinsicht nicht greifen,²³⁷ zumal für die Ernsthaftigkeit der Fristsetzung auch ein Hinweis auf die Konsequenzen zu verlangen ist.

Aus dieser Erkenntnis folgt, dass der Schuldner durch die Fristsetzung nicht nur mit der Berechtigung des Gläubigers zum Übergang auf Schadensersatz und Rücktritt konfrontiert, sondern auch gleichzeitig, sofern ein Verschulden vorliegt, in Verzug gesetzt wird. Dass dem Schuldner möglicherweise nicht bewusst wird, sich mit seiner Leistung in Verzug zu befinden, kann an dieser Stelle keine Rolle spielen. Der Gläubiger muss mit seiner Leistungsaufforderung nicht ausdrücklich darauf hinweisen. Diese Pflicht trifft ihn auch nicht, wenn er den Schuldner lediglich mahnen will.

Hat der Schuldner das ursprüngliche Leistungsdefizit nicht zu vertreten, so liegen während des Fristverlaufs lediglich die objektiven Tatbestandsmerkmale des Verzugs vor.

²³⁵ Das ist, was Ernst/Gsell ZIP 2001, 1389, 1392 f. letztlich befürchten.

²³⁶ Huber Bd. I S. 430.

²³⁷ So aber Ernst/Gsell ZIP 2001, 1389, 1993.

E. Abmahnung

Gemäß §§ 281 Abs. 3, 323 Abs. 3 BGB soll der Gläubiger gegenüber dem Schuldner, wenn eine Fristsetzung nach Art der Pflichtverletzung nicht in Betracht kommt, eine Abmahnung aussprechen. Dies wäre der Fall, wenn ein Unterlassen verlangt wird.²³⁸

Ursprünglich wurde erwogen, die §§ 282, 324 BGB zu streichen, weil die Abgrenzung zwischen Leistungspflichten und nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten als nicht einfach betrachtet wurde.²³⁹ Auch die Nebenpflichten sollten unter §§ 281, 323 BGB subsumiert werden. Bestand eine Nebenpflicht allerdings in einem Unterlassen, so sollte eine Abmahnung erforderlich sein.²⁴⁰

Schließlich wurde aber doch die Entscheidung getroffen, die §§ 282, 324 BGB beizubehalten, so dass die Verletzung von Pflichten, die nicht das Leistungsinteresse des Gläubigers betreffen, aus §§ 281, 323 BGB ausgegliedert ist. Gleichzeitig verblieb aber die Regelung über die Abmahnung im Gesetz. Der Gedanke dahinter war, dass §§ 281, 323 BGB auch für Unterlassungspflichten gelten sollten, die Gegenstand der Leistungspflicht sind, eine Nachfristsetzung in solchen Fällen aber keinen Sinn machen würde.²⁴¹ Wäre der Schuldner zu einem Unterlassen verpflichtet und würde der Gläubiger bei einer Pflichtverletzung eine Nachfrist setzen, so könnte der Schuldner sich bis zum Ablauf der Frist weiterhin pflichtwidrig verhalten. Der Anspruch auf Schadensersatz oder Rücktritt entstünde erst bei weiteren Verstößen nach Ablauf der Frist. Daher erschien eine Abmahnung angebracht.

Es ist aber zu bezweifeln, dass §§ 281 Abs. 3, 323 Abs. 3 BGB überhaupt einen eigenen Anwendungsbereich haben.²⁴² Der Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht, die eine Leistungspflicht ist, führt nämlich zur (Teil-)Unmöglichkeit, so dass §§ 281, 323 gar nicht einschlägig sind.²⁴³ Der Schuldner hat nicht die Möglichkeit, durch ein weiteres pflichtgemäßes Verhalten die bisherigen Verstöße ungeschehen zu machen. Durch die in der Vergangenheit erfolgten Pflichtverletzungen ist eine Teilunmöglichkeit eingetreten, wodurch §§ 283, 326 Abs. 5 BGB anwendbar werden. Eine Abmahnung kann einen bereits eingetretenen Schaden nicht ungeschehen

²³⁸ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 25.

²³⁹ BT-Drucks. 14/6857 S. 21.

²⁴⁰ BT-Drucks. 14/6857 S. 50, 57.

²⁴¹ BT-Drucks. 14/7052 S. 185, 192, 279.

²⁴² Faust in Huber/Faust Kap. 3 Rn. 147.

²⁴³ Heinrichs in Palandt § 275 Rn. 6; Wiedemann in Soergel Vor § 284 a.F. Rn. 14.

machen, sie hat lediglich Einfluss auf das zukünftige Verhalten des Schuldners.

An anderer Stelle wird argumentiert, dass die Verletzung von Unterlassungspflichten, die Leistungspflichten sind, von §§ 282, 324 BGB erfasst werde, da §§ 281, 323 BGB lediglich die Nichterfüllung oder die Schlechterfüllung von Leistungspflichten meinen. Auch Unterlassungspflichten, die Gegenstand der Leistungspflicht sind, seien stets Schutzpflichten, deren Verletzung daher §§ 282, 324 BGB zuzuordnen sei und eine Abmahnung erfordere.²⁴⁴

Insofern kann die Abmahnung getrost als „gesetzgeberischer Missgriff ohne Anwendungsbereich“²⁴⁵ oder, etwas weniger drastisch ausgedrückt, als „Redaktionsversehen“²⁴⁶ bezeichnet werden.

F. Fristbeginn

Es spielt keine Rolle, ob die Fristsetzung als Willenserklärung oder geschäftsähnliche Handlung eingestuft wird.²⁴⁷ Die Bestimmungen über Rechtsgeschäfte sind zumindest analog anwendbar. Daraus ergibt sich, dass die Fristsetzung mit Zugang beim Schuldner wirksam wird, die Frist somit in diesem Augenblick zu laufen beginnt.²⁴⁸

G. Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach Fälligkeit

Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Fristsetzung entbehrlich sein und der Gläubiger sofort seine sekundären Rechte geltend machen. Entbehrlich wird lediglich die Fristsetzung. Alle übrigen Voraussetzungen für diese Rechte müssen weiterhin vorliegen. Entfallen die Gründe für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung jedoch, bevor der Gläubiger seine Sekundärrechte ausgeübt hat, wird die Fristsetzung wieder erforderlich.²⁴⁹

Die Formulierung der Entbehrlichkeit der Fristsetzung in ihrer jetzigen Form hat ihren Vorläufer in § 634 Abs. 2 BGB a.F, der im Gegensatz zu

²⁴⁴ Ehmann/Sutschet S. 129 f.

²⁴⁵ Faust in Huber/Faust Kap. 3 Rn. 147.

²⁴⁶ Ehmann/Sutschet S. 130.

²⁴⁷ Vgl. § 3 C.

²⁴⁸ Brox Rn. 149 ff.

²⁴⁹ BGH NJW-RR 1990, 1300.

§ 326 Abs. 2 BGB a.F. bereits ausdrücklich Gründe für die Entbehrlichkeit nannte.

Ein Blick in das BGB zeigt, dass der Gesetzgeber bei der Benennung der Gründe für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung in den §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB und für das Kauf- und Werkvertragsrecht in den §§ 440, 637 BGB im Wesentlichen die Leistungsverweigerung, die Nichteinhaltung eines relativen Fixgeschäfts und, als eine Art Generalklausel²⁵⁰, das Vorliegen besonderer Umstände im Sinn hatte. Logische Konsequenz aus der Wahl der Formulierungen ist, dass allerorten Überschneidungen auftreten. So werden eine Leistungsverweigerung oder das Versäumen eines Fixgeschäfts in Bezug auf Sachleistungen meist auch das Vertrauen des Gläubigers in seinen Schuldner in einem Maße erschüttern, dass ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar ist und damit ferner besondere Umstände vorliegen, die nach der Interessenlage eine sofortige Geltendmachung der Sekundäransprüche rechtfertigen. Genauso kann das Fehlschlagen einer Nachbesserung das Verhältnis der Parteien zusätzlich in einem Maße stören, dass Unzumutbarkeit eintritt. Eine trennscharfe Abgrenzung ist nicht möglich. Letztlich sind die Erfüllungsverweigerung und das Versäumen des Fixgeschäfts Beispiele für das Vorliegen besonderer Umstände, die eine Fristsetzung entbehrlich machen.

Im Gegensatz zu Sachleistungen kann es bei Geldleistungen anders liegen. Die Annahme einer Geldleistung wird für den Gläubiger sicherlich kaum unzumutbar und er verliert auch nicht unbedingt das Interesse an ihr, wenn der Schuldner einen Fixtermin nicht einhält.

Die für die Entbehrlichkeit anzuwendenden Maßstäbe sind zudem identisch, gleichgültig welche Sekundärrechte der Gläubiger verfolgen will. Im Sinne der Rechtsklarheit und einheitlichen Anwendung des Rechts macht es keinen Unterschied, ob Schadensersatz, Rücktritt oder Selbstvornahme das Ziel ist.

I. Unmöglichkeit

Ist der Schuldner gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungs- oder Nacherfüllungspflicht befreit oder beruft er sich auf § 275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB, so ist eine Fristsetzung von vornherein sinnlos und nicht erforderlich.²⁵¹ Unmögliches kann selbstverständlich nicht verlangt werden.

²⁵⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

²⁵¹ BT-Drucksache 14/6040 S. 222, 234.

Für den Rücktritt ergibt sich dies aus §§ 323, 326 Abs. 5 BGB, für den Schadensersatz sind §§ 283, 280 Abs. 1 (nachträgliche Unmöglichkeit) oder § 311 a Abs. 2 BGB (anfängliche Unmöglichkeit) anzuwenden.

In § 634 Abs. 2 1. Alt. BGB a.F. wurde die Unmöglichkeit bereits ausdrücklich als ein die Fristsetzung entbehrlich machender Umstand erwähnt.

Die Unmöglichkeit kann sich auch daraus ergeben, dass durch die mangelhafte Leistung Schäden entstanden sind, die sich auch durch eine Nacherfüllung nicht mehr abwenden lassen. Hierzu zählen Schäden an Eigentum und Gesundheit des Gläubigers sowie Nutzungsausfall. In diesen Fällen bedarf es insoweit ebenso keiner Fristsetzung.

Insofern können §§ 283, 326 Abs. 5 BGB als selbstständige, die Frist entbehrlich machende Tatbestände, betrachtet werden, die nicht unbedingt einer eigenen Regelung bedürft hätten.

II. Ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung

Die unberechtigte Erfüllungsverweigerung²⁵² war in § 326 BGB a.F. nicht ausdrücklich geregelt, hatte sich in der Praxis aber zum wichtigsten Fall der Entbehrlichkeit der Fristsetzung entwickelt.²⁵³ Durch die Neufassung des BGB wurde sie nun in das Gesetz aufgenommen.

Eine Fristsetzung ist gemäß §§ 281 Abs. 2 1. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernstlich und endgültig verweigert. Gemäß § 637 Abs. 2 S. 1 BGB ist § 323 Abs. 2 BGB auf die Selbstvornahme entsprechend anwendbar. Außerdem gerät der Schuldner bei Vorliegen einer Leistungsverweigerung gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB auch ohne eine Mahnung in Verzug.

An die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Weigerung des Schuldners muss als sein letztes Wort aufzufassen sein.²⁵⁴ Eine Änderung des Entschlusses muss ausgeschlossen erscheinen.²⁵⁵ Es muss erkennbar sein, dass der Schuldner, wenn er vor die Wahl zwischen der Erfüllung und den Rechtsfolgen der §§ 280 Abs. 1 und 3, 281, 323 BGB gestellt wird, sich für die zweite Mög-

²⁵² Während das Gesetz von einer „Leistungsverweigerung“ spricht, ist in der Literatur häufig die Rede von der „Erfüllungsverweigerung“. Inhaltlich besteht zwischen diesen Begriffen kein Unterschied.

²⁵³ Huber Bd. II S. 152.

²⁵⁴ Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 20a; Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 14.

²⁵⁵ Otto in Staudinger § 281 Rn. B 107.

lichkeit entscheidet.²⁵⁶ Es muss ebenfalls als ausgeschlossen erscheinen, dass der Schuldner sich durch eine Fristsetzung noch umstimmen lässt.²⁵⁷ Da die Weigerung zumeist nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, kann sie sich auch aus dem objektiven Verhalten des Schuldners ergeben, an dessen Beurteilung ebenfalls strenge Maßstäbe anzulegen sind.²⁵⁸

Als Erfüllungsverweigerung nicht ausreichend sind die Äußerung rechtlicher Zweifel,²⁵⁹ zweimaliges Nichteinhalten eines verbindlich zugesagten Termins,²⁶⁰ Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt eines Vertrages,²⁶¹ die Weigerung mit der Begründung, die erbrachte Leistung sei ordnungsgemäß,²⁶² oder die schlichte Inaktivität des Schuldners²⁶³.

Entbehrlich wird eine Frist dagegen, wenn der Schuldner grundlos erklärt, er trete vom Vertrag zurück,²⁶⁴ er einen Klagabweisungsantrag stellt,²⁶⁵ er erklärt, erst nach Ablauf der angemessenen Nachfrist leisten zu können²⁶⁶, das Vorliegen von Mängeln kategorisch bestritten wird²⁶⁷ oder eine Arbeit nicht aufgenommen oder grundlos wieder eingestellt wird.²⁶⁸ Das unrechtmäßige, endgültige Berufen auf ein Leistungsverweigerungsrecht stellt ebenso eine unrechtmäßige Leistungsverweigerung dar.²⁶⁹ Auch kann sich die Verweigerung nur auf Details der Leistung beziehen, dennoch aber zur Entbehrlichkeit der Frist führen.²⁷⁰ Ebenso bedeutet die Verweigerung not-

²⁵⁶ RGZ 66, 419, 421; BGHZ 104, 6, 13; BGH NJW 1991, 1822, 1823; BGH NJW 1996, 1814; BGH NJW 1997, 51, 52.

²⁵⁷ RGZ 102, 262, 266; BGH NJW-RR 1993, 882.

²⁵⁸ BGH NJW 1971, 1839; Peters in Staudinger § 634 Rn. 54.

²⁵⁹ BGH DB 1971, 1203.

²⁶⁰ OLG Koblenz MDR 1992, 344.

²⁶¹ BGH NJW 1971, 798.

²⁶² BGH NJW 1986, 661.

²⁶³ Peters NJW 1979, 688, 690.

²⁶⁴ BGH NJW 1987, 253; BGH NJW 2000, 506.

²⁶⁵ BGH NJW 1984, 1460; BGH NJW 1996, 1814; BGH NJW 2002, 3019, 3020.

²⁶⁶ BGH NJW 1984, 49.

²⁶⁷ BGH ZGS 2003, 43, 44.

²⁶⁸ BGH NJW-RR 1989, 1248; BGH NJW 2000, 807, 808.

²⁶⁹ Heinrichs in Palandt § 636 Rn. 5.

²⁷⁰ Verlässt der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses die Wohnung, ohne die nötigen Reparaturen auszuführen und ohne eine Adresse zu hinterlassen, so stellt dies eine Leistungsverweigerung dar, die eine Fristsetzung für den Vermieter entbehrlich macht. Gleichzeitig liegen in dieser Situation auch besondere Umstände vor, die die Fristsetzung ebenso entbehrlich machen, vgl. BGH WM 1981, 797, 798.

wendiger Vorbereitungshandlungen gleichzeitig die Verweigerung der Leistung schlechthin.²⁷¹

Die Zwecklosigkeit der Fristsetzung muss derart offensichtlich sein, dass es vom Gläubiger nicht verlangt werden kann, nur der Form wegen den für den Normalfall vorgesehenen Weg einzuhalten.²⁷²

Abzugrenzen ist die soeben beschriebene unberechtigte Leistungsverweigerung von der berechtigten Leistungsverweigerung. In den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 BGB steht dem Schuldner das Recht zu, die Leistung zu verweigern. Dies hat zur Folge, dass der Anspruch nicht durchsetzbar ist. Die §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3, 637 Abs. 1 a.E. BGB beinhalten ein Verweigerungsrecht bezüglich der Nacherfüllung im Kauf- und Werkvertragsrecht.

1. Regelung im BGB alter Fassung

a. Gewohnheitsrechtliche Herleitung

Es war im deutschen Recht gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass der Gläubiger bei einer ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung des Schuldners die Rechte aus zunächst Artt. 354, 355 ADHGB und später § 326 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. geltend machen konnte.

Mit der Einführung der Frist im ADHG von 1861 trat auch zum ersten Mal die Frage auf, wann die Fristsetzung entbehrlich sein kann. Schon damals wurde erkannt, dass eine Fristsetzung im Verzugsfall nach erklärter Erfüllungsverweigerung sinnlos war und die Rechtsbehelfe aus Artt. 354, 355 ADHGB unmittelbar ausgelöst wurden.²⁷³ Später wurde ebenso geurteilt, dass die vor Fälligkeit ausgesprochene Verweigerung die Frist entbehrlich mache.²⁷⁴

Es hätte nun die Vermutung nahe gelegen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB alter Fassung am Ende des 19. Jahrhunderts diese inzwischen in ständiger Rechtsprechung etablierte Erkenntnis ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen hätte. In § 326 BGB a.F. tauchte die Erfüllungs-

²⁷¹ Ramming ZGS 2003, 138, 139.

²⁷² Zur wesentlichen Unterscheidung der verschiedenen Arten der Erfüllungsverweigerung vgl. Huber Bd. II S. 570 ff.

²⁷³ Preußisches Obertribunal Striethorsts Arch. 63 (1867) Nr. 77 S. 355; ROHG 3, 208, 210 f.; ROHG 3, 319, 322; ROHG 5, 107 f.; ROHG 6, 324, 326; ROHG 7, 376, 377.

²⁷⁴ RGZ 4, 69, 71; RGZ 7, 44. Zur Beurteilung der Leistungsverweigerung vor Fälligkeit nach heutigem Recht, vgl. § 4 C I.

§ 3 Fristsetzung nach Fälligkeit der Leistung

verweigerung aber nicht auf. Über die Gründe dafür kann nur spekuliert werden, jedenfalls war es weiterhin der Rechtsprechung überlassen, die Erfüllungsverweigerung als einen die Frist entbehrlich machenden Grund anzuerkennen.

Das RG urteilte nach Inkrafttreten des BGB zum ersten Mal im Jahre 1902, dass eine Fristsetzung entbehrlich sei, da der Verkäufer die Vertrags-erfüllung „entschieden geweigert“ hatte.²⁷⁵ In dem Fall ging es um die Vermittlung von Rüböl durch einen Makler. Der Verkäufer bestritt das Zustandekommen des Vertrages und verweigerte die Lieferung. Der Käufer setzte keine Frist und verlangte Schadensersatz. Das OLG hatte die Klage zunächst abgewiesen, da keine Nachfrist gemäß § 326 Abs. 1 BGB a.F. gesetzt worden war. Das RG hob die Entscheidung auf. Das RG und später der BGH blieben bei diesem Standpunkt, gleichgültig, ob die Verweigerung vor oder nach Fälligkeit der Leistung erklärt wurde.²⁷⁶

Der wichtigste Aspekt, der die Gerichte zu ihrer Beurteilung veranlasste, war die offensichtliche Sinnlosigkeit einer Fristsetzung, nachdem der Schuldner die Weigerung ernsthaft erklärt hatte. So wurde die Fristsetzung als „nutzlose Formalität“²⁷⁷, „leere Form“²⁷⁸, „nutzlose Förmlichkeit“²⁷⁹, „überflüssige Förmelerei“²⁸⁰ oder auch „sinnlose Förmelerei“²⁸¹ bezeichnet. Diese Ansicht ließ sich auf die ratio legis der Artt. 355, 356 ADHGB beziehungsweise § 326 Abs. 1 BGB a.F. stützen, die nicht darin bestand, dem Gläubiger eine zwecklose Handlung aufzubürden,²⁸² sondern dem Schuldner die Möglichkeit zur Vertragserfüllung zu geben.²⁸³ Auch vor Fälligkeit der Leistung hatte diese Ansicht Gültigkeit. Das Abwarten der Fälligkeit war durch die Verweigerung der Leistung genauso zwecklos wie die Fristsetzung selbst.²⁸⁴

²⁷⁵ RGZ 51, 347 ff.

²⁷⁶ Z.B. RGZ 52, 150 ff.; RGZ 53, 11 ff.; RGZ 53, 161 ff.; RGZ 56, 231, 233 f.; RGZ 66, 430, 431; BGHZ 2, 310, 312; BGHZ 49, 56, 59 f.; BGHZ 90, 302, 308. Vgl. § 4 C I.

²⁷⁷ ROHG 3, 319, 322.

²⁷⁸ BGH WM 1957, 1342, 1344.

²⁷⁹ BGHZ 94, 180, 193.

²⁸⁰ BGH WM 1982, 907, 908.

²⁸¹ BGH ZIP 1996, 1987, 1988.

²⁸² RGZ 51, 347, 350.

²⁸³ ROHG 3, 319, 322.

²⁸⁴ RGZ 57, 105, 113 f.; BGH NJW 1974, 1080, 1081.

Für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung sprach zusätzlich die durch die Gefährdung des Vertragszwecks eingetretene Unzumutbarkeit für den Gläubiger am Vertrag festzuhalten und festgehalten zu werden.²⁸⁵

Außerdem wurde das Verhalten des Schuldners auch als ein Verzicht auf die Fristsetzung gewertet.²⁸⁶ Es hieß, der Schuldner müsse sich an seinem Verhalten festhalten lassen. Er könne nicht einerseits die Vertragsdurchführung ablehnen, andererseits aber vom Gläubiger eine Nachfristsetzung verlangen, wenn dieser sich auf die entstandene Situation einstellt und Schadensersatz verlangt oder vom Vertrag zurücktritt.

b. Systematische Einordnung

Zur systematischen Einordnung der Erfüllungsverweigerung im BGB alter Fassung gab es diverse Standpunkte.²⁸⁷ Bei der Frage nach der Rechtsgrundlage wurde grundsätzlich unterschieden, ob die Verweigerung vor oder nach Fälligkeit der Leistung ausgesprochen wurde.

Nach Fälligkeit wurde überwiegend § 326 BGB a.F. als anwendbar betrachtet.²⁸⁸ Wurde bereits vor Fälligkeit der Leistung die Weigerung erklärt, sollte dagegen auf die positive Forderungsverletzung zurückgegriffen werden.²⁸⁹

Vorzugswürdig erschien nach alter Rechtslage die Annahme einer positiven Forderungsverletzung eigener Art mit den Rechtsfolgen des § 326 BGB a.F., ohne zu unterscheiden, ob die Weigerung vor oder nach Fälligkeit der Leistung erklärt worden war.²⁹⁰ Den Schuldner traf weder die besondere Hauptleistungspflicht, die Leistung nicht zu verweigern, noch handelte es sich um Unmöglichkeit oder Verzug. Vor Fälligkeit eine positi-

²⁸⁵ RGZ 93, 285, 286; RGZ 96, 341, 343; BGH NJW 1974, 1080, 1081; BGH NJW 1977, 35, 36.

²⁸⁶ RGZ 51, 347, 350 f.

²⁸⁷ Vgl. nur die Darstellung von Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 138 ff.

²⁸⁸ RGZ 57, 105, 112 f.; BGH NJW 1964, 820; BGH NJW-RR 1994, 372, 373; Leser in FS für Rheinlein S. 648; Hüffer S. 234 f.; Larenz § 24 I a; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 20; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 138; Medicus Rn. 308; dagegen BGH NJW 1989, 451, 452; Huber Bd. II S. 579; Jakobs S. 51 ff., der die Erfüllungsverweigerung der Unmöglichkeit gleichsetzt.

²⁸⁹ RGZ 54, 98; RGZ 57, 105, 113; RG Recht 1910 Nr. 37; RGZ 149, 401; BGH BB 1958, 541; BGH NJW 1974, 1080; BGH JR 1976, 282; BGH NJW 1986, 842, 843; BGH NJW 1991, 1822, 1823; BGH NJW 1992, 967, 971; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 20; Larenz § 24 I a; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 140; Leser in FS für Rheinlein S. 648 f.; dagegen u.a. Hüffer S. 242 ff.; Medicus Rn. 308.

²⁹⁰ Vgl. Huber Bd. II S. 577 ff., der die gewohnheitsrechtliche Regel als Anspruchsgrundlage mit dem Etikett der positiven Forderungsverletzung betrachtet.

ve Forderungsverletzung und nach Fälligkeit § 326 BGB a.F. anzunehmen war daher nicht einsehbar. So blieb nach alter Rechtslage nur das Rechtsinstitut der positiven Forderungsverletzung als Grundlage für den Anspruch des Gläubigers.

Einigkeit herrschte bezüglich der Rechtsfolgen der endgültigen Erfüllungsverweigerung. Gemäß § 326 Abs. 1 BGB a.F. analog konnte der Gläubiger sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder den Rücktritt erklären.²⁹¹ Die Erklärung des Gläubigers führte in Analogie des § 326 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB a.F. zum Erlöschen des Leistungsanspruchs.²⁹²

2. Regelung nach der Reform des Schuldrechts

a. Nach Fälligkeit der Leistung

Eindeutig ist die Rechtslage, sofern die Leistung vom Schuldner ernsthaft und endgültig nach Eintritt ihrer Fälligkeit verweigert wird. §§ 281 Abs. 2 1. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB sehen in diesem Fall die Entbehrlichkeit der Fristsetzung vor.

b. Verweigerungsrecht des Schuldners im Kauf- und Werkvertragsrecht

Der Gesetzgeber hat im Kauf- und im Werkvertragsrecht ein Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners in den §§ 440 S. 1 1. Alt., 439 Abs. 3 BGB und entsprechend in §§ 636 1. Alt., 635 Abs. 3 BGB verankert. Danach darf der Schuldner die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Gemäß §§ 440 S. 1, 636 BGB ist eine Fristsetzung sodann entbehrlich. Für das Werkvertragsrecht gab es eine vergleichbare Regelung bereits in § 633 Abs. 2 BGB a.F.

Die Erhebung dieser Einrede hat zur Folge, dass der Anspruch auf die Nacherfüllung gehemmt wird und der Gläubiger in dieser Hinsicht keine Rechte mehr geltend machen kann. Die Nacherfüllung ist nicht mehr einklagbar und eine Selbstvornahme gemäß § 637 Abs. 1 BGB ist ebenso wenig möglich. Der Gläubiger kann aber bei erheblichen Mängeln weiterhin

²⁹¹ Vgl. nur die st. Rspr. RGZ 53, 161, 165 f.; RGZ 57, 105, 112 ff.; RGZ 93, 285, 287; BGHZ 49, 56, 59 f.; BGHZ 104, 6, 13; BGHZ 115, 286, 297; BGHZ 116, 319, 331.

²⁹² BGH DB 1995, 2007, 2008; Leser in FS für Rheinstein S. 656; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 146.

Schadensersatzes gemäß § 281 Abs. 1 BGB verlangen und gemäß §§ 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten. Es ist somit eine Abgrenzung von unberechtigter und berechtigter Verweigerung erforderlich.

Fraglich ist außerdem, ob den §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB überhaupt ein eigener Regelungsbereich zufällt.

Für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten des Verkäufers wäre eine Aufwand-Nutzen-Betrachtung durchzuführen. Insbesondere ist ein Vergleich mit anderen Varianten der Fehlerbeseitigung erforderlich. Anwendungsbereich sollen Fälle sein, in denen die Nacherfüllung im Sinne von § 275 Abs. 2 und 3 BGB noch zumutbar ist.²⁹³ Der Aufwand der Nacherfüllung nach § 275 Abs. 2 BGB dürfte aber wesentlich von den Kosten bestimmt sein.²⁹⁴ Bei einer Annahme der Zumutbarkeit des finanziellen Aufwandes gemäß § 275 Abs. 2 BGB bliebe daher fraglich, in welchen Fällen überhaupt noch eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 635 Abs. 3 BGB oder § 439 Abs. 3 BGB anzunehmen wäre.²⁹⁵ Zumal § 275 Abs. 2 BGB inhaltlich mit § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a.F. übereinstimmen soll,²⁹⁶ der wiederum durch § 635 Abs. 3 BGB ersetzt wurde.

Dieser Widerspruch ließe sich nur durch eine engere Fassung des Anwendungsbereichs des § 275 Abs. 2 BGB vermeiden.²⁹⁷ Die finanzielle Zumutbarkeit müsste dort unberücksichtigt bleiben und lediglich der Arbeitsaufwand beurteilt werden. Es ist fraglich, warum der Gesetzgeber den beschriebenen Weg gewählt hat und es nicht bei § 275 Abs. 2 BGB belassen hat. Die dortige Regelung ist vollkommen ausreichend, um Fälle zu erfassen, in denen eine Nacherfüllung wegen zu hoher Kosten unzumutbar ist.

Unverhältnismäßige Kosten fallen an, wenn es sich nicht lohnt, den geringen Mangel so teuer zu beseitigen, unverhältnismäßiger Aufwand, wenn sich die Kosten zwar lohnen, der Schuldner aber zu hohem Aufwand betreiben müsste.²⁹⁸ Insbesondere maßgeblich sind der Wert der Leistung und die Frage, in welchem Verhältnis der bestehende Mangel und die Kosten seiner Behebung dazu stehen.²⁹⁹ Eine eindeutige Definition der „unverhältnismäßigen Kosten“ wird sich kaum formulieren lassen. Die Rechtsprechung hat sich in diesen Fällen mit dem Begriff des „vernünftigen Verhältnisses“ von

²⁹³ BT-Drucksache 14/6040 S. 265.

²⁹⁴ Heinrichs in Palandt § 275 Rn. 28.

²⁹⁵ Raab in AnwKom § 635 Rn. 24.

²⁹⁶ BT-Drucksache 14/6040 S. 265.

²⁹⁷ Raab in AnwKom § 635 Rn. 24.

²⁹⁸ Peters in Staudinger § 635 Rn 6.

²⁹⁹ Lorenz/Riehm Rn. 511; Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2120 ff.

Kosten und Nutzen beholfen,³⁰⁰ der aber weitere Fragen aufwirft. Letztlich sind einmal mehr alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.³⁰¹

Weiterhin muss der Schuldner tatsächlich beide Arten der Nacherfüllung – Beseitigung des Mangels und Lieferung/Neuherstellung einer mangelfreien Sache – verweigert haben und dieses Recht ihm nicht nur lediglich formal zustehen, ohne dass er es geltend macht.³⁰² Er kann nämlich ein Interesse daran haben, selbst dann nachzuerfüllen, wenn ihm dies nur mit Anstrengungen möglich ist, die eine Verweigerung nach §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB rechtfertigen würden.³⁰³

Allerdings stellt sich dann die Frage, wie in Fällen zu verfahren ist, in denen der Schuldner die Nacherfüllung generell ablehnt und er sich nicht auf §§ 439 Abs. 3, 635 Abs. 3 BGB beruft, obwohl dies möglich wäre. Nach dem Wortlaut der §§ 440 S. 1 1. Alt., 636 1. Alt. BGB läge keine Verweigerung in diesem Sinne vor, da ihre Voraussetzungen nicht erfüllt wären, sondern eine unberechtigte Verweigerung, so dass dem Gläubiger seine Rechte hinsichtlich der Nacherfüllung erhalten blieben und er diese auch gerichtlich durchsetzen könnte. Der Schuldner soll zwar geschützt werden, indem ihm ein Recht zur Nachlieferung zusteht, obwohl der Gläubiger bereits Schadensersatz oder Rücktritt verlangt. Gibt der Schuldner aber dieses Recht dadurch auf, dass er die Nachlieferung grundsätzlich ablehnt, so verliert er seine Schutzwürdigkeit. Es entsteht eine Situation der unberechtigten Leistungsverweigerung.

Die Formulierung des § 637 Abs. 1 BGB unterstützt diese Annahme. Die Aussage, der Besteller könne einen Mangel selbst beseitigen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung „zu Recht“ verweigere, spricht dafür, dass der Unternehmer sich auch tatsächlich auf sein Verweigerungsrecht berufen muss. Dies gilt auch für die Leistungsverweigerungsrechte aus §§ 275 Abs. 2 und 3 BGB.³⁰⁴

Unklar ist außerdem, ob die Verweigerung gemäß §§ 439 Abs. 3 S. 1, 635 Abs. 3 BGB, wenn sie unberechtigt ausgesprochen wurde, von §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasst wird. Für eine Unterscheidung könnte sprechen, dass in §§ 439 Abs. 3 S. 1, 635 Abs. 3 BGB der Zusatz „ernsthaft und endgültig“ fehlt. Dies wäre aber wiederum ein Wertungswiderspruch und stünde dem Willen des Gesetzgebers, das allgemeine und besondere

³⁰⁰ BGHZ 59, 365, 367.

³⁰¹ BGH NJW-RR 1997, 1106.

³⁰² Graf von Westphalen in Henssler/Westphalen § 440 Rn. 5.

³⁰³ BT-Drucksache 14/6040 S. 234.

³⁰⁴ Raab in AnwKom § 637 Rn. 4.

Schuldrecht zu harmonisieren, entgegen.³⁰⁵ Letztlich ist auch die zu Unrecht auf Unzumutbarkeit gestützte Verweigerung des Schuldners eine ernsthafte und endgültige, die auch von §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasst wird. Unterschiedliche Maßstäbe würden hier zu kaum überbrückbaren Abgrenzungsproblemen zwischen den verschiedenen Verweigerungen führen.

c. Rechtswidrigkeit der Erfüllungsverweigerung

Liegt eine Berechtigung des Schuldners vor, die Leistung zu verweigern, weil ihm beispielsweise ein Rücktrittsrecht zusteht, so treten selbstverständlich nicht die an die Erfüllungsverweigerung geknüpften Rechtsfolgen ein.³⁰⁶

d. Rücknahme der Verweigerung

Hat der Gläubiger seine Sekundärrechte noch nicht geltend gemacht, kann der Schuldner seine Erfüllungsverweigerung zurücknehmen, mit der Folge, dass die Gläubigerrechte ex nunc entfallen.³⁰⁷ Eine Zurückweisung der Rücknahmeerklärung des Schuldners durch den Gläubiger ist nicht möglich.³⁰⁸

III. Relatives Fixgeschäft

Ein relatives Fixgeschäft erfordert einen Vertrag, bei dem nach Vereinbarung der Parteien die Leistungszeit so wesentlich ist, dass eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als ordnungsgemäß anzusehen ist. Das Geschäft muss mit der Leistungszeit „stehen oder fallen“,³⁰⁹ ohne dass die Überschreitung jedoch gleich zur Unmöglichkeit führt (absolutes Fixgeschäft).³¹⁰

1. Regelung im BGB alter Fassung

Gemäß der Auslegungsregel des § 361 BGB a.F. wurde dem Gläubiger der Rücktritt erheblich erleichtert, sofern ein relatives Fixgeschäft vorlag. Wenn der Schuldner eine Leistung aus einem relativen Fixgeschäft nicht rechtzeitig erbrachte, konnte der Gläubiger ohne Mahnung und Fristsetzung mit Ablehnungserklärung vom Vertrag zurücktreten.

³⁰⁵ Raab in AnwKom § 636 Rn. 11.

³⁰⁶ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 104.

³⁰⁷ BGH NJW 1977, 580, 581; BGH NJW-RR 1990, 1300, 1301.

³⁰⁸ Vgl. Huber Bd. II S. 636 ff. m.w.N.

³⁰⁹ BGHZ 110, 88, 96.

³¹⁰ Janßen in MünchKomm § 361 a.F. Rn. 3.

Schadensersatz konnte der Gläubiger nach alter Rechtslage jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. verlangen, es sei denn § 376 HGB war anwendbar.

2. Regelung nach der Reform des Schuldrechts

Gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist die Fristsetzung entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung zu einem vertraglich bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt hat und der Gläubiger den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB regelt damit ausdrücklich den Fall des einfachen (relativen) Fixgeschäftes und entspricht im Wesentlichen dem § 361 BGB a.F., der ersatzlos weggefallen ist. Abweichend wird jedoch in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht nur eine Auslegungsregel formuliert, sondern ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen einer Pflichtverletzung durch Terminüberschreitung. In § 281 BGB gibt es keine entsprechende Regelung, die eine Fristsetzung entbehrlich macht.

a. Entstehung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB

§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB nahm seinen Anfang in Hubers Gutachten zur Überarbeitung des Schuldrechts.³¹¹ Gemäß dem dortigen § 326 a Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 war bei Nichterbringung einer Leistung zu einer festbestimmten Zeit der Rücktritt ohne Fristsetzung möglich.³¹² Zugleich konnte der Gläubiger aber auch Schadensersatz verlangen, was § 327 a vorsah.³¹³

Die Schuldrechtskommission behielt diesen Vorschlag in §§ 323 Abs. 2 Nr. 2, 327 BGB-KE bei. Auch der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz übernahm diesen Lösungsweg in §§ 323 Abs. 2 Nr. 2, 325 Abs. 1 BGB-DiskE.

Die Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs brachte die Änderung dahingehend, dass die Entbehrlichkeit der Frist beim Ausbleiben der Leistung im relativen Fixgeschäft gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB-KF zwar beim Rücktritt fortbestand, eine entsprechende Formulierung für den Scha-

³¹¹ Huber in Gutachten S. 647 ff.

³¹² Huber in Gutachten S. 677. § 326 a Abs. 1 E Huber: Hat bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner die Leistung zur bestimmten Zeit nicht bewirkt, so ist der Gläubiger, ohne dass es der Setzung einer Nachfrist bedarf, zum Rücktritt berechtigt, wenn die Nichterfüllung zur bestimmten Zeit eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt.

³¹³ Huber in Gutachten S. 678 f.

denersatz in den §§ 280 ff. BGB-KF aber fehlte. Dies wurde letztlich auch in das BGB aufgenommen. Begründet wurde die Entscheidung damit, dass § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB inhaltlich dem § 361 BGB a.F. entspreche.³¹⁴ Und da dieser dem Gläubiger nur den Rücktritt gewährte, sollte es anscheinend bei § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht anders sein. Der Gesetzgeber war sich also zum Zeitpunkt der Regierungsbegründung im Klaren darüber, dass in diesem Fall keine Angleichung des Schadensersatzes an den Rücktritt erfolgte.

b. Anwendbarkeit auf § 281 BGB

Es stellt sich die Frage, ob der Gläubiger im Falle eines relativen Fixgeschäfts bei Nichterbringung der Leistung dennoch ohne Fristsetzung Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB verlangen kann.

Da es an einer ausdrücklichen Berechtigung fehlt und eine analoge Anwendung des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB an dieser Stelle nicht möglich ist, weil es sich nicht um eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigte Regelungslücke handelt, scheint ein derartiger Anspruch zunächst nicht denkbar.³¹⁵ Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung käme nur in Betracht, wenn gleichzeitig zur Nichteinhaltung der Leistungszeit der Schuldner die Leistung gemäß § 281 Abs. 2 1. Alt. BGB ernsthaft und endgültig verweigerte oder besondere Umstände gemäß § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB vorlägen, was bei der Nichteinhaltung eines Fixgeschäfts durchweg der Fall sein dürfte.

Andererseits sind die Normvorstellungen der Gesetzesverfasser nur ein Auslegungskriterium und nicht allein verbindlich.³¹⁶ Daher ist möglicherweise eine weite Auslegung des § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB geboten.

aa. Gesetzesbegründung

Die Vorgehensweise und die Argumentation des Gesetzgebers sind in diesem Zusammenhang widersprüchlich. Als Grund für die fehlende Angleichung des § 281 an § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB wird in der Regierungsbegründung § 361 BGB a.F. herangezogen, der nur den Rücktritt ohne Fristsetzung zuließ.³¹⁷ Eigentlicher Grund ist aber die fehlerhafte Anpassung der Rechtsbehelfe in der Konsolidierten Fassung. Zuvor war in allen

³¹⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 183.

³¹⁵ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 59; Medicus Schuldrecht Rn. 505; Dedek in Henssler/Westphalen § 281 Rn. 32; Ramming ZGS 2002, 412, 415.

³¹⁶ Larenz/Canaris S. 174.

³¹⁷ BT-Drucks. 14/6040 S. 183.

Vorschlägen zur Gesetzesfassung eine Kombination von Schadensersatz und Rücktritt möglich. Erst als diese der besseren Übersicht wegen entkoppelt wurden, fiel der sofortige Schadensersatzanspruch beim relativen Fixgeschäft mangels Anpassung weg. Von § 361 BGB a.F. war da aber noch keine Rede.

Merkwürdig ist auch, dass die Gesetzesverfasser als Beispiel für „besondere Umstände“ gemäß § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB so genannte Just-in-time-Verträge heranziehen.³¹⁸

In diesen Fällen muss der Zulieferer zu einem bestimmten Zeitpunkt liefern. Bei Ausbleiben der Leistung muss dem Gläubiger zur Aufrechterhaltung seiner Produktion eine sofortige Ersatzbeschaffung möglich sein. Nach alter Rechtslage wurden aber gerade Just-in-time-Verträge als Fixgeschäfte im Sinne des § 361 BGB a.F. betrachtet.³¹⁹ Somit wird für eine Art des relativen Fixgeschäfts eine Ausnahme gemacht.

Die Konsequenz ist, dass der Gläubiger in manchen Fällen Rücktritt und Schadensersatz nebeneinander ohne Fristsetzung verlangen kann, in anderen aber lediglich ohne Fristsetzung zurücktreten kann, während für den Schadensersatz noch eine Frist erforderlich ist. Auf Seiten des Schuldners besteht die Unsicherheit darin, nicht sicher zu wissen, welchen Ansprüchen er ausgesetzt sein könnte.

bb. Objektive Umstände

Möglicherweise spricht gegen die Anwendung des § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB, dass die Vorschrift besondere objektive, bei Eintritt der Fälligkeit der Leistung bestehende Gegebenheiten, die über die bloße Nichtleistung unter Verstoß gegen die vertraglichen Vereinbarungen hinausgehen, voraussetzt.³²⁰ Die Vereinbarung eines Fixgeschäfts ist dagegen ein subjektiver Umstand.

Bei dieser Betrachtung bleibt aber unberücksichtigt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Fällen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB in der besonderen Zeitbezogenheit (Saisonartikel) der Leistung auch die Voraussetzungen des § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB vorliegen.³²¹ Überschneidungen der Entbehrlichkeitsgründe lassen sich nicht vermeiden und die besonderen Umstände stellen eine Art Generalklausel dar. Dass diese nur objektive

³¹⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 140.

³¹⁹ Heinrichs in Palandt § 361 a.F. Rn. 2; Nagel DB 1991, 319, 320.

³²⁰ So Ramming ZGS 2002, 412, 415.

³²¹ Lorenz/Riehm Rn. 203; zu den besonderen Umständen, die eine Fristsetzung entbehrlich machen siehe § 3 G IV.

Umstände erfassen soll, ergibt sich nicht aus der Formulierung oder Begründung des Gesetzes.

cc. Auswirkungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Da in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB das relative Fixgeschäft ausdrücklich genannt wird, kann es eventuell nicht mehr den besonderen Umständen aus § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB unterfallen. Demzufolge könnte das Fixgeschäft im Grunde auch nicht mehr unter die besonderen Umstände des § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB subsumiert werden. Dem ist aber zum einen entgegenzuhalten, dass eine Abgrenzung der einzelnen Entbehrlichkeitsgründe nicht möglich ist und die Nichteinhaltung eines Termins immer auch einen „besonderen Umstand“ begründet. Die Erfüllungsverweigerung und das Versäumen eines fixen Termins sind somit nur Beispiele für das Vorliegen besonderer Umstände.³²²

Weiterhin wird in § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB die verschuldensunabhängige Regelung des § 361 BGB a.F. aufgenommen. Dem Gläubiger aber einen Schadensersatzanspruch ohne Fristsetzung zu versagen, wenn sogar ein Verschulden des Schuldners an der Versäumung des Fixgeschäfts vorliegt, vermag nicht einzuleuchten.³²³

Zum anderen hat der Gesetzgeber in § 325 BGB seinen Willen und das Ziel seiner Initiative zum Ausdruck gebracht. Schadensersatz und Rücktritt sollen nebeneinander anwendbar sein. Die Formulierung des § 281 Abs. 2 BGB widerspricht diesem Ziel. Die Vorschrift ist in dieser Hinsicht als misslungen zu betrachten.³²⁴

dd. Ergebnis

Auf Grund des Fehlens des relativen Fixgeschäfts in der Formulierung des § 281 Abs. 2 BGB ist eine weite Auslegung des § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB erforderlich.³²⁵ Nur so kann dem übergeordneten Gedanken des Gleichlaufs von Schadensersatz und Rücktritt aus § 325 BGB Rechnung getragen werden. Umstände, die eine Schonung des Schuldners und dadurch ein Absehen vom Schadensersatzanspruch in diesen Fällen rechtfertigen, werden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich, zumal zusätzlich ein Verschulden des Schuldners vorliegen muss.

³²² Vgl. § 3 G am Anfang.

³²³ Otto in Staudinger § 281 Rn. B 119.

³²⁴ Jaensch ZGS 2004, 134, 141.

³²⁵ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 23: „nicht ganz abwegig“; im Ergebnis auch Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland Kapitel 5 Rn. 238.

Nicht überzeugen kann die Annahme, der Gläubiger könne Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB verlangen, da mit der Nichterbringung der Leistung beim relativen Fixgeschäft auch eine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt werde.³²⁶ Ist nämlich die Leistungszeit ausdrücklicher Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen geworden und steht und fällt der Vertrag mit der rechtzeitigen Erbringung, dann ist die Nichterbringung der Leistung eine Verletzung einer Hauptpflicht und keine Nebenpflichtverletzung.

IV. Besondere Umstände

Eine Fristsetzung ist gemäß §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Mit dieser als Auffangtatbestand gedachten Generalklausel sollen den Gerichten zusätzliche Bewertungsspielräume eröffnet werden.³²⁷ Der Gesetzgeber wollte dabei besonders die Fälle des § 326 Abs. 2 BGB a.F. erfassen.³²⁸

Erneut ist anzumerken, dass sich die bisher genannten Entbehrlichkeitsgründe ebenfalls als besondere Umstände verstehen lassen. Auch die Erfüllungsverweigerung oder das versäumte Fixgeschäft können durchaus als besondere Umstände eingeordnet werden, so dass Überschneidungen entstehen.

1. Vereinbarung oder Verzicht

Nach alter Rechtslage konnten die Parteien durch Vereinbarung (ausdrücklich oder konkludent) oder Verzichtserklärung des Schuldners die Notwendigkeit einer Fristsetzung ausschließen.³²⁹ Auch nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz kann nichts anderes gelten. Einzige Voraussetzung ist, dass es sich um eine freiwillige Individualvereinbarung handelt.³³⁰

Stimmt der Schuldner einer derartigen Vereinbarung zu, können auch keine Bedenken hinsichtlich seiner Schutzlosigkeit gegenüber vom Gläubiger fristlos geltend gemachten Sekundäransprüchen bestehen. Schließlich hat er bewusst einer solchen Vereinbarung zugestimmt oder eine solche

³²⁶ Ramming ZGS 2002, 412, 415.

³²⁷ BT-Drucksache 14/6040 S. 186.

³²⁸ BT-Drucksache 14/6040 S. 186.

³²⁹ Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 19.

³³⁰ Vgl. § 6 bzgl. Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

Erklärung abgegeben und hat somit auch Kenntnis von den möglichen Konsequenzen. Zudem ist für einen Schadensersatz auch noch immer ein Verschulden des Schuldners erforderlich.

2. Interessewegfall

Da das ADHGB von 1861 mit seiner Möglichkeit der Nachfristsetzung zur Leistung und dem Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt bei ihrem Ausbleiben nur für den Handelskauf galt, waren für andere Verträge andere Vorgehensweisen erforderlich. Deshalb stellte vor der Einführung der Nachfrist in das BGB die Berufung des Gläubigers auf einen Wegfall seines Interesses an der Leistung die einzige Möglichkeit dar, eine verspätete Leistung zurückzuweisen, die eigene Leistung einzubehalten und Ersatz des verbleibenden Schadens zu verlangen.³³¹ Diese Vorgehensweise entstammte dem gemeinen Recht und hatte sich im 19. Jahrhundert in der Rechtsprechung und Literatur etabliert.³³²

Der Interessewegfall wurde dann in § 326 Abs. 2 BGB a.F. in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt und auch nach der Reform des Schuldrechts kann eine Fristsetzung nach §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei einem Interessewegfall der Parteien entbehrlich sein.

a. Voraussetzungen

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen die zu § 326 Abs. 2 BGB a.F. entwickelten Fälle auch von §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfasst werden.³³³ Maßgeblich ist, ob der Gläubiger das Interesse am Austausch der beiderseitigen Leistung verloren hat. Dabei sind strenge Anforderungen zu stellen, da anderenfalls die Regelvoraussetzung der Fristsetzung ausgehöhlt werden könnte.³³⁴

Das Vertrauen in eine vertragsgemäße Erfüllung muss endgültig zerstört sein.³³⁵ Ein Interessenfortfall wird insbesondere angenommen, wenn der Gläubiger den Gegenstand zum Zweck der Weiterveräußerung erwirbt und das Weiterveräußerungsgeschäft fehlschlägt, weil die Kunden des Gläubigers wegen der Verzögerung die Abnahme verweigern³³⁶ oder bestellte Saisonartikel wegen Zeitablaufs unverkäuflich werden.³³⁷

³³¹ Huber Bd. II S. 494 m.w.N.

³³² Vgl. RG SeuffA 50 Nr. 10; Windscheid/Kipp Bd. 2 § 280; Mugdan II S. 115.

³³³ Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 15.

³³⁴ Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 83.

³³⁵ BGH NJW 1978, 260, 261; BGH WM 1985, 61, 63.

³³⁶ BGH NJW-RR 1998, 1489, 1491.

³³⁷ BGH LM § 326 (Ed) Nr. 3.

Die Maßstäbe, die bei der Annahme eines Interessenfortfalls galten, waren hoch, um zu vermeiden, dass die Fristsetzung bequem umgangen werden konnte, indem der Gläubiger nach Unterlassung der Fristsetzung behauptete, kein Interesse mehr an der Leistung zu haben oder selbst dafür sorgte, dass Interesse zu verlieren.³³⁸

Im Gegensatz zu § 326 Abs. 2 BGB a.F. sollen nun auch die Interessen des Schuldners berücksichtigt werden. Dessen Interesse an der Nacherfüllung dürfte aber wohl nur eine eher untergeordnete Rolle spielen. Zu berücksichtigen ist gegebenenfalls, dass dem Schuldner die Nachbesserung wesentlich kostengünstiger möglich ist als dem Gläubiger, dem er sie finanzieren müsste, oder er der Einzige mit ausreichender Befähigung ist.

Zu beachten ist aber, dass nach § 326 Abs. 2 BGB a.F. irrelevant war, ob der Schuldner den Interessenfortfall vorausgesehen hatte oder voraussehen konnte.³³⁹ Vor Konsequenzen gewarnt wurde er durch den vorausgesetzten Verzug. Nach geänderter Rechtslage ist dieser nicht mehr erforderlich und daher aus Rücksicht auf die in §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB erwähnten Interessen des Schuldners zu verlangen, dass der mögliche Interessenwegfall des Gläubigers zumindest objektiv erkennbar ist.

Ob tatsächlich die zu § 326 Abs. 2 BGB a.F. entwickelten Fallgruppen übernommen werden können, erscheint aber weiterhin fraglich. Nach alter Rechtslage musste ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verzug und dem Interessenwegfall vorhanden sein.³⁴⁰ Ein solcher Zusammenhang lässt sich nun nicht mehr herstellen. Möglich ist es aber, an Stelle des Verzuges die Leistungsverzögerung des Schuldners zu setzen und einen Zusammenhang zwischen ihr und dem Interessenwegfall des Gläubigers zu verlangen.³⁴¹ Gründe, die mit der Nichtleistung des Schuldners in keinem Zusammenhang stehen, dürfen auch weiterhin nicht für einen Interessenwegfall ausreichen. Ein Interessenwegfall vor Fälligkeit der Leistung spielt somit keine Rolle. Die neue Regelung stellt jedenfalls eine Verschlechterung der Lage für den Schuldner dar, der nicht mehr durch eine Mahnung des Gläubigers gewarnt wird, sondern sofort mit einem Schadensersatz- oder Rücktrittsbegehren konfrontiert wird.

³³⁸ RGZ 96, 129; OLG München NJW 1958, 752; BGH NJW-RR 1997, 622, 623 f.; Peters NJW 1979, 688, 690.

³³⁹ BGH NJW 1971, 798; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 21.

³⁴⁰ BGH LM § 326 (Ed) Nr. 3.

³⁴¹ Otto in Staudinger § 281 Rn. B 126.

Außerdem ist eine Fristsetzung für entbehrlich zu halten, wenn der Schuldner eine Garantie gemäß § 276 BGB für das Vorhandensein einer Eigenschaft abgegeben hat. In einer Garantie liegt das Versprechen, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft ohne weiteres eintreten zu wollen.³⁴² Der Gläubiger kann davon ausgehen, dass die Eigenschaft vorhanden ist und braucht sich nicht auf Nacherfüllungsversuche des Schuldners einzulassen. Auch die arglistige Täuschung führt zu einem Wegfall des Fristsetzungserfordernisses.

b. Just-In-Time-Verträge

Die Gesetzesbegründung zum neuen Schuldrecht nennt zudem als Beispiel für das Vorliegen besonderer Umstände gemäß § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB Störungen in so genannten „Just-In-Time-Verträgen“.³⁴³ Diese können unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sofortige Geltendmachung des Schadensersatzes statt der Leistung erforderlich machen.³⁴⁴ Es kommt dabei darauf an, wie wichtig die umgehende Vornahme des Deckungsgeschäfts für den Gläubiger ist.³⁴⁵

Hier zeigt sich erneut, dass bei der Ausarbeitung der Reform des Schuldrechts und bei der Gesetzesbegründung zum Teil ungenau gearbeitet wurde. Bei den Just-In-Time-Verträgen handelt es sich nämlich um eine Art der relativen Fixgeschäfte.³⁴⁶ Die Versäumung eines relativen Fixgeschäfts sollte aber nach dem Willen des Gesetzgebers an sich nicht zu einem Anspruch auf Schadensersatz ohne vorherige Fristsetzung führen.³⁴⁷ Es liegt ein erneuter Widerspruch in der Argumentation des Gesetzgebers vor.

Deutlich wird auch wiederum, dass der Entbehrlichkeitsgrund des Interessengewegfalls eine Generalklausel darstellt und es zu unvermeidbaren Überschneidungen kommt, die offenbar dem Gesetzgeber nicht immer bewusst waren.

³⁴² Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 21.

³⁴³ BT-Drucksache 14/6040 S. 140; vgl. die Ausführungen zum relativen Fixgeschäft § 3 G III.

³⁴⁴ BT-Drucksache 14/6040 S. 140.

³⁴⁵ Krause Jura 2002, 299, 300.

³⁴⁶ Heinrichs in Palandt § 361 a.F. Rn. 2; Nagel DB 1991, 319, 320.

³⁴⁷ Vgl. § 3 G III. Siehe auch dort, warum die Versäumung eines relativen Fixgeschäfts zu einem Anspruch auf Schadensersatz ohne Fristsetzung führen muss.

V. Fehlschlagen der Nacherfüllung

Sind die §§ 440, 636, 637 BGB anwendbar, so sind weitere Tatbestände zu beachten, bei deren Vorliegen die Bestimmung einer Nachfrist entbehrlich ist. Sie ergänzen insoweit die allgemeinen Regelungen.

Es bedarf gemäß §§ 440 S. 1 2. Alt., 636 2. Alt., 637 Abs. 2 S. 2 1. Alt. BGB keiner Fristsetzung, wenn die dem Gläubiger zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Der Begriff des Fehlschlagens bedeutet „Scheitern“ und wurde aus § 11 Nr. 10 b AGBG übernommen.³⁴⁸ Danach war eine Mängelbeseitigung fehlgeschlagen, wenn diese sich als unmöglich erwies oder misslang,³⁴⁹ wenn der Verkäufer die Durchführung verweigerte,³⁵⁰ die Mängelbeseitigung unzulänglich durchführte³⁵¹ oder sie schuldhaft verzögerte.³⁵² Nach der Neufassung des Gesetzes bleibt als Fehlschlag nur noch das Misslingen der Nachbesserung, da die anderen Modalitäten bereits ausdrücklich im Gesetz enthalten sind.

Eine Nachbesserung im Kaufrecht gilt zudem gemäß § 440 S. 2 BGB nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen, wenn sich nicht aus der Art der Sache oder des Mangels oder den sonstigen Umständen etwas anderes ergibt. Zu beachten ist dabei, dass dies nicht bedeutet, dass der Verkäufer in jedem Fall zwei Nacherfüllungsversuche hat. Die Zielsetzung des § 440 S. 2 BGB geht dahin, dem Käufer den sofortigen Rücktritt oder die Minderung auch ohne den Ablauf der angemessenen Frist zu ermöglichen, nämlich dann, wenn der Verkäufer zuvor bereits zweifach ergebnislos die Nacherfüllung versucht hat.³⁵³

Anders als im Kaufrecht gibt es für die Zahl der Nachbesserungsversuche im Werkvertragsrecht keine Angabe. Hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, insbesondere darauf, wie dringend der Besteller auf das Werk angewiesen ist und inwieweit die bisherigen erfolglosen Nachbesserungsversuche den Schluss zulassen, dass auch weitere Versuche erfolglos verlaufen werden.³⁵⁴

³⁴⁸ Bienenbender in AnwKom § 440 Rn. 6.

³⁴⁹ BGH BB 1979, 804; BGH NJW 1994, 1004, 1005.

³⁵⁰ BGH BB 1975, 1507; BGH NJW 1994, 1004, 1005.

³⁵¹ BGH NJW 1994, 1004, 1005.

³⁵² BGHZ 37, 94, 98; BGH NJW 1963, 1148.

³⁵³ Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2117.

³⁵⁴ Raab in AnwKom § 636 Rn. 15.

Es bleibt zu fragen, ob diese Fälle nicht schon als besondere Umstände gemäß §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB behandelt werden können. Nimmt ein Schuldner eine Nachbesserung vor und diese misslingt, so wird in der Regel das Vertrauen des Gläubigers in die Fähigkeiten seines Vertragspartners nachhaltig erschüttert sein. Insofern lässt sich das Fehlschlagen der Nacherfüllung ohne Schwierigkeiten unter die allgemeinen Vorschriften subsumieren. Ein eigenständiger Regelungsbereich ist nicht ersichtlich.

VI. Unzumutbarkeit der Nacherfüllung

Eine Fristsetzung kann auch gemäß § 440 S. 1 3. Alt. BGB und §§ 636 3. Alt., 637 Abs. 2 S. 2 2. Alt. BGB entbehrlich sein. Dies ist der Fall, wenn die Nacherfüllung für den Gläubiger unzumutbar ist, das heißt mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist.³⁵⁵ Für die Ermittlung der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ist darauf abzustellen, ob dem Gläubiger die Nacherfüllung statt Rücktritt oder Schadensersatz zuzumuten ist.³⁵⁶

Zu den Fallgruppen der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung gehört der Wegfall des Vertrauens in die Lieferbereitschaft und -fähigkeit des Verkäufers,³⁵⁷ die Lieferung einer Sache, die ein ganzes Mängelpaket aufweist, soweit diese Mängel nicht ganz geringfügig sind,³⁵⁸ sowie das Bestreiten des Mangels durch den Verkäufer.³⁵⁹ In Anlehnung an Art. 48 CISG kann sich die Unzumutbarkeit auch aus lärm- und schmutzbedingten Unannehmlichkeiten durch die Nacherfüllung in den Räumen des Gläubigers ergeben.³⁶⁰

Problematisch ist die Situation, in der der Verkäufer den Mangel der Sache nicht zu vertreten hat. Der Käufer hat in diesem Fall keinen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens. Das Fehlen des Ersatzes kann wiederum zur Unzumutbarkeit des Abwartens der Nachbesserung führen. Der Käufer könnte sich ohne Fristsetzung vom Vertrag lösen. Dies kann letztlich zu einer Besserstellung desjenigen Verkäufers führen, der den Sachmangel zu vertreten hat, da ihm die Möglichkeit der Nachbesserung einzuräumen ist. Umgehen ließe sich diese Situation, indem dem Verkäufer

³⁵⁵ BT-Drucksache 14/6040 S. 233.

³⁵⁶ Putzo in Palandt § 440 Rn. 8.

³⁵⁷ BGHZ 93, 29, 62 f.

³⁵⁸ OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 845, 846.

³⁵⁹ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 10 b Rn. 45.

³⁶⁰ Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2118.

das Recht eingeräumt würde, freiwillig den Verzögerungsschaden zu ersetzen und so die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung zu verhindern.³⁶¹

Es stellt sich auch hier die Frage, ob diese Fälle nicht schon als besondere Umstände gemäß §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB behandelt werden können. Eine für den Käufer unzumutbare Nachlieferung hat bereits einen Interessewegfall zur Folge und wird damit von den allgemeinen Vorschriften erfasst.

Betrachtet man § 636 3. Alt. BGB als einen Auffangtatbestand für Fälle, in denen der Unternehmer zur Nacherfüllung bereit ist, diese aber für den Besteller zwecklos geworden ist, weil er das Werk zur Belieferung von Abnehmern sofort benötigt,³⁶² wird besonders deutlich, dass diese Fallgestaltung bereits von §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfasst wird.

§§ 440 S. 1 3. Alt., 636 3. Alt., 637 Abs. 2 S. 2 2. Alt. BGB stellen insofern nur eine Wiederholung der allgemeinen Regelungen dar. Überschneidungen der Anwendungsbereiche lassen sich auch hier nicht vermeiden. Ein eigenständiger Regelungsbereich ist nicht ersichtlich.

H. Angemessenheit der Fristsetzung nach Fälligkeit

Berechnet vom Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung des Gläubigers beim Schuldner muss die Frist angemessen sein.

Die Angemessenheit im Sinne der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 637 Abs. 1 BGB ist ein allgemeiner und flexibler Begriff. Diese Flexibilität hat ihre Vor- und Nachteile. Einerseits besteht die Möglichkeit, alle erdenklichen Sachverhalte zu erfassen, andererseits mangelt es an einer klaren Orientierung für diejenigen, welche das Gesetz anwenden wollen. Aufgrund der gegensätzlichen Interessen von Gläubiger und Schuldner, unterschiedlicher Erfahrung oder Ausbildung kann es zu Differenzen in der Interpretation eines Sachverhalts und damit der Angemessenheit einer Frist kommen.

Zudem ist fraglich, ob ein Gläubiger, der dem Schuldner eine Frist zur Leistung setzt, weil er von einem Vertrag zurücktreten will, eine andere Frist setzen müsste, wollte er Schadensersatz verlangen. Mit § 326 BGB a.F. gab es nur eine Vorschrift für Schadensersatz oder Rücktritt. Jetzt aber sind beide jeweils in eigenen Paragraphen geregelt, was nahe

³⁶¹ Bitter/Meidt ZIP 2001, 2114, 2118.

³⁶² Raab in AnwKom § 636 Rn. 16.

legen könnte, dass auch jeweils eine andere Frist erforderlich wäre. Dazu ist auch noch in § 637 Abs. 1 BGB die Rede von einer Frist zur Nacherfüllung.

Bei Betrachtung des Inhalts der alten und neuen Vorschriften zeigt sich aber, dass es immer lediglich darum geht, dem Schuldner eine Frist zur Leistung beziehungsweise Nacherfüllung zu setzen. Es macht keinen Unterschied, welche Konsequenzen an ihr Verstreichen geknüpft werden. Die Erbringung einer bestimmten Leistung bedarf stets derselben Zeit, gleichgültig welche Ziele der andere Teil mit der Fristsetzung verfolgt. Im Übrigen ist der Gläubiger auch gar nicht verpflichtet, dem Schuldner diese Ziele mitzuteilen. Daher braucht bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Frist nicht nach den Konsequenzen, die bei ihrem Verstreichen eintreten sollen, unterschieden werden.

I. Frist zur Leistung

1. Parteivereinbarungen

Wie bei allen vertraglichen Beziehungen ist auch bei der Frage nach der Angemessenheit der Länge einer Frist zunächst zu berücksichtigen, was die betroffenen Parteien vereinbart haben. Haben sie sich über die Dauer der Nachfrist geeinigt oder hat der Schuldner selbst eine Frist vorgeschlagen, so ist diese anzunehmen, auch wenn sie dem objektiven Betrachter als zu kurz erscheint.³⁶³ Genauso kann der Gläubiger eine an sich zu lange Frist gewähren.³⁶⁴ Ebenfalls möglich sind Vereinbarungen, nach denen das Recht des Gläubigers auf Nachfristsetzung ausgeschlossen oder beschränkt wird. Empfinden Gläubiger und Schuldner eine Frist als angemessen, so ist diese Frist auch als angemessen im Sinne der Rechtsordnung zu betrachten.³⁶⁵ Der Rechtsfrieden und der reibungslose Ablauf rechtsgeschäftlicher Beziehungen werden gewährleistet und es besteht kein Anlass, in die vertraglichen Beziehungen einzugreifen.

Fehlt es allerdings an Parteiabreden über die Dauer der Nachfrist oder erscheint dem Schuldner die ihm gesetzte Frist als unangemessen und es kommt zum Streit, so behilft sich die Literatur mit dem Hinweis, es komme

³⁶³ BGH WM 1973, 1020; vgl. § 6 zu der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegten Fristlänge.

³⁶⁴ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 69.

³⁶⁵ RG Recht 1919 Nr. 2501.

auf die Beurteilung der Umstände aufgrund des Einzelfalles nach objektiven Maßstäben an und verweist auf die Rechtsprechung.³⁶⁶

2. Objektive Maßstäbe

a. Die Angemessenheit in der Rechtsprechung

Es stellt sich die Frage, was eine angemessene Frist ausmacht. Zunächst sollen einige Urteile der höchstrichterlichen Rechtsprechung beispielhaft dargestellt werden.

aa. BGH WM 1973, 1020

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten eine aus mehreren Teilen bestehende automatische Dehnungsmessanlage im Wert von 129 325 DM, die nur unvollständig geliefert wurde. Für die vollständige Lieferung vereinbarten die Parteien eine Lieferfrist von etwa einem Monat. Die Lieferung blieb aus und nach weiteren vier Monaten setzte die Klägerin eine Nachfrist von einem Monat. Das Gericht befand, dass davon auszugehen sei, die Beklagte habe in der verstrichenen Zeit an der Fertigstellung der Anlage gearbeitet und die Frist sei daher angemessen.

bb. BGH WM 1973, 1403

Die Klägerin verkaufte der Beklagten ein Hausgrundstück. Es war eine Anzahlung von 80 000 DM zu leisten und eine Bankbürgschaft über 100 000 DM zu stellen. Als diese erfolgen sollten, wusste die Beklagte bereits seit mehr als zwei Monaten von ihrer Pflicht, blieb die Leistung aber trotz Ankündigung der Erbringung dennoch schuldig. Der BGH befand daraufhin die Frist von einem Tag als angemessen, da es bei einer derartig langen Vorbereitungszeit der Beklagten möglich sein sollte, die in Rede stehenden Leistungen zu erbringen.

cc. BGH NJW 1982, 1279

Die Beklagte schuldete der Klägerin ein Textsystem, zu dem unter anderem eine Magnetplattenstation im Wert von 20 800 DM gehörte. Als Lieferzeit für dieses Gerät wurden knapp drei Monate vereinbart. Nachdem sich die Beklagte fast zehn Monate in Verzug befunden hatte und mehrfach zur Leistung aufgefordert worden war, setzte die Klägerin schließlich eine

³⁶⁶ Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 55; Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 70; Huber Bd. II S. 364; Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn. 36.

Nachfrist zur Lieferung, deren Zugang sich allerdings nicht genau ermitteln ließ. Im für die Beklagte ungünstigsten Fall betrug die Fristlänge drei Tage. Das Gericht hielt diesen Zeitraum für angemessen, da der Gläubiger davon ausgehen könne, dass die Leistung weitgehend fertig gestellt worden sei.

dd. BGH WM 1985, 467

Der Beklagte verkaufte der Klägerin eine Wohnung zum Preis von 155 000 DM. Er verpflichtete sich dabei auch, der Klägerin das Nutzungsrecht an einem Dachbodenraum zu verschaffen, wofür noch die Zustimmung eines Nachbarn erforderlich war. Für die Beibringung der Erklärung setzte die Klägerin eine Frist von einer Woche, nachdem der Beklagte sich bereits einen Monat in Verzug befand. Das Gericht beurteilte diese Frist als angemessen, da der Beklagte schon einen Monat Zeit für die Erlangung der Zustimmung gehabt hatte.

ee. BGH WM 1985, 1106

Die Kläger kauften von dem Beklagten ein Hausgrundstück zum Preis von 300 000 DM. Nachdem sie die erste Rate über 100 000 DM, die einen Monat später fällig wurde, schuldig blieben, setzte der Beklagte eine Nachfrist von vier Werktagen, die die Kläger als zu kurz erachteten. Das Gericht hingegen hielt die Fristlänge für vertretbar, da sie dem Schuldner die letzte Chance zur Durchführung des Vertrages ermöglichen sollte und er in die Lage versetzt wurde, eine bereits in Angriff genommene Leistung zu vollenden. Außerdem habe der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen.

ff. BGH ZIP 1997, 646

Der Kläger verkaufte der Beklagten ein Gewerbegrundstück für 800 000 DM. Der Kaufpreis sollte innerhalb von vier Wochen gezahlt werden. Etwa 16 Monate später, nachdem bereits drei Zwangshypotheken auf Grundstücke der Beklagten eingetragen worden waren, mahnte der Kläger die Zahlung des Kaufpreises sowie der bis dahin angefallenen Verzugszinsen innerhalb von zehn Tagen an. Der BGH beanstandete die Fristlänge nicht, ging also von der Angemessenheit aus.

gg. Ergebnis

Es lassen sich der Rechtsprechung einige allgemeine Grundsätze über die Bestimmung einer angemessenen Nachfrist entnehmen.

Die Frist soll dem Schuldner eine verspätete Erfüllung ermöglichen. Sie muss deshalb nicht so bemessen sein, dass er die noch nicht begonnene Leistung erst anfangen und fertig stellen kann.³⁶⁷ Vielmehr soll er in die Lage versetzt werden, die bereits begonnene Erfüllung zu vollenden.

Die Nachfrist ist keine „Ersatzlieferungsfrist“. Eine derartige Beurteilung hat schon das ROHG im Jahre 1873 im Rahmen des Art. 356 ADHGB vorgenommen. Schon hier heißt es, dass die zu gewährende Frist „nicht ohne Weiteres so lang zu bemessen ist, dass der Säumige, ..., nunmehr noch sämtliche Erfüllungshandlungen vornehmen könne“. Eine derart lange Frist würde den Säumigen in ungerechtfertigter Weise begünstigen.³⁶⁸ Konsequenterweise bedeutet dies, dass die Nachfrist nicht so lang oder länger zu sein braucht als die ursprünglich vereinbarte Lieferfrist.³⁶⁹ Die bisher im Vertrag vorgesehenen Leistungsfristen sind zur Orientierung jedoch zu beachten.³⁷⁰

Dem Schuldner kann auch eine längere Frist zugebilligt werden, wenn er nach dem Verhalten des Gläubigers auf eine Verständigung vertrauen durfte.³⁷¹ Dies wäre der Fall, wenn der Gläubiger zu verstehen gegeben hat, dass es ihm scheinbar nicht so eilig ist (§ 242 BGB). Genauso spielen die Angaben und Vorschläge des Schuldners bei der Suche nach der Angemessenheit eine Rolle.³⁷²

Andererseits sollen Erklärungen des säumigen Teils darüber, an anderen Priorität genießenden Projekten gearbeitet zu haben³⁷³ oder wie viel Zeit er noch brauche, um die Leistung zu bewirken,³⁷⁴ unbeachtlich sein.

Die Art der geschuldeten Leistung entscheidet über die Länge der Frist.³⁷⁵ Beim Kauf sind sehr kurze Fristen vorstellbar, während bei Werkverträgen, gerade Bauverträgen, erheblich längere Fristen möglich sind.

³⁶⁷ ROHGE 13, 192, 193; RG Recht 1908 Nr. 2911; RG WarnR 1911, 72 Nr. 67; RGZ 89, 123, 125; BGH WM 1973, 1020, 1021; BGH NJW 1982, 1279, 1280; BGH NJW 1985, 320, 323; BGH NJW 1985, 855, 857.

³⁶⁸ ROHG 8, 125; vgl. auch ROHG 7 (1872), 383, 392.

³⁶⁹ BGH NJW 1973, 546.

³⁷⁰ BGH LM § 636 Nr. 3; BGH WM 1985, 467, 468.

³⁷¹ RG Recht 1919 Nr. 1059; RG LZ 1927, 1210.

³⁷² BGH LM § 636 Nr. 3.

³⁷³ BGH WM 1973, 1020, 1021.

³⁷⁴ RG WarnR 1911 Nr. 67.

³⁷⁵ RG Recht 1919 Nr. 1062; BGH WM 1973, 1403, 1404.

Nach alter Rechtslage war zu berücksichtigen, dass je länger der Verzug schon währte, umso kürzer im Verhältnis die Nachfrist angesetzt werden konnte.³⁷⁶

Auf Schwierigkeiten des Schuldners bei der Beschaffung von Zahlungsmitteln braucht bei der Fristsetzung keine Rücksicht genommen werden, da der Schuldner für sein Zahlungsvermögen unbedingt einzustehen hat (§ 279 BGB a.F.).³⁷⁷ Daraus wird gefolgert, dass Zahlungsfristen stets kurz bemessen werden dürfen und sogar nach Stunden berechnet werden können.³⁷⁸

Der Gläubiger darf seine Interessen berücksichtigen, aber nicht treuwidrig handeln.³⁷⁹ Er darf die Frist nicht mit Absicht derart kurz bemessen, dass der Schuldner keine Chance hat, diese einzuhalten.

Die Rechtsprechung versucht eine objektivierende Wertung durchzuführen, an deren Ende der Schuldner eine vernünftige Chance haben soll, die Leistung zu erbringen und der Gläubiger nicht übermäßig lange warten und die Gegenleistung bereithalten muss. Dies soll ohne Berücksichtigung subjektiver Gesichtspunkte geschehen. Das bedeutet, dass es für die Länge der Frist weder auf die Schwierigkeiten des Schuldners bei der Geldbeschaffung, noch auf die Absicht des Gläubigers, sich von einem lästigen Vertrag zu lösen, ankommt.

Es besteht jedoch eine Tendenz, vornehmlich die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen.³⁸⁰ Und so schlagen sich doch subjektive Beweggründe des Gläubigers in der Fristbemessung nieder, soweit sie nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Das heißt, dass ein besonderes Interesse des Gläubigers an einer möglichst pünktlichen Erfüllung der Leistungspflicht durchaus zu berücksichtigen sein kann. Nutzt der Gläubiger die ihm zustehenden Rechte, um seine sonstigen geschäftlichen Interessen zu verfolgen, so liegt darin noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben.³⁸¹

Etwas anderes gilt, wenn der Gläubiger die Frist offensichtlich setzt, um sich von einem nachträglich unliebsam gewordenen Vertrag loszusagen, die Frist nur zum Schein setzt oder zu erkennen gibt, die Leistung keinesfalls

³⁷⁶ BGH NJW 1982, 1279, 1280.

³⁷⁷ BGH WM 1985, 1106, 1107; BGH WM 1985, 2640.

³⁷⁸ Emmerich JuS 1985, 991, 992 m.w.N.

³⁷⁹ RG JW 1911, 92; BGH WM 1985, 1106, 1107.

³⁸⁰ RGZ 89, 123, 125.

³⁸¹ RG WarnR 1911 Nr. 67.

annehmen zu wollen.³⁸² In einem solchen Fall läge eine Leistungsverweigerung des Gläubigers vor.

So wird die Angemessenheit doch eher aus Sicht des Gläubigers beurteilt. Dies erscheint jedoch auch hinnehmbar, da er derjenige ist, dessen Interessen gefährdet sind und welcher die Frist zu setzen hat. Der Schuldner hat dagegen durch sein Versäumnis einen Anlass dazu gegeben. Wirkliche Objektivität würde bedeuten, nur zu berücksichtigen, wie lange ein durchschnittlicher Schuldner für die Erbringung der geforderten Leistung brauchen würde und wie viel Wartezeit einem durchschnittlichen Gläubiger zumutbar ist.

Wichtigster Anhaltspunkt ist letztlich die ursprünglich vereinbarte Leistungsfrist, hatte der Schuldner doch im Vertrag zum Ausdruck gebracht, dass es ihm möglich ist, innerhalb dieser Frist zu leisten. Insofern bietet dieser Zeitraum eine gute Orientierung.

Insgesamt liegen die von der Rechtsprechung als angemessen anerkannten Fristen bei Zahlungspflichten zwischen 1 und 5 Tagen, bei Lieferpflichten zwischen 3 Tagen und einem Monat.

Auffällig ist, dass die genannten Erkenntnisse schon sehr früh vom RG oder ROGH entwickelt wurden.³⁸³ Der BGH behilft sich damit, diese Grundsätze zu wiederholen und verweist auf die alte Rechtsprechung, die weitestgehend schon vor über hundert Jahren vorlag und geht weiterhin davon aus, dass sich eine allgemeine Mindestlänge der Nachfrist nicht festlegen lässt und nur für den Einzelfall zu urteilen ist. Ein System bei der Bestimmung der Fristen durch die Rechtsprechung ist jedenfalls nicht erkennbar.

b. Vorschläge zur Bemessung

Fraglich ist, ob sich bestimmte Regeln zur Fristbemessung aufstellen lassen oder ob dies nicht möglich ist.³⁸⁴ In der Literatur hat es durchaus den Versuch gegeben, „Faustregeln“ für die Ermittlung von Fristlängen zu entwickeln.³⁸⁵

Auch dort findet im Wesentlichen eine Orientierung an der ursprünglich für die Lieferung oder Vertragsleistung vereinbarten Zeit statt. Eine Frist sei

³⁸² RG JW 1911, 92; BGH WM 1985, 1106, 1107.

³⁸³ Vgl. von Hahn Art. 356 ADHGB § 14, sowie die Hinweise bei Paech S. 155 ff.; Bendix SeuffBl 77, 153, 157 ff.

³⁸⁴ So Paech S. 156.

³⁸⁵ Thamm BB 1982, 2018 ff.

sodann angemessen, wenn sie im Rahmen von 20 % bis 100 % der ursprünglich vereinbarten Zeit liege, wobei schwerpunktmäßig auf ein Drittel bis zur Hälfte abzustellen sei. Allerdings könne dies auch nur gelten, wenn nicht schon eine besonders lange Zeit seit der vereinbarten Lieferzeit verstrichen ist und auch die Besonderheiten des Einzelfalls wie Art der Bestellung oder jahreszeitlich bedingte Verwendung berücksichtigt würden. Je länger die Lieferzeit bemessen wurde, desto knapper könne jedenfalls die Frist berechnet werden.

Diese Methode der Berechnung besagt allerdings im Ergebnis nicht viel anderes als die Erkenntnisse der Rechtsprechung. Auch dort heißt es, die Nachfrist solle nicht länger sein als die ursprüngliche vertraglich vereinbarte Leistungsfrist. Unterhalb dieser Grenze ist aber jede beliebige Fristlänge denkbar, solange sie nach Betrachtung des Einzelfalls angemessen erscheint. Einzig die Mindestlänge von 20 % der vereinbarten Leistungsfrist lässt sich der Rechtsprechung nicht entnehmen. Diese unterliegt aber wiederum auch den Besonderheiten des Einzelfalls, so dass kürzere Zeiträume ebenso denkbar sind.

c. Ergebnis

Das Problem der tatsächlichen Fristberechnung mit diesen Vorschlägen zufrieden stellend zu lösen ist nicht möglich. Durch pauschale Fristlängen lassen sich jedenfalls nicht alle erdenklichen Fallgestaltungen erfassen. Auch festgelegte Fristen für bestimmte Vertragstypen würden zu unerwünschten Härten führen. Jeder Fall hat seine Besonderheiten, die es zu berücksichtigen gilt und alle möglichen Geschäfte im Voraus zu erfassen, wird nicht durchführbar sein. Richtwerte wie beispielsweise vierzehntägige Fristen für Verbrauchergeschäfte stellen allerdings eine Orientierungshilfe dar, was auch wünschenswert ist. So kann sich in der Praxis ein gewisser Gewöhnungseffekt bezüglich bestimmter Fristlängen einstellen. Soweit die betroffenen Parteien die vorgeschlagenen Fristlängen für angemessen erachten, liegt nichts anderes als eine Einigung zwischen Vertragspartnern vor. Im Streitfall aber wird die Entscheidung beim Gericht liegen, das anhand einer Einzelfallbetrachtung zu entscheiden hat, was „angemessen“ bedeutet.

Wichtig ist jedenfalls an dieser Stelle zu beachten, ob der Schuldner das Ausbleiben oder den nicht wie vereinbarten Zustand der Leistung zu vertreten hat, ob er folglich durch die Fristsetzung auch in Verzug gerät oder sich bereits in Verzug befindet. Denn nur in diesem Fall kann es rechtens sein, die Frist besonders knapp zu bemessen und den Schuldner zu besonderer

Eile zu bewegen.³⁸⁶ Dann ist es auch akzeptabel, vom Schuldner die Anspannung aller Mittel und Kräfte – auch Überstunden – zur Erbringung der Leistung zu verlangen.³⁸⁷ Liegt dagegen ein Vertretenmüssen des Schuldners nicht vor, besteht auch keine Berechtigung, ihn besonders anzutreiben. Es ist sodann zur Bemessung der Frist der ordentliche Geschäftsgang des Schuldners zu berücksichtigen.³⁸⁸

Vorsicht ist ebenso bei der Ermittlung der Länge von Zahlungsfristen geboten. Der Geldschuldner hat der Rechtsprechung zu Folge keine Möglichkeit, Schwierigkeiten bei der Beschaffung geltend zu machen, und muss unter Umständen einen hohen Betrag innerhalb weniger Tage bezahlen.³⁸⁹ Dabei wird außer Acht gelassen, dass bei einem Unvermögen eigentlich die Leistungspflicht wegfällt.³⁹⁰ Eine solche Praxis erscheint bedenklich und es bedarf in jedem Fall einer genauen Überprüfung des Einzelfalls. Zu berücksichtigen ist zumindest die Dauer eines normalen Überweisungsvorgangs mit der Maßgabe, dass besondere Eile nur im Verzugsfall verlangt werden kann.

3. Zu kurze Frist

Für den Fall, dass der Gläubiger dem Schuldner eine zu kurze Frist setzt und dieser die Frist nicht akzeptiert, bieten sich zwei Möglichkeiten der Beurteilung an. Entweder wird dennoch automatisch eine angemessene Frist in Gang gesetzt oder aber die Fristsetzung als unwirksam, als so genanntes *nil actum*, betrachtet.³⁹¹ Für letztere Betrachtung lässt sich argumentieren, dass die Bestimmung einer angemessenen Frist Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte aus §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 637 Abs. 1 BGB ist. Wird keine angemessene Frist gesetzt, so ist diese Voraussetzung nicht erfüllt und der Gläubiger kann auch nicht Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.

In ständiger Rechtsprechung und in der Literatur hat sich allerdings die Ansicht durchgesetzt, dass eine zu kurze Frist automatisch eine angemessene

³⁸⁶ RG Recht 1919 Nr. 1766; BGH NJW 1982, 1279, 1280.

³⁸⁷ RG Recht 1911, 301.

³⁸⁸ BGH NJW-RR 1993, 309, 310 hätte daher gerade nicht auf den ordentlichen Geschäftsgang abstellen dürfen.

³⁸⁹ BGH NJW 1959, 1176; BGH WM 1973, 1403, 1404 f.; BGH WM 1985, 1106, 1107: Vier Werkzeuge und wenige Stunden für die Zahlung von DM 100 000.

³⁹⁰ Vgl. Medicus EWiR § 326 BGB a.F. 3/85, 647.

³⁹¹ Paech S. 156.

ne Frist in Gang setzt.³⁹² Die Gerichte haben das Recht, zu kurze Fristen in angemessene zu verlängern. Hat nämlich der Gläubiger eine, wenn auch zu kurze, Frist gesetzt, so gibt er damit zu erkennen, dass er grundsätzlich gewillt ist, dem Gesetz zu genügen. Seiner Willenserklärung wird die Wirkung beigelegt, dass er bereit ist, die Leistung innerhalb einer Frist anzunehmen, die nach Lage der Sache als angemessen zu gelten hat.³⁹³ Auch würde es den Gläubiger unbillig benachteiligen, wenn durch eine versehentlich zu kurz bemessene Frist nicht automatisch eine angemessene in Lauf gesetzt würde. Könnte doch so der bereits säumige Schuldner seine Leistung noch weiter verzögern, während der Gläubiger weiter auf das ihm Zustehende warten und möglicherweise noch die Gegenleistung bereithalten müsste. Des Weiteren spricht die ratio legis des BGB, dem Schuldner „eine angemessene Frist für die Nachholung des Versäumten zu gewähren“, für die dem Gläubiger wohlwollende Interpretation.³⁹⁴ Ist der Gläubiger bereit, die Leistung auch nach Ablauf der zu kurzen Frist aber innerhalb einer angemessenen anzunehmen, so hat der Schuldner letztlich doch angemessene Zeit erhalten. Zudem wird der Zweck des Gläubigers, den Vertrag durchzuführen, erreicht. Ein Irrtum über die Länge der Frist, bei deren Bemessung ihm möglicherweise unbekannte Faktoren zu berücksichtigen sind, darf sich nicht zu Lasten des Gläubigers auswirken. Allerdings darf die kurze Frist bei Zugang des Fristsetzungsschreibens noch nicht bereits abgelaufen sein.³⁹⁵

Bei der Schaffung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde zunächst erwogen, dies ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen und deshalb in §§ 282 Abs. 1 S. 2, 323 Abs. 1 S. 2 BGB-DiskE festgehalten. Im BGB-KF, im RegE und letztlich im BGB tauchte die Formulierung dann aber nicht mehr auf. Bei den Beratungen im Bundestag war aber weiter von der Richtigkeit der Annahme, eine zu kurze löse automatisch eine angemessene Frist aus, ausgegangen worden.³⁹⁶

Aus dem Fehlen der Formulierung im Gesetz wird nun teilweise geschlossen, dass bei einer unangemessen kurzen Frist gar keine Frist mehr in Gang gesetzt werde. Der Gläubiger trage dadurch das Risiko eines Fehl-

³⁹² RGZ 56, 231, 234; RGZ 62, 66, 69; RG LZ 1907, 287, 288; RGZ 91, 204, 207; RGZ 106, 89, 90; BGH WM 1970, 1421; BGH WM 1985, 1106, 1107; Ernst in Münch-Komm § 323 Rn. 77.

³⁹³ RGZ 56, 231, 234 f.

³⁹⁴ Huber Bd. II S. 367.

³⁹⁵ BGH NJW 1996, 1814; siehe dazu die Anmerkungen von Heinrichs EWiR § 326 BGB a.F. 1/96, 539.

³⁹⁶ BT-Drucksache 14/6040 S. 138.

griffs, ansonsten würde das Fristsetzungserfordernis leer laufen, da das Gesetz ein Auffangnetz bereithalte. Zudem wäre der elementare Grundsatz „pacta sunt servanda“ ohne Schutz.³⁹⁷ Der Wortlaut der Regelung spricht, wie auch schon früher, eher für diese Betrachtung.

Andererseits hat die Rechtsprechung zur alten Rechtslage, wie bereits dargestellt, das Inangsetzen einer angemessenen Frist angenommen und ist damit zu vertretbaren Ergebnissen gekommen. Die Angemessenheit einer Frist lässt sich im Einzelnen meist nur objektiv aus einer Mehrzahl von Faktoren aus der Sphäre des Schuldners ermitteln. Das Risiko einer Fehlbeurteilung allein dem Gläubiger zu überlassen, sei es auch als wesentliches Element privatautonomer Selbstverantwortung,³⁹⁸ erscheint unangemessen. Der Schuldner könnte so letztlich noch einen Vorteil aus seinem Fehlverhalten ziehen und seine Leistung weiter hinauszögern. Insofern sprechen dieselben Argumente wie bisher dafür, bei einer zu kurzen Frist automatisch eine angemessene anzunehmen.

Anders liegt die Sache, wenn der Gläubiger die unangemessen kurze Frist nur zum Schein setzt, mit der Absicht, dem Schuldner keine Chance zur Leistung zu lassen und er auch innerhalb einer angemessenen Frist die Leistung eigentlich gar nicht annehmen will.³⁹⁹ Auch wenn der Gläubiger weiß, dass der Schuldner binnen der zu kurzen Frist nicht leisten kann und die Fristsetzung erfolgt, um von einem lästigen Vertrag loszukommen, wird keine angemessene Frist in Gang gesetzt.⁴⁰⁰ Es ist nicht Sinn der Regelung, dem Gläubiger eine möglichst einfache Abstandnahme von einem Vertrag zu ermöglichen, so dass eine derart kurze Fristsetzung unwirksam ist und eine Erfüllungsverweigerung des Gläubigers darstellen kann, die wiederum den Schuldner berechtigt, Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.⁴⁰¹ Hat der Gläubiger beim Setzen einer kurzen Frist böse Absichten, so ist er jedenfalls gut beraten, sich dies nicht anmerken zu lassen, da im Zweifel zumindest noch eine angemessene Frist angenommen wird. Akzeptiert der Schuldner aus Unwissenheit die zu kurze Frist und schafft es nicht zu leisten, hat der Gläubiger sein Ziel erreicht und kann sich vom unliebsamen Vertrag lösen. Wehrt sich der Schuldner gerichtlich gegen die Frist, so wird lediglich eine angemessene ausgelöst.

³⁹⁷ Canaris JZ 2001, 499, 510.

³⁹⁸ Canaris JZ 2001, 499, 510.

³⁹⁹ RGZ 56, 231, 234; RGZ 91, 204, 207 f.; BGH WM 1985, 1106, 1107.

⁴⁰⁰ RG Recht 1908 Nr. 2911; BGH WM 1985, 467, 468.

⁴⁰¹ RGZ 91, 204, 207 f. Durch das mutwillige Setzen einer unmöglich einzuhaltenden Frist zeigt der Gläubiger, dass er selbst gar nicht mehr leisten will.

Anschließend stellt sich die Frage, wie der Schuldner, dem eine zu kurze Frist gesetzt wurde, sich zu verhalten hat. Jedenfalls kann von dem Säumigen verlangt werden mit der Leistung zu beginnen und sie innerhalb einer angemessenen Zeit zu erbringen. Fraglich ist, ob dies ausreicht,⁴⁰² oder ob er den Gläubiger auf die zu kurze Frist hinweisen muss und eine angemessene Alternative benennen muss.⁴⁰³ In den meisten Fällen wird der Schuldner den Gläubiger auf die zu kurze Frist ansprechen. Sollte es dann nicht zu einer Einigung kommen, haben die Gerichte zu entscheiden. Verhält sich der Schuldner schweigend, so wird bei ausbleibender Leistung der Gläubiger sich erneut an ihn wenden.

4. Zu lange Frist

Setzt der Gläubiger eine Frist, die länger als eine an sich für den Fall angemessene Frist ist, so ist er daran gebunden.⁴⁰⁴ Er verzichtet für die Dauer der Nachfrist auf seine anderen Rechtsbehelfe. Der Schuldner darf sich auf die Frist einstellen. Eine nachträgliche Verkürzung auf ein angemessenes Maß ist nicht zulässig. Eine Verlängerung der Frist ist dagegen möglich.⁴⁰⁵ Nur wenn während der Nachfrist die Tatbestände der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB eintreten, braucht der Gläubiger das Fristende nicht abzuwarten.

II. Frist zur Nacherfüllung

Die Nacherfüllung stellt einen Unterfall der Leistung dar.⁴⁰⁶ Sie wird relevant, wenn die Leistung nicht vollständig erbracht wurde. Den wichtigsten Fall stellt dabei das Vorliegen eines Sachmangels dar. Der Schuldner hat zwar eine Sache geliefert oder hergestellt, diese ist aber mit einem Mangel behaftet.⁴⁰⁷ Für die Nacherfüllung an sich braucht der Gläubiger allerdings noch keine Frist zu setzen. Dies ist nur erforderlich und ratsam, um einen Rücktritt oder Schadensersatz vorzubereiten.

Fraglich sind auch hier die hinsichtlich der Fristlänge anzuwendenden Maßstäbe. Dem Schuldner soll eine gerechte Chance gegeben werden, nach Art des Vertrages seiner Verpflichtung nachzukommen.⁴⁰⁸ Sinngemäß müs-

⁴⁰² Huber Bd. II S. 367 Fn. 53.

⁴⁰³ Wiedemann in Soergel § 326 Rn. 39.

⁴⁰⁴ Hamburg OLGE 6, 45, 47.

⁴⁰⁵ Huber Bd. II S. 371.

⁴⁰⁶ BT-Drucksache 14/6040 S. 138.

⁴⁰⁷ Vor der Schuldrechtsreform waren Fristen zur Mängelbeseitigung im Zusammenhang mit § 634 BGB a.F. und § 11 Nr. 10 AGBG relevant.

⁴⁰⁸ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 13; § 323 Rn. 11.

sen die für die Leistungsfrist entwickelten Grundsätze gelten. Der BGH will dabei den Zeitaufwand des Schuldners, der unter normalen Geschäftsverhältnissen erforderlich gewesen wäre, berücksichtigt wissen.⁴⁰⁹ In diesem Fall hatte die Klägerin dem Beklagten eine Frist von einem Monat zur Beseitigung von Mängeln an Überfüllsicherungen für Tankanlagen eingeräumt. Das Berufungsgericht hatte zunächst eine Frist von sechs Monaten für angemessen gehalten. Der BGH dagegen kehrte zur Monatsfrist zurück. Dies mit dem unter normalen Geschäftsverhältnissen erforderlichen Zeitaufwand zu begründen, erscheint in diesem Falle aber nicht zweckmäßig, da sich der Schuldner bereits in Verzug befand. Der Gläubiger darf den Schuldner in einem solchen Fall mit der Frist zur Eile drängen. Auf den normalen Geschäftsgang ist gerade nicht abzustellen, sondern es darf erwartet werden, dass vorrangig an der Erfüllung beziehungsweise Nacherfüllung gearbeitet wird. Etwas anderes gilt, wenn sich der Schuldner nicht in Verzug befindet und auch durch die Fristsetzung nicht in Verzug gerät. Dann wiederum ist der normale Geschäftsgang zu berücksichtigen.

Weiterhin beachtlich ist, welche Art der Nacherfüllung einschlägig ist. Eine Orientierung an der ursprünglichen Lieferfrist kann unter Umständen nicht angebracht sein.⁴¹⁰ Ist die Nacherfüllung durch Nachbesserung möglich, so kann diese eventuell wesentlich schneller erfolgen als eine Neulieferung. Anhaltspunkte für die Frist zur Nachbesserung sind daher die Wichtigkeit des Gegenstandes für den Käufer oder Besteller, die Schwere des Defektes und damit verbunden die Machbarkeit der Nachbesserung für den Schuldner.⁴¹¹ Geht es dagegen um Nacherfüllung durch Neulieferung oder Neuherstellung, wird, wie bei der Frist zur Leistung, die ursprüngliche Lieferzeit/Herstellungszeit wieder relevant.

Als Faustregeln für die Fristlänge bei Nacherfüllung werden in der Literatur zwei Wochen bis ein Monat⁴¹² oder auch sieben bis vierzehn Tage genannt.⁴¹³ Wie auch schon bei der Frist zur Leistung mögen diese Zeiträume Anhaltspunkte bei der Fristbemessung bieten. Verbindliche Vorgaben werden sich auch hier nicht tätigen lassen, da die Fallmöglichkeiten zu vielfältig sind.

⁴⁰⁹ BGH NJW-RR 1993, 309, 310; vgl. § 3 H I 2.

⁴¹⁰ So aber BGH WM 1992, 1984, 1986 f., der der ursprünglichen Herstellungsfrist besondere Bedeutung zumisst.

⁴¹¹ Thamm BB 1982, 2018, 2021.

⁴¹² Thamm BB 1982, 2018, 2021.

⁴¹³ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 10 b AGBG Rn. 50.

I. Ergebnis

Durch die Fristsetzung schafft der Gläubiger die Voraussetzungen für den Schadensersatz- oder Rücktrittsanspruch. Die geschuldete Leistung ist genau zu benennen und das Fristende muss dem Schuldner genannt werden oder zumindest berechenbar sein.

Der Gläubiger kann auch nach Fälligkeit der Leistung eine Frist zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme setzen.

Eine Ablehnungserklärung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB a.F. ist nicht erforderlich. Eine bloße befristete Mahnung des Gläubigers an den Schuldner reicht aber nicht aus, um die Ernsthaftigkeit der Aufforderung zu manifestieren. Es müssen hinreichend deutlich Konsequenzen für das Vertragsverhältnis in Aussicht gestellt werden.

Dies gilt sowohl für die Frist zur Leistung als auch für die Frist zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme.

Zieht der Gläubiger es vor, eine Ablehnungserklärung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB a.F. abzugeben, so ist diese wirksam und verbindlich.

Mit Zugang der Fristsetzung gerät der Schuldner, sofern ein Verschulden vorliegt, automatisch in Verzug, da in einer ernsthaften Fristsetzung gleichzeitig eine befristete Mahnung enthalten ist.

Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich im Einzelfall nach den konkreten Umständen. Befindet sich der Schuldner in Verzug oder gerät er durch die Fristsetzung in Verzug kann er durch die Frist zu besonderer Eile gedrängt werden. Ansonsten erfolgt eine Orientierung am normalen Geschäftsgang.

§ 4 Fristsetzung vor Fälligkeit der Leistung

Die Fristsetzung vor Fälligkeit der Leistung wurde vom BGB a.F. nicht berücksichtigt. Dennoch hatten Rechtsprechung und Literatur Fälle entwickelt, in denen der Gläubiger eine Frist vor Fälligkeit bestimmen konnte. Auch hier ist zu untersuchen, welche Auswirkungen das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat, insbesondere ist der neu geschaffene § 323 Abs. 4 BGB zu beachten, der dem Gläubiger unter Umständen einen Rücktritt vor Fälligkeit ermöglicht.

A. Frist zur Leistung

Es stellt sich zunächst die Frage nach der Möglichkeit einer Fristsetzung zur Leistung vor Fälligkeit. Auf Grund des nicht ganz eindeutigen Wortlauts der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB erscheint denkbar, dass der Gläubiger dem Schuldner bereits vorsorglich eine Frist setzen könnte.⁴¹⁴ Schließlich kann die Formulierung der Vorschriften auch dahin interpretiert werden, dass eine Fristsetzung lediglich zu irgendeinem Zeitpunkt zu erfolgen habe, und zwar möglicherweise auch schon vor Fälligkeit. So könnte der Gläubiger bereits im Vertrag eine Frist festlegen, die ab Fälligkeit zu gelten hat.

Dies wäre aber mit dem Sinn und Zweck der Fristsetzung – dem Schuldner Zeit zu geben, die ausgebliebene Leistung nachzuholen oder nachzubessern und ihn auch vor den Folgen des Ausbleibens zu warnen – nicht vereinbar. Es wäre für den Schuldner unzumutbar, hätte der Gläubiger bereits vor Fälligkeit das Recht, die vereinbarte Leistung zu fordern. Dies stünde im Widerspruch zu den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Allein für die Bemessung der Fristlänge ist notwendig festzustellen, wie weit der Schuldner mit seiner Leistung bereits fortgeschritten ist. Entscheidender Zeitpunkt dafür ist aber grundsätzlich die Fälligkeit. Sie stellt den Augenblick dar, zu dem die Leistung unbedingt erbracht sein muss, und muss daher auch maßgebend für die Feststellung des möglicherweise noch fehlenden Teils sein.

Daher ist die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Leistung bereits vor Fälligkeit, eventuell bereits im Vertrag, abzulehnen. Dagegen spricht im Übrigen auch der Wortlaut des § 271 Abs. 2 BGB, der für Fälle, in denen eine Zeit für die Leistung bestimmt ist, vorschreibt, dass der Gläubiger diese nicht vor der Zeit verlangen darf.

⁴¹⁴ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 14; § 323 Rn. 12.

In der Vergangenheit hat es allerdings auch Fälle gegeben, in denen eine Fristsetzung vor Fälligkeit für wirksam gehalten wurde, sofern sie am Tag der Fälligkeit nur wenige Stunden vor Verzugseintritt zugeht. Dies mag noch hinzunehmen sein, sofern die Fristsetzung nach der Fälligkeit der Leistung (konkludent) wiederholt wird.⁴¹⁵ Eine einmalig vor Fälligkeit gesetzte Frist darf aber nicht dieselben Rechtsfolgen bewirken, wie eine rechtzeitig erklärte Frist.⁴¹⁶ Der Wortlaut des Gesetzes ist insofern zu respektieren. Die Rechtsunsicherheit für den Empfänger der Leistungsfrist wäre zu groß, müsste er damit rechnen, dass eine an sich zu früh erfolgte Fristsetzung dennoch wirksam sein kann. Nach alter Rechtslage war dies noch eindeutiger, da vor Fälligkeit kein Verzug ausgelöst werden konnte.⁴¹⁷

Anders liegt der Fall, wenn die Voraussetzungen für eine Fristsetzung zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme vorliegen.⁴¹⁸ Der Gläubiger kann sodann auch eine Frist zur Leistung setzen. Entscheidend ist aber, dass die Frist erst ab Fälligkeit zu laufen beginnt, denn die vollständige Leistung darf der Gläubiger eben erst ab diesem Zeitpunkt verlangen. Natürlich muss die Frist zusätzlich auch angemessen sein.

Dieser Gedanke bezüglich einer Fristsetzung zur Leistung bereits vor Fälligkeit stammt aus § 634 Abs. 1 S. 2 BGB a.F., der eine Fristbestimmung zur Mängelbeseitigung vor Fälligkeit möglich sein ließ.

B. Fristsetzung zur Erklärung oder zu notwendigen Vorbereitungs- handlungen

I. Bisherige Praxis

Vor Eintritt der Fälligkeit waren im Bereich des § 326 BGB a.F. gewisse Ausnahmefälle anerkannt, in denen der Gläubiger dem Schuldner eine Frist zur Erklärung oder Aufnahme notwendiger Vorbereitungsmaßnahmen, die nicht die eigentliche Leistung bedeuteten, setzen konnte.⁴¹⁹ Dies war in Situationen der Fall, in denen der Schuldner vor Fälligkeit der Leistung das Vertrauen des Gläubigers in die ordnungsgemäße Vertragsabwicklung, insbesondere im Rahmen von Sukzessivlieferungsverträgen, erschüttert

⁴¹⁵ RG LZ 1908, 162.

⁴¹⁶ So aber RG JW 1924, 1246, 1247 bei Zugang am selben Tag.

⁴¹⁷ Vgl. auch Lorenz/Riehm Rn. 197.

⁴¹⁸ Vgl. § 4 B.

⁴¹⁹ Angedeutet bereits in RG Recht 1912 Nr. 3181; Emmerich in MünchKomm § 326 a.F. Rn. 48.

hatte. Das Verhalten durfte aber nicht als eine endgültige Leistungsverweigerung gedeutet werden können, da eine Fristsetzung sonst entbehrlich gewesen wäre.

Nach alter Rechtslage wurde dem Gläubiger, um ein unzumutbares Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes zu vermeiden, in diesen Fällen ein Rücktritts- oder Schadensersatzrecht überwiegend gemäß positiver Forderungsverletzung gewährt,⁴²⁰ das in Analogie zu § 326 BGB a.F. eine Fristsetzung mit Ablehnungserklärung erforderte. Grund für die Annahme der positiven Forderungsverletzung war, dass noch keine fälligen Hauptpflichten betroffen waren.

Dies galt namentlich für die Fälle der Leistungsgefährdung und der Vertragszweckstörung durch den Schuldner. Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sollte diesem die Folgen eines weiteren vertragswidrigen Verhaltens noch einmal nachdrücklich vor Augen führen.⁴²¹ Schadensersatz konnte nur verlangt werden, wenn der Schuldner die Umstände, die die Ungewissheit begründeten, zu vertreten hatte.

Der BGH hat in folgenden Fällen die Möglichkeit einer Fristsetzung zur Erklärung gesehen.

1. BGH MDR 1970, 756⁴²²

Zwischen Unternehmer und Besteller bestand ein langfristiger Vertrag über die Errichtung eines Bauwerks. Im Verantwortungsbereich des Schuldners traten baurechtliche Hindernisse auf, die es ernsthaft in Frage stellten, ob der vereinbarte Bau überhaupt oder doch rechtzeitig ausführbar werden würde. Das Gericht sah für die Klägerin die Möglichkeit, in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 BGB a.F. den Beklagten eine Frist mit Ablehnungserklärung zu setzen, innerhalb der zu erklären war, ob die Vertragserfüllung überhaupt und gegebenenfalls wann möglich werde. Dies gebiete die Rücksicht auf Treu und Glauben. Ein viele Monate langes Abwarten, um Rechte aus § 326 BGB a.F. geltend zu machen, sei nicht zumutbar. Eine baldige Klärung müsse herbeigeführt werden, damit die Klägerin sich gegebenenfalls anderweitig entscheiden könne.

⁴²⁰ BGH NJW 1986, 843; Heinrichs in Palandt § 326 a.F. Rn. 15; Wiedemann in Soergel Vor § 275 a.F. Rn. 386 ff; § 326 Rn. 12; Otto in Staudinger § 326 a.F. Rn. 200 ff.

⁴²¹ BGH WM 1977, 220, 221.

⁴²² BGH MDR 1970, 756 = BGH NJW 1970, 1182 = BGH WM 1970, 791.

2. BGH JR 1976, 282⁴²³

Die Klägerin kaufte von der Beklagten Stahlroheisen, das zu verschiedenen Terminen spätestens geliefert werden sollte. Die Beklagte teilte der Klägerin bereits fast ein halbes Jahr vor Fälligkeit der ersten Lieferung mit, die Liefertermine wegen unvorhergesehener Betriebsausfälle und Schwierigkeiten in der Koksversorgung nicht einhalten zu können. Die Klägerin verlangte Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der BGH sah keine endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegen und befand, dass die Klägerin in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 BGB a.F. eine Frist zur Erklärung mit Ablehnungserklärung hätte setzen müssen, ob die Beklagte den Vertrag vereinbarungsgemäß erfüllen werde. Einerseits könne dem Gläubiger nicht zugemutet werden, die Fälligkeit abzuwarten und dann nach § 326 BGB a.F. vorzugehen. Andererseits dürfe ein Schuldner, der die Leistung nicht endgültig verweigert hat, nicht durch den Rücktritt des Vertragspartners überrascht werden.

3. BGH NJW 1977, 35

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten 4 Millionen Blumentöpfe. Vor Fälligkeit teilte die Beklagte mit, dass ihr eine fristgerechte Lieferung nicht möglich sei, was die Klägerin ablehnte. Dennoch nahm die Beklagte eine Rationierung vor und lieferte nur 600 000 Blumentöpfe. Die Klägerin verlangte daraufhin Schadensersatz nach § 326 BGB a.F. Das Gericht sah zwar grundsätzlich die Möglichkeit, vor Fälligkeit gemäß § 326 BGB a.F. vorzugehen, forderte aber auch im vorliegenden Fall eine Fristsetzung zur Erklärung. Dies ergebe sich aus Treu und Glauben. Es stelle eine positive Vertragsverletzung des Schuldners dar, zu erklären, er werde sich bei Fälligkeit nicht an seine vertraglichen Verpflichtungen halten und könne die Lieferzeiten nicht einhalten. Darauf müsse aber der Gläubiger, dem ein Abwarten bis zur Fälligkeit nicht zuzumuten sei, in rechtsähnlicher Anwendung des § 326 BGB a.F. eine Frist zur Erklärung setzen, ob der Vertrag vereinbarungsgemäß erfüllt werde. Der Schuldner dürfe nicht durch den Rücktritt überrascht werden.

4. BGH WM 1982, 982

Die Kläger erwarben Eigentumswohnungen in einer Wohnungseigentumsanlage. Das Dach der Anlage erwies sich als undicht. Daher forderten sie den Beklagten auf, innerhalb eines Monats mit den Nachbesserungsarbeiten

⁴²³ BGH JR 1976, 282 = BGH MDR 1976, 393 = BGH NJW 1976, 326 = BGH WM 1976, 75.

zu beginnen und diese zügig abzuschließen. Der BGH hielt diese Fristsetzung für rechtlich bedeutsam. Es wurde ausgeführt, dass wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur schwer abzuschätzen sei, weil es sich um umfangreiche und schwierige Arbeiten handle, bei denen weitere Mängel zutage treten könnten, erwartet werden könne, dass der Auftragnehmer nach Aufforderung schleunigst, jedenfalls binnen zumutbarer Frist, mit der Nachbesserung beginne und sie zügig vollende, insbesondere, wenn Mangelfolgeschäden zu befürchten seien. Für den Beklagten sei eine solche Frist jedenfalls nicht nachteilig. Der Auftraggeber müsse nach Ablauf dieser nicht noch eine Vornahmefrist setzen.

Im beschriebenen Fall erfolgte die Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, der eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung verlangt. Die Maßstäbe für die Fristsetzung nach VOB/B entsprechen denen des BGB.

5. BGH NJW 1983, 989

Die Kläger beauftragten die Beklagte mit der Errichtung eines Einfamilienhauses. Nachdem die erforderlichen Genehmigungen vorlagen, wollten die Kläger wissen, wann mit dem Bau begonnen und wann er fertig gestellt werde. Die Beklagte gab darauf keine verbindliche Antwort ab. Daher setzten die Kläger der Beklagten zunächst eine Frist, binnen derer ein verbindlicher Zeitpunkt für den Beginn und die Beendigung des Baus zu nennen waren und die Einhaltung der Termine durch Vorlage entsprechender Vereinbarungen beziehungsweise Bestätigungen von Subunternehmern glaubhaft zu machen waren, und verbanden diese mit einer Ablehnungsandrohung. Nachdem diese Frist ergebnislos verstrichen war, setzten die Beklagten erneut eine Frist zur Bestätigung, dass das Bauvorhaben zum vereinbarten Preis durchgeführt würde, der Name des Bauunternehmers mitgeteilt würde und der Bau „bis zum Herbst“ abgeschlossen werde.

Das Gericht nahm an, dass die Kläger ausnahmsweise den gewählten Weg einschlagen dürften, um Gewissheit über die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft der Beklagten zu erlangen. Eine erweiterte Auslegung des hier einschlägigen § 5 Nr. 4 VOB/B sei mit Rücksicht auf Treu und Glauben geboten. Dabei wurde ausdrücklich Bezug auf § 326 BGB a.F. genommen. Es müsse dem Auftraggeber bereits vorab möglich sein, ausreichende Nachweise über die geplante Abwicklung des Bauvorhabens zu verlangen, sofern diesbezüglich Unsicherheiten bestehen. Eine Aufforderung zum Baubeginn allein sei vorliegend nicht sinnvoll, weil diesem Begehren schon durch Aushubarbeiten hätte entsprochen werden können, ohne

dass dadurch die Unsicherheiten zwischen den Parteien beseitigt worden wären.

6. Ergebnis

Es zeigt sich, dass neben der Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung durchaus andere Begehren des Gläubigers berücksichtigt wurden. So waren Fristsetzungen zur Erklärung bestimmter Absichten, zur Arbeitsaufnahme oder Erbringung bestimmter Voraussetzungen, die die eigentliche Leistung erst ermöglichen, zulässig. Voraussetzung dafür waren Hinweise des Schuldners, nicht fristgemäß leisten zu können oder, gerade bei langfristigen Verträgen, Leistungshindernisse in der Sphäre des Schuldners. Es musste die objektiv ernste Gefahr bestehen, dass eine ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages nicht mehr zu erwarten ist.⁴²⁴

Sinn und Zweck solcher Fristsetzungen ist die Ermittlung der Erfüllungsbereitschaft oder -fähigkeit des Schuldners. Auch in Fällen, in denen die Frist zur Arbeitsaufnahme oder zum Nachweis bestimmter Voraussetzungen gesetzt wird, soll letztlich der Wille des Schuldners zur Erfüllung des Vertrages ermittelt werde.

Der Schuldner musste seine Verpflichtung derart in Frage gestellt haben, dass es zweifelhaft erscheinen durfte, ob er bei Fälligkeit bereit sein würde, die Leistung zu den vertraglich vorgeschriebenen Bedingungen zu erbringen. Andererseits durfte das Verhalten des Schuldners auch keine endgültige Leistungsverweigerung darstellen, an die strenge Anforderungen zu stellen sind, da sonst eine Fristsetzung gar nicht erforderlich gewesen wäre.

Im Einzelfall musste sodann eine Abwägung ergeben, dass ein Abwarten der Fälligkeit dem Gläubiger nicht zuzumuten war. Dagegen durfte aber der Schuldner von dem Rücktritts- oder Schadensersatzbegehren des Gläubigers nicht überrascht werden, weshalb die Fristsetzung mit einer Ablehnungserklärung zu verbinden war. So hatte sich ein Mittelweg gefunden, der die gegensätzlichen Interessen der Parteien ausreichend berücksichtigte. Lagen die genannten Voraussetzungen vor Fälligkeit der Leistung vor, durfte der Gläubiger eine Frist zur Erklärung über die Leistungsbereitschaft setzen und diese mit einer Ablehnungserklärung verbinden.⁴²⁵

II. Einordnung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

Auf den ersten Blick scheint es eindeutig zu sein, dass der Gläubiger nach heutiger Rechtslage gemäß § 323 Abs. 4 BGB vor Fälligkeit vom Vertrag

⁴²⁴ BGH NJW 1978, 260.

⁴²⁵ Emmerich in MünchKomm Vor § 275 a.F. Rn. 242.

zurücktreten kann, sofern der Eintritt der Voraussetzungen offensichtlich ist. Eine Fristsetzung scheint dafür nicht erforderlich zu sein. Mit der Schaffung dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass dem Gläubiger auch schon vor Eintritt der Fälligkeit Rechte zustehen sollen. Die Gefährdung der Erfüllung wird somit zu einem eigenständigen Tatbestand.

Daher wird die bisherige Möglichkeit beziehungsweise die Pflicht des Gläubigers, vor Fälligkeit grundsätzlich eine Erklärungsfrist zu setzen, nun auch zum Teil abgelehnt. Es wird festgestellt, dass für die genannten Ausnahmen wegen der gläubigerfreundlichen neuen Regelung gar kein Bedarf mehr bestehe.⁴²⁶ Eine genauere Begründung dieser Ansicht erfolgt jedoch nicht. Aus den Ausführungen zu § 323 Abs. 4 BGB ergibt sich allerdings, dass dort die Möglichkeit des Gläubigers gesehen wird, vor Fälligkeit ohne Fristsetzung zurückzutreten.⁴²⁷ Auf das Fehlen einer entsprechenden Regelung in § 281 BGB wird nicht eingegangen.

Für diese Sichtweise spricht sicherlich der Wortlaut des Gesetzes, das nach wie vor eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung verlangt, nicht aber zur Erklärung der Leistungsbereitschaft. Gläubigerfreundlich sind die §§ 281, 323, 637 BGB insofern, als dass eine Ablehnungserklärung und der Verzug des Schuldners nicht mehr erforderlich sind und § 323 Abs. 4 BGB scheinbar einen Rücktritt vor Fälligkeit ohne Fristsetzung zulässt. Ob das aber dafür ausreicht, einen vollständigen Verzicht auf die Möglichkeit einer Erklärungsfrist anzunehmen, erscheint fragwürdig. Zunächst ist ein genauer Blick auf § 323 Abs. 4 BGB zu werfen.

1. Entstehung des § 323 Abs. 4 BGB

Seinen Ursprung hat § 323 Abs. 4 BGB in dem vom Bundesministerium der Justiz 1979 in Auftrag gegebenen Gutachten von Huber zur Überarbeitung des Schuldrechts. Hubers Gesetzesvorschlag sah in § 326 b die Möglichkeit des Gläubigers vor, bei einer ernstlichen und endgültigen Leistungsverweigerung des Schuldners vor Fälligkeit und ohne Nachfristsetzung zurückzutreten. Gleiches galt, sofern die Nichtbewirkung der Leistung durch den

⁴²⁶ Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 9a; § 323 Rn. 13. In der 61. Aufl. wurden die Ausnahmen noch befürwortet.

⁴²⁷ Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 23.

Schuldner offensichtlich war.⁴²⁸ Damit sollte die allgemein anerkannte ungeschriebene Regel, dass eine Erfüllungsverweigerung – gleichgültig zu welchem Zeitpunkt ausgesprochen – die Nachfristsetzung entbehrlich macht, formuliert werden. Gemäß § 327 a E Huber war der Gläubiger neben dem Rücktritt ebenso berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.⁴²⁹ § 280 Abs. 5 E Huber stellte klar, dass für Schadensersatz bei gegenseitigen Verträgen die §§ 326 bis § 327 b E Huber zu gelten hatten.

Dies wurde von der Schuldrechtskommission in §§ 323 Abs. 4, 327 BGB-KE übernommen. In § 323 Abs. 4 BGB-KE war allerdings nur noch von der Offensichtlichkeit des Eintritts der Rücktrittsvoraussetzungen vor Fälligkeit die Rede.⁴³⁰ Aus der Begründung wird nicht deutlich, warum die Leistungsverweigerung aus der Formulierung herausgenommen wurde. Anscheinend wurde davon ausgegangen, dass die ernstliche und endgültige Verweigerung in dem Begriff der Offensichtlichkeit des Eintritts der Rücktrittsvoraussetzungen enthalten sei.⁴³¹ Ausdrücklich wurde auf die Parallele zum einheitlichen Kaufrecht hingewiesen, das ebenfalls eine Vertragsaufhebung bei künftiger Verletzung vorsieht.⁴³² Die Schadensersatzpflicht des Schuldners im CISG bleibt auch bei vorzeitiger Vertragsaufhebung unberührt.⁴³³ § 280 Abs. 2, S. 2 BGB-KE verwies für den Schadensersatz aus gegenseitigen Verträgen auf § 327 BGB-KE, so dass auch hier der Schadensersatz an den Rücktritt gekoppelt war. Schadensersatz konnte nur nach erfolgtem Rücktritt verlangt werden.

⁴²⁸ Huber Gutachten S. 838. § 326 b E Huber: Ist bei einem gegenseitigen Vertrag die Leistung des Schuldners unmöglich, oder weigert der Schuldner sich ernstlich und endgültig, die Leistung in der durch den Vertrag vorgesehenen Weise zu erbringen, oder ist aus sonstigen Gründen offensichtlich, dass der Schuldner die Leistung nicht bewirken wird, so ist der Gläubiger, auch vor Fälligkeit seiner Forderung und ohne Setzung einer Nachfrist, zum Rücktritt berechtigt.

⁴²⁹ Huber Gutachten S. 846. § 327 a E Huber: Der Gläubiger, der gemäß §§ 326 bis 326 d vom Vertrag zurückgetreten ist ..., ist berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen. (...)

⁴³⁰ Schuldrechtskommission S. 162.

⁴³¹ Schuldrechtskommission S. 170 f. Dieser Ansicht war auch der Gesetzgeber bei der Reform des Schuldrechts, vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 186 f.

⁴³² Art. 76 EKG, jetzt Art. 72 Abs. 1 CISG: Ist schon vor dem für die Vertragserfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich, dass eine Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird, so kann die andere Partei die Aufhebung des Vertrages erklären. (...)

⁴³³ Lüderitz/Dettmeier in Soergel Art. 72 Rn. 17.

Der Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 4. August 2000 entsprach dem in §§ 323 Abs. 4, 325 Abs. 1, 280 Abs. 2 S. 3 BGB-DiskE. Der Gläubiger, der auf Grund des offensichtlichen Eintritts der Voraussetzungen vor Fälligkeit wirksam zurück getreten war, hatte weiterhin ebenso einen Anspruch auf Schadensersatz.

Ein Grund für die Kopplung des Schadensersatzes an den Rücktritt war auch, dass die Rücktrittsausschlussgründe aus § 323 Abs. 3 BGB-KE beziehungsweise § 323 Abs. 3 BGB-DiskE nicht durch die Geltendmachung des großen Schadensersatzes, der letztlich einer Kombination von Schadensersatz und Rücktritt entsprach, umgangen werden sollten.⁴³⁴ Durch die Verbindung der Rechtsbehelfe war gewährleistet, dass § 323 Abs. 4 BGB-DiskE auch für den Gläubiger, der Schadensersatz wollte, Geltung hatte.

Seit der konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs vom 6. März 2001 war bei Offensichtlichkeit des Eintritts der Voraussetzungen nur noch der Rücktritt und kein Schadensersatz mehr möglich, vgl. § 323 Abs. 3 BGB-KF. Der Schadensersatz war eigenständig geregelt und enthielt keinen Verweis auf das Rücktrittsrecht mehr. Die Kopplung der Rechtsbehelfe war aufgehoben worden. Der Regierungsentwurf⁴³⁵ übernahm dies, und der Rechtsausschuss⁴³⁶ änderte lediglich noch den Standort im Gesetz, so dass letztlich § 323 Abs. 4 BGB ohne eine Entsprechung beim Schadensersatz in den §§ 280 ff. BGB entstand.

Es verwundert, dass die Regelung in dieser Form Eingang in das BGB gefunden hat, wurde doch immer wieder darauf hingewiesen, dass die von Rechtsprechung und Literatur ohnehin schon angenommenen Rechte vor Fälligkeit im Gesetz festgeschrieben werden sollten.⁴³⁷ Aber weder die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit noch die Möglichkeit eines Schadensersatzes vor Fälligkeit finden sich im Gesetz ausdrücklich wieder.

Die Aufgabe der Kopplung des Schadensersatzes an den Rücktritt wurde mit zu schwerer Durchschaubarkeit und Kompliziertheit der Regelung begründet.⁴³⁸ Gleichzeitig sollte aber die kumulative Anwendung von Schadensersatz und Rücktritt möglich sein, was eine Angleichung der Voraussetzungen erforderlich machte, damit keine Möglichkeit bestand, die unterschiedlichen Voraussetzungen der Rechtsbehelfe durch deren Kombi-

⁴³⁴ Begr. zu § 280 Abs. 2 S. 3 BGB-DiskE S. 318 f.

⁴³⁵ BT-Drucks. 14/6040.

⁴³⁶ BT-Drucks. 14/7052.

⁴³⁷ So schon Schuldrechtskommission S. 170. Übernommen in BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

⁴³⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 183.

nation zu umgehen.⁴³⁹ So wurden § 281 BGB und § 323 BGB sehr ähnlich formuliert. Eine Entsprechung zu § 323 Abs. 4 BGB lässt sich in § 281 BGB aber dennoch nicht finden. § 325 BGB kann hier auch nicht helfen. Er erlaubt lediglich die kumulative Anwendung von Schadensersatz und Rücktritt. Die Voraussetzungen des Schadensersatzes müssen aber dennoch selbst vorliegen.

Die Gesetzesmaterialien geben keinen eindeutigen Aufschluss über die Beweggründe zu einer derartigen Ausgestaltung des Rechts. Es ist anzunehmen, dass der Anspruch auf Schadensersatz beim vorzeitigen Vertragsbruch entsprechend § 323 Abs. 4 BGB schlicht vergessen wurde, hielt der Gesetzgeber doch das relative Fixgeschäft für den einzigen Fall, in dem § 281 BGB und § 323 BGB nicht einander angeglichen wurden.⁴⁴⁰

2. Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB

Zunächst ist eine gedankliche Trennung erforderlich, um die Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB klarzustellen. Verletzt der Schuldner nach Abschluss des Vertrages Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB und wird dadurch für den Gläubiger das Festhalten am Vertrag unzumutbar, so kann der Gläubiger sofort und ohne Fristsetzung gemäß §§ 282, 324 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen und vom Vertrag zurücktreten. In diesen Fällen geht es um die Verletzung von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, deren Einhaltung nicht wesentlich dafür ist, dass der Gläubiger die Leistung erhält.⁴⁴¹ Auf die Fälligkeit kommt es nicht an. Nach dem BGB alter Fassung wurden diese Fälle als positive Forderungsverletzung eingeordnet.⁴⁴²

Für § 323 Abs. 4 BGB ist entscheidend, dass bereits vor Fälligkeit offensichtlich ist, dass bei Fälligkeit die Verletzung von Leistungspflichten, wie sie in § 323 Abs. 1 BGB formuliert sind, vorliegen wird. Das sind solche Pflichten, an deren Erfüllung der Gläubiger ein positives Interesse hat.⁴⁴³ Es handelt sich dabei um Fälle, in denen offensichtlich ist, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht erbracht werden wird oder mit einem Mangel behaftet sein wird.⁴⁴⁴ Grundsätzlich sollte zur Abgrenzung die Fra-

⁴³⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 183, 188; Canaris JZ 2001, 499, 513.

⁴⁴⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 183.

⁴⁴¹ Ernst in MünchKomm § 324 Rn. 1. Der Handwerker zerstört beispielsweise während der Arbeit im Haus des Gläubigers Einrichtungsgegenstände.

⁴⁴² BGHZ 11, 80, 86 ff.

⁴⁴³ Ernst im MünchKomm § 323 Rn. 11.

⁴⁴⁴ Insofern ist § 323 Abs. 4 BGB spezieller als §§ 282, 324 BGB.

ge gestellt werden, ob durch das „schädliche“ Verhalten des Schuldners die Leistung nicht rechtzeitig oder mangelhaft erbracht werden wird. Ist dies zu bejahen, so liegt ein Fall des § 323 Abs. 4 BGB vor. Somit wird auch die Verletzung nicht leistungsbezogener Pflichten erfasst, deren Verletzung sich aber auf die Hauptleistung auswirkt.⁴⁴⁵

Wird die Frage verneint, sind die §§ 282, 324 anwendbar, sofern zusätzlich Unzumutbarkeit für den Gläubiger vorliegt. Im Einzelfall kann die hier erforderliche Abgrenzung schwierig sein.

Das Gesetz spricht weiterhin von den „Voraussetzungen“ des Rücktritts, die eintreten müssen. Zu den Voraussetzungen des Rücktritts gehört nicht nur das Ausbleiben der Leistung oder die nicht vertragsgemäße Leistung bei Fälligkeit, sondern auch das Setzen einer angemessenen Nachfrist, denn grundsätzlich ist ein Rücktritt ohne Fristsetzung nicht möglich. Das bedeutet, dass auch das Ausbleiben der vertragsgemäßen Leistung nach Ablauf einer angemessenen Frist offensichtlich sein muss.⁴⁴⁶ Ansonsten wäre ein Rücktritt nicht denkbar.

Lediglich auf die Offensichtlichkeit des Ausbleibens bei Fälligkeit kommt es an, wenn ein relatives Fixgeschäft gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbart wurde und somit eine Fristsetzung nicht erforderlich ist oder die Voraussetzungen des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB offensichtlich vorliegen werden. Vom Gläubiger ist also eine Prognose in mehrfacher Hinsicht gefordert.

a. Offensichtlichkeit

Anschließend bedarf der Begriff der Offensichtlichkeit einer genaueren Betrachtung. Vorbild der Offensichtlichkeit in § 323 Abs. 4 BGB ist Art. 72 CISG. Daher sind zunächst die dortigen Definitionsversuche zu betrachten.

Beispielhaft seien die folgenden Formulierungen genannt. So heißt es, eine Vertragsverletzung sei offensichtlich, wenn „eine vernünftige Person an ihrem Eintritt keinen Zweifel hegt“,⁴⁴⁷ oder wenn „vom Eintritt eines Erfüllungsmangels mit sicherer Wahrscheinlichkeit auszugehen ist“. Diese sei wiederum gegeben, wenn „die Möglichkeit einer pflichtgemäßen Erfüllung aufgrund der im Einzelfall tatsächlich vorhandenen und erkennbaren Reali-

⁴⁴⁵ BT-Drucksache 14/6040 S. 141 in Bezug auf §§ 281, 282 BGB. Für §§ 323, 324 BGB kann nichts anderes gelten, vgl. auch BT-Drucks. 14/6040 S. 187.

⁴⁴⁶ Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 23; Ramming ZGS 2002, 412, 415; a.A. Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 133.

⁴⁴⁷ Lüderitz/Dettmeier in Soergel Art. 72. Rn. 6

sierungsvarianten nicht mehr vorhanden, sondern nur noch unter Zuhilfenahme theoretisch konstruierbarer Erfüllungsalternativen denkbar ist“.⁴⁴⁸ An anderer Stelle wird der zukünftige Vertragsbruch als offensichtlich angesehen, wenn „objektive Kriterien einen solchen Schluss nahe legen“.⁴⁴⁹ Strenger dagegen ist die Forderung nach einer sehr hohen, nahe liegenden Wahrscheinlichkeit, „die allgemein einleuchtet“.⁴⁵⁰ An konkreten Beispielen mangelt es allerdings. Der BGH hat offengelassen, ob bei einer Liefer Sperre des Herstellers gegenüber dem Verkäufer und der dadurch möglicherweise entstehenden Unfähigkeit des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum am Vertragsgegenstand zu verschaffen, ein Fall der Offensichtlichkeit im Sinne des Art. 72 CISG gegeben sein soll.⁴⁵¹

Gemäß den Definitionsversuchen zu § 323 Abs. 4 BGB soll die Vertragsverletzung „sicher zu erwarten sein“⁴⁵² oder mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ eintreten.⁴⁵³ Eine einheitliche Definition für die Offensichtlichkeit ist nicht zu finden. Gefordert wird eine Wahrscheinlichkeit, an deren Grad, zumindest den unterschiedlichen Formulierungen zufolge, verschiedene hohe Anforderungen gestellt werden. Dabei ist aber nicht auszuschließen, dass die Unterschiede in der Wortwahl lediglich auf unterschiedliches Sprachempfinden zurückzuführen sind und praktische Fälle identisch beurteilt würden. Letztlich kommt es doch immer auf die Beurteilung eines jeden Einzelfalls an.

Eindeutig benannt werden die Umstände, die die künftige Vertragsverletzung offensichtlich machen sollen. Dazu werden die in Art. 71 Abs. 1 CISG für die Aussetzung von Erfüllungspflichten genannten Gründe herangezogen, die wohl umfassend alle Störungsfälle abdecken sollen.⁴⁵⁴

Schwerwiegende Mängel in der Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, sind zum Beispiel Produktionsverbote, Streiks, Boykott der Zulieferer, Verlust von Produktionsstätten durch Brand, Naturkatastrophen oder Krieg und die

⁴⁴⁸ Schneider/Straub in Honsell Art. 72. Rn. 27.

⁴⁴⁹ Reinhart Art. 72. Rn. 2.

⁴⁵⁰ Leser/Hornung in Schlechtriem Art. 72 Rn. 12.

⁴⁵¹ BGH EuZW 1995, 451, 452.

⁴⁵² Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 134.

⁴⁵³ Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 23; Stadler in Jauernig § 323 Rn. 15.

⁴⁵⁴ Leser/Hornung in Schlechtriem Art. 72 Rn. 10. Art. 71 Abs. 1 CISG: Eine Partei kann die Erfüllung ihrer Pflichten aussetzen, wenn sich nach Vertragsabschluss herausstellt, dass die andere Partei einen wesentlichen Teil ihrer Pflichten nicht erfüllen wird a) wegen eines schwerwiegenden Mangels ihrer Fähigkeit, den Vertrag zu erfüllen, oder ihrer Kreditwürdigkeit oder b) wegen ihres Verhaltens bei der Vorbereitung der Erfüllung oder bei der Erfüllung des Vertrages.

Nichterfüllung anderer Verträge.⁴⁵⁵ Der schwerwiegende Mangel der Kreditwürdigkeit stellt dabei einen gesondert genannten Unterfall des Mangels der Fähigkeit zu erfüllen dar. In Betracht kommen Insolvenz, Zahlungseinstellung und die erfolglose Suche nach Kreditgebern.⁴⁵⁶ Unter leistungsfähndem Verhalten sollen die Nichtbeschaffung von Produktionsmitteln, Lizenzen oder Genehmigungen, Unterlassen des Produktionsbeginns, Lieferung unzureichender Muster und mangelhafte Verpackung zu verstehen sein.⁴⁵⁷

Es zeigt sich, dass die aufgezählten Umstände durchaus auch zu den bereits dargestellten Fällen zur Erklärungsfrist passen. Nach alter Rechtslage war aber grundsätzlich in Analogie zu § 326 BGB a.F. eine Frist mit Ablehnungserklärung zur Aufnahme von Vorbereitungshandlungen oder Abgabe von Erklärungen erforderlich, sofern eine künftige Vertragsverletzung „offenkundig“⁴⁵⁸ war.

Das Reichsgericht hatte schon 1912 geurteilt, dass eine Frist zur Arbeitsaufnahme zu setzen sei, wenn eine Maschine, die am 30. November betriebsfertig sein sollte, am 28. November noch nicht einmal geliefert worden war.⁴⁵⁹ Auch standen dem Besteller eines Werkes die Rechte aus §§ 636, 634 BGB a.F. zu, wenn es sicher war, dass das Werk nicht rechtzeitig hergestellt würde. Dann war aber auch eine Frist zu setzen.⁴⁶⁰ In einem weiteren Fall wurde am 10. Juli ein Vertrag über den Bau eines Hauses innerhalb von sechs Monaten geschlossen. Der Besteller durfte am 2. Januar des folgenden Jahres eine Frist zur Arbeitsaufnahme und Vorlage von Unterlagen setzen, da der Unternehmer bis dahin untätig geblieben war und somit die Leistungsfähigkeit und -bereitschaft fraglich geworden waren.⁴⁶¹

Nur in einem vergleichbaren Fall wurde die Frist für entbehrlich gehalten. Am 1. Februar 1984 sollte ein Pachtverhältnis über ein noch zu errichtendes Gebäude beginnen. Am 30. November 1983 konnte der Vertrag bereits ohne Fristsetzung gemäß § 326 BGB a.F. beendet werden, da die rechtzeitige Errichtung des Gebäudes nicht mehr möglich erschien.⁴⁶²

⁴⁵⁵ Leser/Hornung in Schlechtriem Art. 71 Rn. 10.

⁴⁵⁶ Lüderitz/Dettmeier in Soergel Art. 71 Rn. 5.

⁴⁵⁷ Leser/Hornung in Schlechtriem Art. 71 Rn. 12; Lüderitz/Dettmeier in Soergel Art. 71 Rn. 6.

⁴⁵⁸ Huber Bd. II S. 342.

⁴⁵⁹ RG Recht 1912 Nr. 3181

⁴⁶⁰ RG WarnR 1937 S. 38, 40.

⁴⁶¹ OLG Hamm NJW-RR 1995, 1519.

⁴⁶² BGH NJW-RR 1988, 1100.

Es wird deutlich, dass die Fälle, die nach dem BGB alter Fassung eine Erklärungsfrist erforderten, heute das Merkmal der Offensichtlichkeit erfüllen. Dies hätte zur Konsequenz, dass nach aktueller Rechtslage bei wortgetreuer Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB kein Platz mehr für eine Fristsetzung zur Erklärung oder Aufnahme von Vorbereitungshandlungen besteht.⁴⁶³

b. Einschränkung des § 323 Abs. 4 BGB

aa. Fristsetzung zur Erklärung

Es ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit der faktischen Abschaffung der Erklärungsfrist eine gute Lösung für die bereits vor Fälligkeit bestehenden Probleme in Vertragsverhältnissen gefunden hat.⁴⁶⁴ Die Frist zur Erklärung war von der Rechtsprechung zu gesetzlich nicht geregelten Fällen entwickelt worden und hatte sich im Laufe der Zeit als angemessene Lösung etabliert.

Aus den dargestellten Sachverhalten ergibt sich zunächst, dass für den Gläubiger durchaus große Unsicherheiten darüber bestehen können, ob er die Leistung vereinbarungsgemäß erhalten wird, ob er es mit einer endgültigen Erfüllungsverweigerung zu tun hat oder ob der Schuldner die Vertragsdurchführung in einer Weise in Abrede stellt, die lediglich eine Erfüllungsgefährdung darstellt. Er könnte fälschlich davon ausgehen, dass es sich um eine endgültige Verweigerung handelt und hätte später im Prozess das Problem, dass das Gericht den entgegengesetzten Standpunkt vertritt.

Auch muss der Gläubiger in Erwartung einer Leistung gegebenenfalls Vorkehrungen treffen, um diese annehmen zu können.⁴⁶⁵ Möglicherweise gibt es aber Anhaltspunkte dafür, dass der Schuldner die Leistung nicht oder erst verspätet erbringen wird. Das betrifft insbesondere Werkleistungen, die einen längeren Herstellungszeitraum erfordern. So entsteht ein durchaus

⁴⁶³ Ramming ZGS 2003, 209 ff. will noch zwischen berechtigten Zweifeln und Offensichtlichkeit unterscheiden, was aber in der Praxis zu unüberwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen dürfte.

⁴⁶⁴ Sicherlich kann der Gläubiger auch weiterhin unverbindlich eine Frist zur Erklärung setzen, deren fruchtloses Verstreichen vor Gericht ohne Zweifel zu seinen Gunsten auszulegen wäre.

⁴⁶⁵ Z.B. bei der Lieferung großer Gegenstände oder im Werkvertragsrecht, um dem Unternehmer die Leistung zu ermöglichen; des Weiteren bei Holschulden, beim Spezifikationskauf und bei Wahlschulden.

dringendes Interesse des Gläubigers, schon vor Fälligkeit zu erfahren, ob mit der Leistung noch zu rechnen ist oder die Verweigerung endgültig ist. Sich weiterhin für die Leistung bereitzuhalten, wenn mit dem Ausbleiben zu rechnen ist, dürfte ihm kaum zumutbar sein. Die wirtschaftlichen Interessen des Gläubigers wären zu sehr gefährdet, wenn er längere Zeit im Ungewissen darüber bliebe, ob er das ihm Zustehende rechtzeitig und vollständig erhalten wird und er sich nicht vom Vertrag lösen und nach einem anderen Vertragspartner umsehen könnte.

Daher ist es notwendig, den Gläubiger bereits vor Fälligkeit mit gewissen Rechten auszustatten, die es ihm ermöglichen, seine berechtigten Interessen durchzusetzen. Mit § 323 Abs. 4 BGB wurde dafür ein sehr starkes Werkzeug geschaffen, gerade wenn in Betracht gezogen wird, dass noch gar keine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung besteht, der Vertrag aber dennoch schon wieder rückgängig gemacht werden kann.

Im Gegensatz dazu stehen die Rechte und das Schutzbedürfnis des Schuldners. Wurde er nach alter Rechtslage durch die Fristsetzung und Ablehnungserklärung des Gläubigers auf die möglichen Konsequenzen seines Verhaltens hingewiesen und vorgewarnt, besteht jetzt die Möglichkeit, dass er „aus heiterem Himmel“ mit der Beendigung des Vertrages konfrontiert wird, obwohl er eigentlich noch gewillt ist, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen.

Es besteht ein Spannungsfeld zwischen den Interessen der Parteien, das einen Ausgleich erfordert. Die Interessen beider Seiten sind dabei zu berücksichtigen. Durch die strikte Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB entstünde eine sehr starke Verlagerung zu Gunsten des Gläubigers, die im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung stünde, die immer wieder klar gestellt hatte, dass der Schuldner nicht vom Rücktritt des Gläubigers überrascht werden dürfe.⁴⁶⁶ Dies wäre aber nun der Fall. Der Schuldner rechnet nicht durchweg damit, dass vor Fälligkeit seiner Leistung der Vertrag bereits wieder rückabgewickelt werden soll. Dem Gläubiger dagegen ein vorzeitiges Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung auf Grund einer Prognoseentscheidung zu gewähren, erscheint fragwürdig. Ob das Vorliegen der Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB offensichtlich ist, lässt sich doch nur durch eine Fristsetzung zur Erklärung der Leistungsbereitschaft oder zur Arbeitsaufnahme klären. Es ist nicht verhältnismäßig, nach Fälligkeit, wenn ohne Zweifel feststeht, dass die Leistung nicht oder nur mangelhaft erbracht wurde, eine Fristsetzung zu verlangen, vor Fälligkeit aber die bloße Wahrscheinlichkeit des Eintritts bestimmter Ereignisse für einen

⁴⁶⁶ BGH JR 1976, 282; BGH NJW 1977, 35.

Rücktritt ohne Fristsetzung ausreichen zu lassen. Das grundsätzliche Fristerfordernis nach Fälligkeit spricht jedenfalls für die Notwendigkeit einer Fristsetzung auch vor Fälligkeit.

Zudem könnte der Gläubiger beim Ausbleiben von Vorbereitungshandlungen einfach so lange zuwarten, bis der Schuldner auch nach Ablauf einer angemessenen Frist die Leistung nicht mehr erbringen kann. Sodann könnte der Gläubiger den Standpunkt einnehmen, das Ausbleiben der Leistung sei nun offensichtlich, und ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten.⁴⁶⁷

Auch um dies zu vermeiden, muss § 323 Abs. 4 BGB in dem Sinne eingeschränkt werden, dass vom Gläubiger zu verlangen ist, dass er eine Frist zur Aufnahme von Vorbereitungshandlungen oder Abgabe von Erklärungen ohne schuldhaftes Zögern setzt.⁴⁶⁸ Gegenwärtig aber steht § 323 Abs. 4 BGB zunächst im Widerspruch zur Kernaussage der §§ 281, 323 BGB, die besagt, dass dem Schuldner grundsätzlich eine angemessene Frist zu setzen ist.

Letztlich geht es bei der Fristsetzung darum zu erfahren, ob der Vertrag durchgeführt wird und falls dies nicht der Fall sein sollte, die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch oder Rücktritt zu schaffen. Der Gläubiger will wissen, ob der Schuldner erfüllen oder die Leistung verweigern wird. Dazu wäre auch – quasi als Minus zur Leistungsfrist – eine Aufforderung, innerhalb einer Frist die Leistungsbereitschaft zu erklären, ausreichend.⁴⁶⁹ Erklärte der Schuldner innerhalb der gesetzten Frist, dass er nicht leisten werde oder ließe er diese Frist wortlos verstreichen, läge eine Erfüllungsverweigerung vor. Sollte in einem späteren Prozess ein Gericht mit der Tatsache konfrontiert werden, dass der Schuldner auf die Erklärungsfrist nicht reagiert hat, stehen die Chancen für den Gläubiger gut, dass das Gericht dies als Indiz für eine endgültige Erfüllungsverweigerung wertet.

Für den Gläubiger stellt es jedenfalls keine besondere Hürde dar, vor Fälligkeit der Leistung den Schuldner aufzufordern tätig zu werden oder eine Erklärung abzugeben. Den Schuldner kann diese einfache Vorgehensweise aber vor großen Schwierigkeiten bewahren, die durch die Rückabwicklung des Vertrages entstehen könnten.

⁴⁶⁷ Ramming ZGS 2003, 138, 140.

⁴⁶⁸ Für eine Fristsetzung auch Otto in Staudinger § 281 Rn. B 104; Ramming ZGS 2003, 209, 210 ff. als weiterer vorzeitiger Rechtsbehelf.

⁴⁶⁹ Peters JR 1998, 186, 189 bezogen auf § 326 BGB a.F.

Sicherlich ließe sich weiterhin argumentieren, dass auch eine positive Antwort des Schuldners auf die Erklärungsfrist die Ungewissheit des Gläubigers bezüglich der Abwicklung des Vertrags nicht vollständig beseitigen könne.⁴⁷⁰ Dies aber auch nur in Fällen, in denen der Schuldner erklärt hat, er werde die Leistung erbringen und dennoch tatenlos bleibt. Sind dagegen bestimmte Vorbereitungshandlungen vorzunehmen, so können sich diese Bedenken nicht durchsetzen. Nach Ablauf der Frist ist eindeutig klar, ob der Schuldner dem Begehren des Gläubigers nachgekommen ist. Insofern lässt sich die Unsicherheit auf eine mögliche Fallkonstellation, nämlich die der Fristsetzung zur Erklärung der Leistungsbereitschaft, begrenzen. Nachteile kann der Gläubiger aber leicht vermeiden, indem er die Aufforderung, die er mit der Fristsetzung verbindet, anders formuliert und beispielsweise die Arbeitsaufnahme verlangt.

Im Übrigen ist eine Fristsetzung zur Erklärung aber auch dann von Relevanz, wenn ihr grundsätzliches Erfordernis vor Fälligkeit abgelehnt wird. Reagiert der Schuldner nicht auf die Aufforderung, kann dies nach Treu und Glauben gewürdigt werden und gegebenenfalls die Anwendung der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1, 3 BGB auslösen.⁴⁷¹

bb. CISG

Bei genauer Betrachtung des UN-Kaufrechts zeigt sich zudem, dass der Gesetzgeber bei seiner Orientierung am Vorbild des CISG nicht sorgfältig genug war. In Art. 72 Abs. 2 CISG wird der Gläubiger nämlich verpflichtet, wenn es die Zeit erlaubt und vernünftig erscheint, dem Schuldner die geplante Vertragsaufhebung anzuzeigen.⁴⁷² So erhält dieser die Chance, seiner Verpflichtung noch rechtzeitig nachzukommen oder Sicherheiten zu stellen. Dadurch wird eine gewisse Abschwächung der Gläubigerrechte erreicht. Eine derartige Vorgabe enthält das BGB gerade nicht. Durch das Erfordernis der Erklärungsfrist wurde diese Wirkung aber bisher erreicht.

cc. Solvenzbedingte Zweifel

Bestehen außerdem solvenzbedingte Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Schuldners, ist § 323 Abs. 4 BGB geeignet, wirtschaftlich angeschlagene

⁴⁷⁰ Wiedemann in Soergel § 326 a.F. Rn.

⁴⁷¹ Peters in Staudinger § 634 Rn. 46.

⁴⁷² Art. 72 Abs. 2 CISG: Wenn es die Zeit erlaubt und es nach den Umständen vernünftig ist, hat die Partei, welche die Aufhebung des Vertrages erklären will, dies der anderen Partei anzuzeigen, um ihr zu ermöglichen, für die Erfüllung ihrer Pflichten ausreichende Gewähr zu geben.

Unternehmen erst recht in Bedrängnis zu bringen. Bei einer drohenden Insolvenz könnten sich die Vertragspartner aus den Verträgen lösen und selbst dafür sorgen, dass die Nichterfüllung auch wirklich eintritt. Weiterhin steht § 323 Abs. 4 BGB im Widerspruch zum Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO und dem damit verfolgten Ziel der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzverfahren. Beruht nämlich die Offensichtlichkeit auf Umständen, die das ganze Vermögen und damit alle Gläubiger betreffen, geht es um den Interessenausgleich zwischen den einzelnen Gläubigern, der dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung folgt.⁴⁷³

Diese Problematik ergab sich nach alter Rechtslage nicht und spricht dafür, solvenzbedingte Zweifel aus dem Anwendungsbereich des § 323 Abs. 4 BGB herauszunehmen.

dd. Wahrscheinlichkeit der Schlechtleistung

Weiterhin fraglich ist es natürlich, wann der Gläubiger eine Erklärungsfrist setzen muss, wie hoch also die Wahrscheinlichkeit sein muss, dass die Leistung nicht oder nur mangelhaft erbracht werden wird.

Eindeutig ist zumindest, dass diese Prognose objektiv und ex ante zu erfolgen hat. Besondere Vorsicht des Gläubigers oder der Wunsch, sich vom Vertrag zu lösen, dürfen nicht berücksichtigt werden. In Anbetracht der schwerwiegenden Rechtsfolge des § 323 Abs. 4 BGB ist sodann ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Rücktrittsvoraussetzungen zu fordern.⁴⁷⁴ Erforderlich ist jedenfalls ein eigenes Verhalten des Schuldners, das aus seiner Sphäre stammt und die Leistung grundlos in Frage stellt.⁴⁷⁵ Es wäre dem Schuldner kaum zuzumuten, bereits vor Fälligkeit der Leistung ohne stichhaltige Begründung Fragen des Gläubigers beantworten zu müssen.

Es wird die Aufgabe der Gerichte sein, die Anforderungen an die Offensichtlichkeit für den Einzelfall zu bestimmen. Die Möglichkeit einer Fristsetzung ist dabei ein gutes Mittel, um Unsicherheiten in der Festlegung der Offensichtlichkeit zu Gunsten des Schuldners wieder auszugleichen.

Ein bereits vom Reichsgericht formulierter Gedanke ist aber auch hier zu berücksichtigen. Es hat zu Recht festgestellt, dass nicht anzunehmen sei, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung einer Vorschrift eine für den Rechtsverkehr völlig zwecklose und überflüssige Handlung gewollt haben

⁴⁷³ Mossler ZIP 2002, 1831 ff.

⁴⁷⁴ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 134.

⁴⁷⁵ Peters JR 1998, 186, 189.

sollte.⁴⁷⁶ In Anlehnung daran darf auch keine Fristsetzung vor Fälligkeit verlangt werden, wenn ihre Sinnlosigkeit bereits tatsächlich feststeht.

3. Erfordernis einer Ablehnungserklärung

Fraglich ist, ob in Anlehnung an die frühere Praxis, die Fristsetzung zur Erklärung oder Ähnlichem auch weiterhin mit einer Ablehnungserklärung verbunden werden sollte.⁴⁷⁷ Eine solche wäre zum Schutz des Schuldners nach Treu und Glauben denkbar. Es wäre insoweit ein Zugeständnis an den Schuldner, der sich der gesetzlich nicht geregelten Erklärungsfrist ausgesetzt sieht. Gegen ein solches Erfordernis spricht allerdings, dass der Gesetzgeber die Ablehnungserklärung bewusst aus dem Gesetz gestrichen hat, da ihre inhaltlichen Anforderungen für den rechtsunkundigen Gläubiger häufig zu hoch waren.⁴⁷⁸ Eine Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes ist daher nicht angebracht, da dort auch keine Rede von einer Fristsetzung vor Fälligkeit ist.

Eine interessengerechte Lösung ist, wie bei der Fristsetzung nach Fälligkeit, erforderlich. Notwendig ist eine ernsthafte Fristsetzung, die dem Schuldner verdeutlicht, dass die Nichteinhaltung Konsequenzen nach sich ziehen kann. Sie kann als Ausgleich dafür verstanden werden, dass wenn der Gläubiger schon vor Fälligkeit eine Frist setzen darf, er wenigstens auch in irgendeiner Form den Schuldner vor den Konsequenzen zu warnen hat.

So erscheint es sinnvoll, für die Fristsetzung zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme einen Hinweis für den Schuldner auf die Konsequenzen seiner Untätigkeit zu verlangen, in derselben Art, wie er auch nach Eintritt der Fälligkeit zu erfolgen hat. Als Zugeständnis an den Gläubiger und die neue Rechtslage sind weniger strenge Anforderungen als an die Ablehnungserklärung gemäß § 326 Abs. 1 BGB a.F. zu stellen. Insbesondere geht auch nicht der Erfüllungsanspruch nach erfolglosem Ablauf der Erklärungsfrist verloren.

4. Ergebnis

§ 323 Abs. 4 BGB in seiner derzeitigen Form ist misslungen. Bestehen vor Fälligkeit der Leistung Zweifel an der ordnungsgemäßen Erfüllung von Leistungspflichten durch den Schuldner, so ist § 323 Abs. 4 BGB mit der zusätzlichen Voraussetzung des Setzens einer angemessenen Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft oder Aufnahme von Vorbereitungs-

⁴⁷⁶ RGZ 69, 355, 357.

⁴⁷⁷ Ramming ZGS 2003, 209, 210 f. hält dies für nicht erforderlich. Vgl. § 3 D III.

⁴⁷⁸ BT-Drucksache 14/6040 S. 139.

lungen und dem Hinweis auf die Konsequenzen bei deren Ausbleiben anzuwenden.

Solvenzbedingte Zweifel sind aus dem Anwendungsbereich des § 323 Abs. 4 BGB auszunehmen.

III. Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB auf § 281 BGB

Eine zu § 323 Abs. 4 BGB parallele Formulierung, nach der der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung bereits vor Fälligkeit der Leistung verlangen kann, ist in §§ 280 ff. BGB nicht vorhanden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes stünde der Gläubiger damit schlechter da als nach altem Recht.

Der Gläubiger, der Schadensersatz gemäß § 281 BGB begehrt, müsste zunächst die Fälligkeit der Leistung abwarten. Erst dann könnte er sein Recht geltend machen. Hätte zudem bereits vor Fälligkeit gemäß § 323 Abs. 4 BGB der Rücktritt stattgefunden, wäre ein Schadensersatz gar nicht mehr möglich, da die dafür erforderliche Fälligkeit der Leistung nicht mehr eintreten könnte (sog. Rücktrittsfalle⁴⁷⁹). Mit der Erklärung des Rücktritts wird der Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Eine fällige Leistungspflicht gibt es ab dem Zugang der Rücktrittserklärung beim Schuldner nicht mehr. Zudem wäre das Verhalten des Gläubigers widersprüchlich, hätte er einerseits den Rücktritt und damit den Verzicht auf die Leistung erklärt, setzte er dem Schuldner andererseits dennoch eine Frist zur Leistung.

Dieses Ergebnis erscheint nicht sachgerecht. Fraglich ist daher, ob dem Gläubiger entsprechend § 323 Abs. 4 BGB bei Offensichtlichkeit des Eintritts der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs vor Fälligkeit ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zustehen sollte und welche Gründe dafür oder dagegen sprechen.

1. Kodifizierung der positiven Forderungsverletzung

Das hauptsächliche Anliegen des Gesetzgebers bei der Schaffung des § 323 Abs. 4 BGB war es, die positive Forderungsverletzung ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen.⁴⁸⁰ Nach alter Rechtslage aber stand dem Gläubiger vor Fälligkeit unter Umständen auch ein Recht auf Schadensersatz zu. Insofern ist die Aufnahme in das Gesetz nur unvollständig erfolgt. Da zudem die Alternativität von Rücktritt und Schadensersatz abgeschafft wurde, ist nicht einsehbar, warum diese bei der Kodifizierung der positiven Forderungsverletzung beibehalten werden sollte. Könnte der Gläubiger vor Fäl-

⁴⁷⁹ Jaensch ZGS 2004, 134, 138; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040 S. 188.

⁴⁸⁰ BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

ligkeit nicht Schadensersatz verlangen, würde die kumulative Anwendung der beiden Rechtsbehelfe „durch die Hintertür“⁴⁸¹ wieder eingeschränkt.

Es wäre widersprüchlich Rücktritt und Schadensersatz in dieser Situation nicht anzugleichen.

2. CISG

Seit Beginn der Arbeiten an der Erneuerung des Schuldrechts wurde auf das UN-Kaufrecht verwiesen. Art. 72 CISG diene dabei als Vorbild für § 323 Abs. 4 BGB.⁴⁸² Art. 72 CISG gewährt ein Recht zur Aufhebung des Vertrages bei offensichtlichem Eintritt einer Vertragsverletzung.

Auch der generelle Aufbau des Leistungsstörungenrechts im BGB orientiert sich am CISG. Die zentrale Anknüpfung am Begriff der Pflichtverletzung in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB entspricht Artt. 45, 61 CISG. Die Wirksamkeit eines Vertrages trotz anfänglicher Unmöglichkeit in § 311 a Abs. 1 BGB entspricht Artt. 45 ff., 61 ff CISG. Das verschuldensunabhängige Rücktrittsrecht aus § 323 Abs. 1 BGB entspricht Artt. 49, 64 CISG. Die Kombination von Rücktritt und Schadensersatz gemäß § 325 BGB hat ihr Vorbild in Artt. 45, 61, 74 ff. CISG.

Die inkonsequente Einführung der Rechte des Gläubigers vor Fälligkeit in das BGB widerspricht daher der Intention des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik.

3. Unterschiede zwischen Schadensersatz und Rücktritt

Möglicherweise sprechen aber Gründe gegen die Synchronisierung von Schadensersatz und Rücktritt vor Fälligkeit, die sich aus den spezifischen Unterschieden zwischen den beiden Rechtsbehelfen ergeben. In Betracht zu ziehen wäre der Umfang dessen, was dem Gläubiger je nach gewähltem Anspruch zusteht.

Für den Rücktritt lässt sich diese Frage leicht beantworten. Der Schuldner hat das bisher Empfangene herauszugeben. Die Fälligkeit hat in diesem Zusammenhang keinen Einfluss. Beim Schadensersatz ist es dagegen komplizierter. Es stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Schaden zu berechnen ist. In Betracht kommt die Fälligkeit der Leistung als maßgeblicher Zeitpunkt. Verlangt der Gläubiger aber bereits davor Schadensersatz, so wäre der Schaden hypothetisch für den Moment der Fälligkeit zu berechnen, die wegen § 281 Abs. 4 BGB gar nicht mehr eintreten kann. Insofern muss in einem solchen Fall auf den Zeitpunkt der Entstehung des An-

⁴⁸¹ Jaensch ZGS 2004, 134, 139; vgl. auch Jaensch NJW 2003, 3613 ff.

⁴⁸² BT-Drucks. 14/6040 S. 186.

spruchs abgestellt werden.⁴⁸³ Gemäß § 254 BGB ist der Gläubiger verpflichtet, den Schaden gering zu halten und kann somit nicht auf Kosten des Schuldners beim Deckungskauf spekulieren.

Es zeigt sich, dass die Unterschiede zwischen dem Schadensersatz statt der Leistung und dem Rücktritt nicht dagegen sprechen, dem Gläubiger ein Recht auf Schadensersatz zu gewähren, wenn vor Fälligkeit das Eintreten der Voraussetzungen des § 281 BGB bereits offensichtlich ist. Der Schuldner wird dabei nicht in ungerechtfertigter Weise benachteiligt.

4. Systematische Einordnung

Weitestgehend hat sich, der dargestellten Argumentation entsprechend, die Ansicht durchgesetzt, dass bei offensichtlichem Eintreten der Voraussetzungen vor Fälligkeit dem Gläubiger auch nach aktueller Rechtslage ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht.⁴⁸⁴ Das Gegenargument, dass der Gesetzgeber ein entsprechendes Recht normiert hätte, hätte er es denn dem Gläubiger zugestehen wollen,⁴⁸⁵ vermag nach den obigen Ausführungen zu § 323 Abs. 4 BGB jedenfalls nicht zu überzeugen, da es im Widerspruch zur Entstehungsgeschichte der Norm und Intention des Gesetzgebers steht.

Angebracht ist deshalb die analoge Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB auf § 281 BGB.

Zunächst müsste eine nicht beabsichtigte Regelungslücke im Gesetz vorliegen.⁴⁸⁶ Wie schon dargelegt, war es das Ziel des Gesetzgebers, Schadensersatz und Rücktritt gleichzeitig und unter den gleichen Voraussetzungen zu gewähren. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die Regelung des § 323 Abs. 4 BGB absichtlich nur für den Rücktritt geschaffen wurde, zumal nach alter Rechtslage ein Schadensersatzanspruch vor Fälligkeit allgemein anerkannt war. Das Fehlen einer § 323 Abs. 4 BGB entsprechenden Regelung für den Schadensersatz beruht dem Anschein nach auf einem Versehen. Insofern liegt eine Regelungslücke vor, die von den Schöpfern des Gesetzes nicht beabsichtigt war.

⁴⁸³ Emmerich in MünchKomm Vor § 281 Rn. 53.

⁴⁸⁴ Jaensch ZGS 2004, 134ff.; Ramming ZGS 2002, 412 ff.; Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 62; Krause Jura 2002, 299 ff.; Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 8 a; Faust in Huber/Faust Kap. 3 Rn. 138; Grüneberg in Bamberger/Roth § 281 Rn. 22; Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 20; Stadler in Jauernig § 281 Rn. 9; Otto in Staudinger § 281 Rn. B 103 f.; dagegen Lorenz/Riehm Rn. 190.

⁴⁸⁵ Lorenz/Riehm Rn. 190, ohne jedoch auf die Problematik einzugehen.

⁴⁸⁶ Zur Analogie vgl. Enneccerus-Nipperdey § 58.

Außerdem müsste beim Schadensersatzbegehren eine ähnliche Interessenslage der Beteiligten gegeben sein. Wie auch beim Rücktritt hat der Gläubiger ein dringendes Interesse daran, möglichst schnell sein Recht geltend machen zu können und nicht nur der Form wegen auf die Fälligkeit warten zu müssen. Er möchte sich anderen Geschäften und anderen Vertragspartnern zuwenden. Es ist dazu auch im Sinne des Schuldners, durch die schnelle Vornahme von Deckungsgeschäften entstehende Schäden zu minimieren oder zu verhindern.

Fraglich wäre noch, ob § 323 Abs. 4 BGB in seiner Funktion als Ausnahmevorschrift grundsätzlich überhaupt analogiefähig ist. Schließlich gibt es Tendenzen, Ausnahmevorschriften eng auszulegen und als einer analogen Anwendung nicht fähig anzusehen.⁴⁸⁷ Andererseits bedeutet das nicht, dass eine Analogie in jedem Fall ausgeschlossen ist.⁴⁸⁸ Letztlich ist eine Ausnahme immer möglich, je nach Gewicht der Argumente. Es spricht daher nach den obigen Ausführungen nichts gegen die analoge Anwendung des § 323 Abs. 4 BGB auf § 281 BGB.⁴⁸⁹ Erforderlich für ein Schadensersatzbegehren ist selbstverständlich, dass den Schuldner ein Vertretenmüssen trifft.

5. Ergebnis

§ 323 Abs. 4 BGB ist analog auf § 281 BGB anzuwenden, so dass ein Schadensersatzanspruch vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung möglich ist. Dies entspricht der Wertung des § 325 BGB, der die kumulative Anwendung von Schadensersatz und Rücktritt garantiert.

C. Entbehrlichkeit der Fristsetzung vor Fälligkeit

Wie bereits festgestellt ist auch vor dem Eintritt der Fälligkeit, anders als der Wortlaut des § 323 Abs. 4 BGB vermuten lässt, grundsätzlich eine Fristsetzung erforderlich.⁴⁹⁰ Genauso wie bei der Fristsetzung nach Fälligkeit stellt sich aber die Frage, ob diese unter bestimmten Umständen ent-

⁴⁸⁷ BGHZ 2, 244; BGHZ 4, 222; BGHZ 11, 143.

⁴⁸⁸ Larenz/Canaris S. 176.

⁴⁸⁹ So auch Jaensch ZGS 2004, 134; Grüneberg in Bamberger/Roth § 281 Rn. 22; Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 20; wohl auch Heinrichs in Palandt § 281 Rn. 8 a; Ramming ZGS 2002, 412 für Fälle der offensichtlichen Nichterbringung der Leistung bei Fälligkeit, die keine endgültige Verweigerung darstellen; weitere bei Jaensch ZGS 2004, 135 Fn. 4.

⁴⁹⁰ Vgl. § 4 B II 2.

behrlich sein kann, der Gläubiger also bereits vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit den Vertrag ohne eine Fristsetzung wieder beenden kann.

I. Anwendbarkeit des § 323 Abs. 4 BGB auf die Leistungsverweigerung vor Fälligkeit

Die ernsthafte und endgültige Verweigerung vor Fälligkeit der Leistung ist im Gesetz weiterhin nicht ausdrücklich geregelt. In diesem Zusammenhang spielt wieder § 323 Abs. 4 BGB eine Rolle, der es dem Gläubiger erlaubt, bereits vor Fälligkeit der Leistung vom Vertrag zurückzutreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Zudem gilt § 323 Abs. 4 BGB analog für den Schadensersatz gemäß § 281 BGB.

Rechtsprechung und Literatur hatten, wie bereits dargestellt, schon seit langem im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit, die überwiegend als positive Forderungsverletzung betrachtet wurde, Schadensersatz oder Rücktritt vor Fälligkeit und ohne Fristsetzung gestattet, um dem Gläubiger ein unzumutbares und nutzloses Abwarten des Fälligkeitszeitpunktes zu ersparen.⁴⁹¹ Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Gläubiger auch nach der Schuldrechtsreform diese Rechte haben muss, da eine Leistungsverweigerung vor Fälligkeit das Abwarten derselben genauso sinnlos macht wie die Fristsetzung selbst.

Fraglich ist aber die Einordnung der Leistungsverweigerung in das Gesetz, nachdem die positive Forderungsverletzung in dieses integriert wurde. Aus der Begründung zu § 323 BGB wird zumindest deutlich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 323 Abs. 4 BGB in erster Linie die endgültige Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im Sinn hatte,⁴⁹² die in den ersten Fassungen der Norm auch noch ausdrücklich erwähnt wurde. Im Anschluss daran wird daher auch häufig angenommen, § 323 Abs. 4 BGB erfasse die Leistungsverweigerung vor Fälligkeit.⁴⁹³

1. Fehlende Offensichtlichkeit

Es ist aber durchaus nicht eindeutig, dass die ernstliche und endgültige Leistungsverweigerung vor Fälligkeit tatsächlich in der Formulierung des

⁴⁹¹ Vgl. § 3 G II 1.

⁴⁹² BT-Drucksache 14/6040 S. 186.

⁴⁹³ Dauner-Lieb in AnwKom § 323 Rn. 22; Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 23; Brox/Walker § 23 Rn. 61; Schulze in Hk-BGB § 323 Rn. 12; Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 132.

§ 323 Abs. 4 BGB enthalten ist. Dem Gesetzgeber ist es nicht gelungen, durch eine eindeutige Wortwahl die nötige Klarheit zu schaffen.

Dementsprechend wird argumentiert, es sei gerade nicht offensichtlich, dass der Schuldner seine Haltung bis zum Eintritt der Fälligkeit beibehalten werde, selbst wenn er die Verweigerung zunächst ernsthaft und endgültig erklärte. Daher stelle sich eine solche Verweigerung als Verletzung einer Schutz- und Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB dar, die dem Gläubiger das Festhalten am Vertrag stets unzumutbar mache und ihn ohne weiteres nach § 324 BGB zum Rücktritt beziehungsweise nach § 282 BGB zum Schadensersatz berechtige.⁴⁹⁴

Dem ist jedenfalls teilweise beizupflichten. Der Schuldner kann seine Verweigerung zurücknehmen,⁴⁹⁵ was zur Folge hat, dass der Gläubiger seine Befugnis, vom Erfüllungsanspruch auf den Schadensersatzanspruch überzugehen, verliert. Für Außenstehende wie den Gläubiger ist dies ein Umstand, der objektiv nicht zu beurteilen ist. Bleibt der Schuldner dagegen beispielsweise einfach untätig, so wird der Eintritt der Voraussetzungen des Schadensersatzes oder Rücktritts irgendwann tatsächlich offensichtlich, so dass § 323 Abs. 4 BGB anwendbar ist. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit wird somit vom Wortlaut des § 323 Abs. 4 BGB nicht erfasst, da kein Fall der Offensichtlichkeit in Bezug auf den Zeitpunkt der Fälligkeit vorliegt.

2. Rechtliche Einordnung

Ob aber dieses Verhalten des Schuldners tatsächlich ohne weiteres die Verletzung einer Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB darstellt, ist eine weitere Frage, die sich anschließend unabhängig von der fehlenden Offensichtlichkeit stellt. Fraglich ist, wie die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit rechtlich einzuordnen ist.

Bezüglich der verschiedenen, sich aus einem Schuldverhältnis ergebenden Pflichten, kursieren unterschiedliche Begrifflichkeiten.⁴⁹⁶ Grundsätzlich hat sich die folgende Unterscheidung entwickelt.

Die Leistungspflichten unterteilen sich in Hauptleistungspflichten oder auch primäre Leistungspflichten, deretwegen der Vertrag geschlossen wurde, und Nebenleistungspflichten, die nicht im Synallagma stehen und der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung dienen und

⁴⁹⁴ Ramming ZGS 2002, 412, 415 f.

⁴⁹⁵ Huber Bd. II S. 636 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. nur Larenz § 2 I.

ebenfalls selbstständig einklagbar sind.⁴⁹⁷ Nebenleistungspflichten ergeben sich zum Teil direkt aus dem Gesetz, vgl. §§ 402, 433 Abs. 2, 541, 666 BGB. Sie können aber auch vertraglich vereinbart werden oder sich aus einer Interessenanalyse ergeben.⁴⁹⁸

Weiterhin gibt es sekundäre Leistungspflichten, die eventuell auftretende Schadensersatzpflichten oder Rückabwicklungspflichten beinhalten.⁴⁹⁹

Daneben gibt es Pflichten zur Rücksichtnahme gemäß § 241 Abs. 2 BGB. Diese sind grundsätzlich zu wahren und nicht einklagbar. Die Bezeichnungen sind in dieser Hinsicht ebenfalls unterschiedlich und es haben sich verschiedene Bereiche der zu § 241 Abs. 2 BGB gehörigen Pflichten entwickelt. Teilweise ist die Rede von Schutzpflichten,⁵⁰⁰ teilweise wird die Bezeichnung Leistungstreuepflicht⁵⁰¹ verwendet und an anderer Stelle werden weitere Verhaltenspflichten⁵⁰² angenommen.

Für die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit hat sich keine einheitliche Bezeichnung durchsetzen können. Überwiegend ist die Rede von einer Verletzung der so genannten Leistungstreuepflicht,⁵⁰³ andere Benennungen sind aber nicht unüblich.⁵⁰⁴ Jedenfalls wird die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit nicht als eine Verletzung einer Nebenleistungspflicht eingeordnet. Nach alter Rechtslage machten die verschiedenen Bezeichnungen im Ergebnis keinen Unterschied, da sich der Anspruch unbestritten aus einer positiven Forderungsverletzung mit den Rechtsfolgen des § 326 Abs. 1 BGB a.F. ergab. Schließlich lag weder Verzug noch Unmöglichkeit vor.

Nach der Erneuerung des Schuldrechts kommen Ansprüche aus §§ 282, 324 BGB sowie aus §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 323 Abs. 4 BGB (analog) in Frage. Dazu haben sich verschiedene Begründungen entwickelt.

Bereits die Verletzung der Hauptleistungspflicht anzunehmen ist jedenfalls nicht überzeugend. Schließlich müsste der Schuldner dann eine Pflicht

⁴⁹⁷ Heinrichs in Palandt § 241 Rn. 5.

⁴⁹⁸ Kramer in MünchKomm § 241 Rn. 17.

⁴⁹⁹ Gernhuber S. 20.

⁵⁰⁰ Brox/Walker Rn. 11.

⁵⁰¹ BGH NJW 1978, 260.

⁵⁰² Larenz § 2 I.

⁵⁰³ BGH NJW 1978, 260; Heinrichs in Palandt § 242 Rn. 30; Gernhuber S. 21; Emmerich in MünchKomm Vor § 275 a.F. Rn. 242; Dauner-Lieb in AnwKom § 242 Rn. 15, § 281 Rn. 20; Grüneberg in Bamberger/Roth § 241 Rn. 51.

⁵⁰⁴ Huber Bd. II S. 579: Verletzt ist die Pflicht, deren Erfüllung verweigert wird; Larenz § 24 I S. 365 Fn. 8: Sonderfall der positiven Vertragsverletzung.

verletzen, die er noch gar nicht befolgen muss. Gerade deshalb wurde nach dem BGB alter Fassung auch in diesem Fall die positive Forderungsverletzung herangezogen. Dennoch wird – quasi antizipiert – von einer Leistungspflichtverletzung gesprochen, um § 281 BGB anwenden zu können.⁵⁰⁵

Ein weiterer Ansatzpunkt ist die analoge Anwendung der §§ 281, 323 BGB im Falle der Leistungsverweigerung vor Fälligkeit,⁵⁰⁶ aber auch die analoge Anwendung von § 323 Abs. 4 BGB für den Fall des Schadensersatzes.⁵⁰⁷

Andererseits werden aber auch die §§ 282, 324 BGB herangezogen, da der Schuldner vor Fälligkeit schließlich noch gar nicht leisten müsse, so dass ein Verstoß gegen die Pflicht, keine Zweifel an der Vertragstreue aufkommen zu lassen, vorliege.⁵⁰⁸ Eine solche Verweigerung soll als Verletzung einer Schutz- und Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB zu verstehen sein, die dem Gläubiger das Festhalten am Vertrag stets unzumutbar macht und daher ohne weiteres zum Rücktritt beziehungsweise Schadensersatz berechtigt. Die konstruierte Antizipation von Leistungspflichten wird dadurch umgangen. Dieser Ansicht ist zugute zu halten, dass es schwierig ist, bereits vor Fälligkeit von der Verletzung einer Leistungspflicht zu sprechen.

Die eindeutige Einordnung als Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht vermag aber auch nicht voll zu überzeugen, da die Leistungsverweigerung doch in einem nicht zu leugnenden direkten Zusammenhang mit der primären Leistungspflicht steht und dadurch leistungsbezogen ist.

Die Abgrenzungsprobleme und die ungenaue Arbeit des Gesetzgebers treten an diesem Punkt deutlich zu Tage. Da die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit nicht als die Verletzung einer Hauptleistungspflicht bezeichnet werden kann, aber dennoch ein unmittelbarer Bezug zu dieser besteht, fällt die Einordnung schwer. Entscheidende Bedeutung kommt aber gerade dem

⁵⁰⁵ Faust in Huber/Faust 3. Kap. Rn. 152.

⁵⁰⁶ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 62, der aber auch die Anwendung des § 282 BGB für möglich hält, sich insofern nicht auf eine bestimmte Pflichtverletzung festlegt; Otto in Staudinger § 281 Rn. A 29, der in Staudinger § 323 Rn. A 27 für den Rücktritt § 323 Abs. 4 BGB annimmt.

⁵⁰⁷ Dauner-Lieb in AnwKom § 281 Rn. 20, für den Rücktritt soll auch hier § 323 Abs. 4 BGB direkt anzuwenden sein.

⁵⁰⁸ Ramming ZGS 2002, 412, 415 f.; Mayerhöfer MDR 2002, 549, 553; Lorenz/Riehm Rn. 361; Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 62 sieht dies auch als eine Möglichkeit.

Leistungsbezug zu.⁵⁰⁹ Nach alter Rechtslage war dieser nämlich auch der Grund, warum dem Gläubiger Rechte gewährt wurden (Schadensersatz oder Rücktritt), die eigentlich nur bei der Verletzung synallagmatischer Pflichten entstanden.⁵¹⁰ Wenn der Gesetzgeber in § 323 Abs. 4 BGB vom Eintritt der Voraussetzungen des Rücktritts spricht, dann verlangt er gerade diesen Zusammenhang von Pflichtverletzung und Rücktrittsvoraussetzungen (und auf die Art der Pflichtverletzung kommt es letztlich gar nicht an). Der Akzent liegt auf der Leistungsbezogenheit der Pflichtverletzung, für die § 323 BGB näher liegt als § 324 BGB.⁵¹¹ Nur ist die Leistungsverweigerung vor Fälligkeit nicht als eine solche zu verstehen, die die Voraussetzungen des Rücktritts auch tatsächlich eintreten lassen muss. Es fehlt die Offensichtlichkeit. Um aber dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen und eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, sollte die Leistungsverweigerung vor Fälligkeit als ein Fall der Leistungsstörung verstanden werden, auf den § 323 Abs. 4 BGB analog⁵¹² anzuwenden ist. Auf diese Weise wird auch die Verwandtschaft mit der Leistungsverweigerung nach Fälligkeit berücksichtigt.

Denkbar ist natürlich auch die Anwendung der §§ 282, 324 BGB, da eine Leistungsverweigerung regelmäßig zur Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für den Gläubiger führen wird und auch die Rechtsfolgen identisch sind. §§ 282, 324 BGB sollten aber auf solche Pflichtverletzungen beschränkt bleiben, die keinen direkten Einfluss auf die Hauptleistung haben.

Der Gesetzgeber hätte bei der Arbeit am Schuldrechtsmodernisierungsgesetz die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung nicht aus dem Wortlaut des § 323 Abs. 4 BGB herausnehmen dürfen. An einer Begründung für diese Vorgehensweise fehlt es. Vermutlich hat dies wieder mit der Vorbildfunktion des CISG zu tun. Dort wird in Art. 72 Abs. 3 CISG die Erfüllungsverweigerung ausdrücklich in die Vorschrift aufgenommen. Dadurch wird deutlich, dass neben der Offensichtlichkeit auch die Verweigerung vor Fälligkeit dem Gläubiger das Recht zur Aufhebung des Vertrages gibt. Der Gedanke, die Erfüllungsverweigerung werde von der generalklauselartigen Offensichtlichkeit erfasst, liegt daher nahe.

⁵⁰⁹ Grüneberg in Bamberger/Roth § 241 Rn. 46: Die Leistungstreupflicht dient als leistungssichernde Nebenpflicht der Sicherung der Hauptpflicht.

⁵¹⁰ Gernhuber S. 21.

⁵¹¹ Otto in Staudinger § 323 Rn. B 85.

⁵¹² Im Falle des § 281 BGB doppelt analog.

II. Relatives Fixgeschäft

Wurde für die Erbringung der Leistung ein relatives Fixgeschäft im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbart und wird vor dem Eintritt der Fälligkeit offensichtlich, dass dieser Termin vom Schuldner nicht eingehalten werden wird, kann der Gläubiger, ohne eine Erklärungsfrist gesetzt zu haben, seine Sekundärrechte geltend machen.

III. Interessewegfall

Ebenso ist die Lage zu beurteilen, wenn nicht nur die Voraussetzungen von Schadensersatz und Rücktritt offensichtlich eintreten werden, sondern auch ein Interessewegfall des Gläubigers gemäß §§ 281 Abs. 2 2. Alt., 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB offensichtlich ist.

Es muss aber insbesondere bei dem stark von der Auslegung des Einzelfalls abhängigen Begriff des Interessewegfalls das grundsätzliche Erfordernis einer Fristsetzung berücksichtigt werden. Gerade wegen der noch nicht eingetretenen Fälligkeit hat der Schuldner im Grundsatz zunächst ein Recht darauf, eine Frist gesetzt zu bekommen. Schwierigkeiten können hier Fälle auslösen, die sich am einfachsten unter dem Begriff der Unzuverlässigkeit zusammenfassen lassen. Die Unzuverlässigkeit des Schuldners führt in der Regel zu einem Wegfall des Interesses des Gläubigers an der Durchführung des Vertrags und macht eine Fristsetzung entbehrlich.⁵¹³ Es ist darauf zu achten, dass keine Aufweichung der Notwendigkeit einer Fristsetzung erfolgt.

Der BGH hat dazu festgestellt, dass wenn klar sei, dass der Schuldner eine Vertragsfrist oder einen vertraglich vereinbarten Termin aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten werde und wenn diese Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht sei, eine Fortsetzung des Vertrags für den Gläubiger in diesem Sinn nicht zumutbar sein könne.⁵¹⁴ Es ging dabei um die Lieferung von Werkzeugen zu einem Zeitpunkt, der nach Ansicht des Gläubigers nicht eingehalten werden würde. Der Gläubiger wollte die Gegenstände sodann an einen weiteren Abnehmer liefern, mit dem ebenso Termine vereinbart waren. Da der Fall noch nach dem BGB alter Fassung zu lösen war, nahm der BGH einen Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung ohne die Notwendigkeit einer Fristsetzung an.

Die Situation ist durchaus vergleichbar mit dem Ausbleiben von Saisonartikeln, das gemäß § 326 Abs. 2 BGB a.F. ebenfalls die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Folge hatte, nur dass dort bereits die Fälligkeit eingetreten

⁵¹³ Vgl. § 3 G IV 2.

⁵¹⁴ BGH NJW 2003, 1600, 1601.

war.⁵¹⁵ Insofern ist dem BGH bei der Betrachtung dieses Falls zuzustimmen, der nach geänderter Rechtslage gemäß §§ 281, 323 Abs. 4 BGB analog zu beurteilen wäre.

Es ist aber eine strenge Einschätzung der Umstände erforderlich. Erst wenn das Vertrauensverhältnis unwiederbringlich zerstört oder das Interesse an der Leistung entfallen ist, sollte auf die Nachfrist verzichtet werden.⁵¹⁶ Ein leichtfertiges Aufgeben dieser Voraussetzung ist nicht angebracht.

VI. Ergebnis

Verweigert der Schuldner bereits vor Fälligkeit die Leistung ernstlich und endgültig, so ist eine Fristsetzung entbehrlich. Der Eintritt der Voraussetzungen von Schadensersatz und Rücktritt wird durch die Verweigerung aber nicht offensichtlich im Sinne des § 323 Abs. 4 BGB. Es handelt sich um die Verletzung einer Pflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB, die, wegen ihrer Leistungsbezogenheit und Verwandtschaft mit der Verweigerung nach Fälligkeit, gemäß § 323 Abs. 4 BGB analog, ohne die sonst erforderliche Offensichtlichkeit, zu beurteilen ist.

Ferner ist eine Erklärungsfrist entbehrlich, wenn ein relatives Fixgeschäft offensichtlich nicht eingehalten werden wird oder offensichtlich besondere Umstände im Sinne der §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei Fälligkeit vorliegen werden. An das Vorliegen der Voraussetzungen sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Fristsetzung darf nicht voreilig für entbehrlich gehalten werden.

Es wäre ratsam für den Zeitraum vor Fälligkeit ein generelles Erfordernis einer Fristsetzung zur Erklärung oder Arbeitsaufnahme zu begründen und entsprechend § 323 Abs. 2 BGB Entbehrlichkeitsgründe zu formulieren.

D. Angemessenheit der Fristsetzung vor Fälligkeit

I. Frist zur Leistung

Ist der Eintritt der Voraussetzungen für Rücktritt und Schadensersatz bereits vor Fälligkeit offensichtlich, kann der Gläubiger sofort eine Frist zur Leistung setzen, die ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit zu laufen beginnt. Bezüglich der Angemessenheit dieser Frist gelten die gleichen Grundsätze wie zur Angemessenheit der Frist zur Leistung nach Fälligkeit.⁵¹⁷

⁵¹⁵ Vgl. § 3 G IV 2 a.

⁵¹⁶ Otto in Staudinger § 281 Rn. B 104.

⁵¹⁷ Vgl. § 3 H.

II. Frist zur Erklärung

Wird dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, dem Schuldner eine Frist zur Abgabe einer Erklärung, Vornahme bestimmter Handlungen oder ähnlichem, das nicht die eigentliche Leistung bedeutet, zu setzen, so stellt sich auch hier die Frage nach der Angemessenheit der Länge dieser Frist.⁵¹⁸

1. BGH NJW 1983, 989

Nachdem die erforderlichen Genehmigungen für einen Hausbau vorlagen, wollten die Kläger wissen, wann mit dem Bau begonnen und wann er fertig gestellt werde. Die Beklagte gab darauf keine verbindliche Antwort ab. Daher setzten die Kläger der Beklagten zunächst eine Frist von 26 Tagen, binnen derer verbindliche Zeitpunkte für den Beginn und die Beendigung des Baus zu nennen waren und die Einhaltung der Termine durch Vorlage entsprechender Vereinbarungen beziehungsweise Bestätigungen von Subunternehmern glaubhaft zu machen war und verbanden diese mit einer Ablehnungsandrohung. Nachdem diese Frist ergebnislos verstrichen war, setzten die Beklagten eine weitere Frist von 10 Tagen zur Bestätigung, dass das Bauvorhaben zum vereinbarten Preis durchgeführt würde, der Name des Bauunternehmers mitgeteilt würde und der Bau „bis zum Herbst“ abgeschlossen werde.

Das Vorgehen der Kläger richtete sich zwar nach § 5 Nr. 4 VOB/B, der aber wie auch § 326 BGB a.F. eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zur Vertragserfüllung vorsah. Das Gericht nahm aber bei der erweiterten Auslegung der VOB/B ausdrücklich Bezug auf die Vorgehensweise nach § 326 BGB a.F. Die Kläger durften den gewählten Weg ausnahmsweise einschlagen, um Gewissheit über die Leistungsbereitschaft der Beklagten zu erlangen. Eine mögliche Unangemessenheit der Fristlänge wurde nicht in Erwägung gezogen.

2. OLG Hamm NJW-RR 1995, 1519

Die Kläger kauften von der Beklagten für 90 000 DM einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, auf dem ein Einfamilienhaus gebaut werden sollte. Den Auftrag zum Hausbau erteilten die Kläger der X-GmbH. Kauf- und Werkvertrag bildeten eine rechtliche Einheit. Nachdem die X-GmbH untätig geblieben war, forderten die Kläger diese zur Aufnahme der Bauarbeiten, zur Vorlage von zuvor vereinbarten Ausführungszeichnungen und zu dem Nachweis, den Bau innerhalb von sechs Monaten zu Ende führen zu können, auf. Dafür setzten sie eine Frist von zwei Wochen. Nach Ablauf der

⁵¹⁸ Vgl. auch die Fälle in § 4 B I.

Frist traten die Kläger von beiden Verträgen zurück. Das OLG sah die Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. in entsprechender Anwendung als gegeben an und erklärte die Erfüllungspflichten aus dem Vertrag für erloschen. Die Angemessenheit der Frist wurde nicht bezweifelt.

3. Ergebnis

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die Frist lediglich für die Erklärung angemessen sein muss, nicht aber für die Leistung, und sie vor Fälligkeit der Leistung enden kann.⁵¹⁹ Weiterhin sind die bei der Fristsetzung zur Leistung geltenden Maßstäbe entsprechend anzuwenden. So ist der Schuldner verpflichtet, alles dafür zu tun, die geforderte Erklärung zu erbringen. Der Gläubiger kann die Frist knapp bemessen.⁵²⁰ So mag im Einzelfall, wenn es beispielsweise nur um die Beantwortung einer Frage geht, sogar eine sofortige Antwort gefordert werden. In der Regel dürfte es ausreichen, dem Schuldner eine Bedenkzeit von wenigen Tagen zu gewähren. Dies sollte ihm genügend Zeit geben, seine Entscheidung zu bedenken und gegebenenfalls Planungen oder Berechnungen anzustellen, zumal vorauszusetzen ist, dass er bereits damit begonnen hat, die eigentliche Leistung zu erbringen. Die in den genannten Fällen gesetzten Fristen sind demnach sehr großzügig bemessen.

Für Tätigkeiten wie die Arbeitsaufnahme, das Versprechen bestimmte Termine einzuhalten oder bestimmte Subunternehmer zu präsentieren kann wiederum auch nur eine genaue Betrachtung der Umstände im Einzelfall zu einer Beurteilung der Angemessenheit der Fristlänge führen. Ebenso muss hier gelten, dass eine zu kurze Frist automatisch eine angemessene auslöst.

⁵¹⁹ Huber Bd. II S. 602.

⁵²⁰ Peters JR 1998, 186, 190.

§ 5 Ausübung des Wahlrechts

A. Ausgangslage

Ist die Frist zur Leistung, Nacherfüllung oder Erklärung ergebnislos verstrichen, kann der Gläubiger je nach Lage des Falls und persönlicher Situation Schadensersatz statt der Leistung verlangen, vom Vertrag zurücktreten, Minderung verlangen, den Mangel selbst beseitigen oder aber weiterhin die Erfüllung des Vertrages fordern. Anders als in § 326 Abs. 1 S. 2 2. HS BGB a.F. führt der Ablauf der Frist, bedingt durch das Fehlen einer Ablehnungserklärung, noch nicht zum Wegfall des Erfüllungsanspruchs. Nach altem Recht musste sich der Gläubiger insofern bereits bei der Fristsetzung gegen die Erfüllung entschieden haben.

Im Gegensatz dazu entsteht nun eine Schwebelage.⁵²¹ Der Schuldner weiß nicht, ob er gegebenenfalls weiter an der Leistung arbeiten oder sich auf ein Schadensersatz- oder Rücktrittsverlangen einstellen soll. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers erlischt erst mit der Schadensersatzforderung, § 281 Abs. 4 BGB, oder der gestaltenden Wirkung der Rücktrittserklärung gemäß § 349 BGB, die das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.⁵²²

Das Handelsgesetzbuch vermeidet solche Situationen, sofern ein Fixhandelskauf vorliegt, indem es in § 376 Abs. 1 S. 2 HGB festlegt, dass Erfüllung nur verlangt werden kann, wenn dies dem Schuldner sofort nach Ablauf der Frist angezeigt wird. Im BGB alter Fassung konnte der Schuldner gemäß § 355 BGB a.F., der wegen § 327 S. 1 BGB a.F. auch für gesetzliche Rücktrittsrechte galt, dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts setzen, das bei Versäumung erlosch. Und auch beim Schadensersatz fand § 355 BGB a.F. gemäß §§ 280 Abs. 2 S. 2, 286 Abs. 2 S. 2 BGB a.F. zum Teil entsprechende Anwendung. Im Kaufrecht galt, dass der Verkäufer bei Mängeln der Kaufsache dem Käufer gemäß § 466 S. 1 BGB a.F. eine Frist setzen konnte, binnen derer der Käufer sich für oder gegen die Wandlung zu entscheiden hatte. Eine Ablehnung hatte zur Folge, dass nur noch eine Minderung möglich war.

In ihrem Vorschlag für das BGB hatte die Schuldrechtskommission in §§ 283 Abs. 4, 323 Abs. 5 BGB-KE dem Schuldner die Möglichkeit einge-

⁵²¹ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 45.

⁵²² BT-Drucksache 14/6040 S. 185.

räumt, dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung des Wahlrechts zu setzen. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist konnte der Gläubiger seine Sekundärrechte zunächst nicht mehr geltend machen, sondern musste dem Schuldner zuvor eine erneute Frist zur Leistung setzen.⁵²³ Der Gesetzgeber hat diesen Vorschlag allerdings nicht aufgegriffen, da es nicht dazu kommen sollte, dass der vertragsbrüchige Schuldner dem Gläubiger eine ungünstige Entscheidung aufzwingen könnte. Die vorgeschlagene wechselseitige Fristsetzung wurde mit der wenig aufschlussreichen Begründung, sie sei zu kompliziert und daher kaum handhabbar, abgelehnt.⁵²⁴

Zu Gunsten des Schuldners wurde lediglich in § 281 Abs. 4 BGB festgehalten, dass der Anspruch auf die Leistung im Moment des Verlangens nach Schadensersatz ausgeschlossen ist.⁵²⁵ Für den Rücktritt gilt, dass Erfüllungsanspruch und Rücktrittsrecht nebeneinander stehen, bis der Gläubiger gemäß § 349 BGB den Rücktritt erklärt hat.⁵²⁶ Diese Art der Regelung führt zwar dazu, dass, sobald Schadensersatz verlangt oder der Rücktritt erklärt wird, der Schuldner weiß, dass er die ursprüngliche Leistung nicht mehr erbringen muss. Auf davor bestehende Unsicherheiten im Zeitraum zwischen erfolglosem Ablauf der Frist und der Geltendmachung der Rechte durch den Gläubiger hat dies aber keinen Einfluss. Setzt beispielsweise der Gläubiger eine Frist für den Bau eines Hauses und hält der Schuldner diese Frist nicht ein, so muss er möglicherweise noch wochen- oder monatelang an der Fertigstellung arbeiten, um, falls verlangt, erfüllen zu können, nur um sich dann letztlich aber dem Rücktritts- oder Schadensersatzbegehren des Gläubigers ausgesetzt zu sehen.

Lediglich im Rahmen des vertraglich vereinbarten Rücktritts hat der Schuldner gemäß § 350 BGB das Recht, dem Gläubiger eine angemessene Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts zu setzen, das bei Nichteinhaltung erlischt. Für gesetzliche Rücktrittsrechte und den Schadensersatz statt der Leistung insgesamt fehlt eine entsprechende Regelung.

Im Falle einer Fristsetzung zur Arbeitsaufnahme vor Fälligkeit sind Konstellationen denkbar, in denen der Besteller eines Bauwerks dem Unterneh-

⁵²³ Bei genauer Betrachtung wird an dieser Stelle eine Nachlässigkeit in den Arbeiten an dem Gesetz deutlich. Während im Textteil des BGB-DiskE auf S. 401 § 323 Abs. 5 BGB-DiskE, der § 323 Abs. 5 BGB-KE entsprach, erläutert wurde, ist dieser Abs. 5 im Paragraphenteil auf S. 39 des BGB-DiskE nicht abgedruckt worden. Die Verfasser des BGB-KF schließen auf S. 31 des BGB-KF daraus, dass eine entsprechende Regelung im BGB-DiskE fehle. Es stellt sich die Frage, ob der Textteil des BGB-DiskE von den für das BGB-KF Verantwortlichen überhaupt gelesen wurde.

⁵²⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 141.

⁵²⁵ BT-Drucks. 14/6040 S. 140 f.

⁵²⁶ Heinrichs in Palandt § 323 Rn. 33.

mer berechtigterweise eine Frist setzt, der Unternehmer aber erst nach Ablauf der Frist mit der Arbeit beginnt und der Besteller in der Folgezeit schweigt. Bis zur Fälligkeit der Leistung verbleibt aber noch ein langer Zeitraum. Für den Unternehmer entstünde eine schwer erträgliche Ungewissheit, besteht doch auch hier die Möglichkeit, dass er monatelang umsonst arbeitet, da der Besteller sich letztlich doch entschließt zurückzutreten.

Die Ausgestaltung der gesetzlichen Sekundärrechte kann somit zu einer äußerst misslichen Lage für den Schuldner führen. Weitaus drastischere Szenarien als im obigen Beispiel sind leicht denkbar. Bei großen Aufträgen können so Kosten von beträchtlichem Ausmaß entstehen und Arbeitsplätze in großer Zahl gefährdet werden.

Im Vergleich zum BGB alter Fassung hat sich die Situation des Schuldners somit in mehrfacher Hinsicht verschlechtert. Nicht nur sieht er sich nach Fristablauf sowohl dem Primäranspruch als auch Sekundäransprüchen ausgesetzt, er hat auch kein offensichtliches Mittel, um den Gläubiger zur zeitigen Ausübung zu bewegen. Dabei spielt es keine Rolle, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Der Gläubiger erhält eine Machtposition, die es ihm erlaubt, den Schuldner „erbarmungslos hängen zu lassen“⁵²⁷ und zu dessen Lasten zu spekulieren.⁵²⁸

Die Argumentation des Gesetzgebers bezüglich der Regelung lautet, dass es immerhin der Schuldner sei, der vertragsbrüchig geworden sei und der regelmäßig auch eine Erfüllungsfrist habe verstreichen lassen. Deshalb sei ihm eine gewisse Unsicherheit zuzumuten.⁵²⁹ Beachtlich an diesem Standpunkt ist, dass nur vom Vertragsbruch und nicht vom Verschulden die Rede ist.

Diese „gewisse Unsicherheit“ stellt sich aber bei genauerem Hinsehen als starke Verlagerung der Machtverhältnisse zugunsten der Interessen des Gläubigers dar. Bei Berücksichtigung der möglichen Konsequenzen der Schwebelage nicht nur für den Schuldner, sondern auch für seine Arbeitnehmer und Vertragspartner, und damit für völlig Unbeteiligte, ist eine derartige Ausgestaltung des Rechts, selbst bei einem Verschulden, nicht akzeptabel. Von einer Wahrung der Verhältnismäßigkeit kann nicht gespro-

⁵²⁷ Marotzke KTS 2002, 1, 35.

⁵²⁸ Dass dies nicht sein dürfe wurde schon vor über einhundert Jahren erkannt, vgl. Mugdan II S. 1240.

⁵²⁹ BT-Drucks. 14/6040 S. 185.

chen werden. Den Schuldner, auch wenn Versäumnisse auf seiner Seite vorliegen, der Willkür des Gläubigers auszusetzen ist nicht Sinn eines Anspruchs auf Schadensersatz oder Rücktritt. Der Gläubiger soll den durch die Nichtleistung entstandenen Schaden ersetzt bekommen beziehungsweise durch die Rückabwicklung des Vertrages so gestellt werden, als wäre dieser nicht geschlossen worden. Er soll aber nicht in die Lage versetzt werden, unangemessen viel Zeit verstreichen zu lassen, um herauszufinden, wie er seinen Gewinn in der Sache auf Kosten des Schuldners und anderer optimieren kann. Sicherlich muss der Gläubiger die für ihn günstigste Art der Abwicklung des Falls wählen können, aber eben nicht zeitlich unbegrenzt zu Lasten des Schuldners.

Diese Unausgewogenheit des Rechts hat nach der Neufassung des BGB zwangsläufig zu Kritik geführt.⁵³⁰

B. Lösungsmöglichkeiten

Fraglich ist, welche Möglichkeiten der Schuldner hat, den Gläubiger zur Ausübung seines Wahlrechts zu bewegen.

I. Analogie

In Betracht kommt zunächst eine analoge Anwendung von § 350 BGB oder § 264 Abs. 2 BGB. Nach § 264 Abs. 2 BGB hat der Schuldner einer Wahlschuld die Möglichkeit, dem Gläubiger eine Frist zur Ausübung seines Wahlrechts zu setzen. Mit erfolglosem Ablauf der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über. Es wird vertreten, § 264 Abs. 2 BGB sei auf das Verhältnis von Erfüllung und Schadensersatz direkt sowie auf das Verhältnis von Erfüllung und Rücktritt analog anwendbar.⁵³¹

Dieses Vorgehen führt aber nicht zu einem befriedigenden Ergebnis. Schon die Anwendbarkeit des § 264 Abs. 2 BGB auf das Verhältnis von Erfüllungsanspruch und Schadensersatzanspruch ist abzulehnen, da der Gläubiger zwar die Wahl hat, es sich aber nicht um ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB handelt.⁵³² Konsequenz wäre zudem, dass gemäß § 264 Abs. 2 BGB nach Ablauf der Frist der Schuldner die Wahl zwischen den verschiedenen Rechtsbehelfen erhalten würde. Es soll zwar

⁵³⁰ Marotzke KTS 2002, 1, 35 ff.: „bürgerlichrechtlich höchst fragwürdig“, im Insolvenzverfahren „völlig inakzeptabel“; Hager in AnwKomm § 350 Rn. 1: „rechtspolitisch wenig überzeugend“; Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 147: „eine der gravierenden Schwachstellen“; vgl. auch Kaiser JZ 2001, 1057, 1069 f.

⁵³¹ Schwab JR 2003, 133, 134 ff.

⁵³² Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 69 ff.

erreicht werden, dass der Gläubiger irgendwann sein Wahlrecht auch ausübt. Dass aber bei Untätigkeit dieses auf den Schuldner übergeht, ist nicht hinzunehmen, da die bisherige Störung der Vertragsabwicklung aus dessen Sphäre stammt und er nicht in die Lage versetzt werden soll, den für ihn passenden Rechtsbehelf auszuwählen.

Außerdem wird der Vorschlag gemacht, § 314 Abs. 3 BGB auf Schadensersatz und Rücktritt anzuwenden, da der außerordentlichen Beendigung von Verträgen ein einheitlicher Tatbestand zugrunde liege.⁵³³

Gegen eine analoge Anwendung von Vorschriften spricht aber eindeutig das Fehlen der erforderlichen „planwidrigen Unvollständigkeit“ des Gesetzes. Es war der erklärte gesetzgeberische „Plan“, dem Schuldner keine andere Möglichkeit als die des § 350 BGB zu geben, um den Gläubiger zu einer Entscheidung zu bewegen.⁵³⁴ Zweifelhaft ist auch insbesondere bei § 264 Abs. 2 BGB, ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Rücktritt und Erfüllung stellen nämlich entgegengesetzte Rechte aus einem Vertrag dar, während eine Wahlschuld eine Forderung mit alternativem Inhalt bedeutet. Insofern können die Vorschläge, §§ 264 Abs. 2, 314 Abs. 3, 350 BGB analog anzuwenden, nicht überzeugen.

II. Treu und Glauben

Angesichts der Tatsache, dass die vollständige Vernachlässigung der Schuldnerinteressen nicht hingenommen werden kann, bleibt nur ein Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB.

1. Verwirkung

Für die Ausübung der Rechte aus § 326 BGB a.F. war bereits anerkannt, dass der Gläubiger, der nach Fristablauf zu lange keinen Gebrauch von ihnen machte, diese verwirken konnte.⁵³⁵ Erforderlich war aber, dass der Schuldner sich über einen gewissen Zeitraum darauf eingerichtet hatte und darauf einrichten durfte, dass der Gläubiger sein Recht nicht mehr geltend

⁵³³ Ramming ZGS 2003, 113 ff.; Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 99; § 323 Rn. 150 bei Dauerschuldverhältnissen.

⁵³⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 140. Zu den Anforderungen an eine ungewollte Gesetzeslücke vgl. Larenz/Canaris S. 194 ff.

⁵³⁵ RGZ 60, 346; insbesondere für den Handelsverkehr: BGH NJW 1958, 1773; BGH NJW 1960, 2331.

machen würde. Dass eine Verwirkung bereits nach kurzem Zeitablauf eintrat, stellte keine allgemeine Regel dar.⁵³⁶ Es kam auf den Einzelfall an.

Die Hoffnung des Schuldners auf eine Verwirkung der Rechte des Gläubigers durch dessen Untätigkeit stellt somit eine sehr unsichere Möglichkeit dar, Klarheit über das Schicksal des Vertrags zu erlangen.⁵³⁷ Er kann sich jedenfalls nicht sicher sein, dass ein Gericht im Zweifel seinen Standpunkt vertritt und eine Verwirkung annimmt. Für den Gläubiger bestünde weiterhin die relativ sichere Möglichkeit, die Ausübung seines Wahlrechts hinauszuzögern und auf Kosten des Schuldners die Marktentwicklung abzuwarten. Der Schuldner hat aber möglicherweise bereits vor Eintritt der Verwirkung ein dringendes Bedürfnis, den Entschluss des Gläubigers zu erfahren. Insofern ist die Verwirkung als einziges Mittel, dem Gläubiger die Ausübung seiner Sekundärrechte zu verwehren, unzureichend.

2. Leistungserbringung oder Leistungsangebot

Weiterhin besteht die Möglichkeit, dass es dem Schuldner nicht gelingt, die Leistung während der Nachfrist zu erbringen, der Gläubiger nach dem Ablauf aber zunächst untätig bleibt und der Schuldner weiter an der Leistung arbeitet und diese fertig stellt. Nimmt der Gläubiger die nun erbrachte Leistung freiwillig an, so ist dies gemäß § 242 BGB als Verzicht auf seine Sekundärrechte zu werten.

Fraglich ist aber, ob eine Verpflichtung besteht, die Leistung anzunehmen und welche Wirkung dies hat. Der Gesetzgeber argumentiert, dass der Schuldner keine Möglichkeit haben solle, den Gläubiger zu einer ungünstigen Entscheidung zu zwingen, und ist dazu der Ansicht, der Schuldner könne die Schwebelage jederzeit beenden, wenn er die geschuldete Leistung nur erbringe.⁵³⁸ Diese Formulierungen sind missverständlich. Für sich betrachtet lässt die Aussage, der Schuldner könne durch Leistung die Schwebelage beenden, die Folgerung zu, der Gläubiger sei verpflichtet, die Leistung auch anzunehmen. In ihrer Gesamtheit kommen die Ausführungen des Gesetzgebers aber letztlich nur zu einem Ergebnis: Erbringt der Schuldner die Leistung nach Ablauf der Frist und ist ihm noch keine Erklärung des Gläubigers bezüglich der Wahl des Rechtsbehelfs zugegangen, so muss der

⁵³⁶ BGH NJW 2002, 669, 670.

⁵³⁷ Kaiser in Staudinger § 349 Rn. 27 ff.; § 350 Rn. 8 ist dagegen der Ansicht, die Möglichkeit, eine Ausschlussfrist zu vereinbaren, das Fristsetzungsrecht aus § 350 BGB, die Regelung des § 218 BGB und die Möglichkeit einer Verwirkung reichten aus, um den Schuldner zu schützen.

⁵³⁸ BT-Drucks. 14/6040 S. 140.

Gläubiger nun sein Wahlrecht zwischen der primären Leistung und Schadensersatz und Rücktritt ausüben. Nur so wird ihm keine ungünstige Entscheidung vom Schuldner aufgezwungen und die Schwebelage aber dennoch beendet. Ein Aufzwingen läge hingegen vor, wenn der Gläubiger die Leistung in jedem Fall annehmen müsste. Von einem Wahlrecht könnte dann keine Rede mehr sein.⁵³⁹ Ein Zwang zur Annahme hätte zur Folge, dass der Gläubiger bei einem bereits eingeleiteten Deckungsgeschäft die Leistung doppelt erhalten würde und auch doppelt entlohnen müsste.

Dennoch wird die Ansicht vertreten, der Gläubiger müsse die Leistung annehmen und verliere sein Rücktrittsrecht beziehungsweise Recht auf Schadensersatz, wenn der Schuldner die Leistung nach Ablauf der Frist erbringe und der Gläubiger sich noch nicht erklärt habe.⁵⁴⁰ Es wird argumentiert, dass der Gläubiger es selbst in der Hand habe, zunächst von seinen Sekundärrechten Gebrauch zu machen, bevor er anderweitige Dispositionen treffe, die eine Erfüllung für ihn ungünstig machen.⁵⁴¹ Unter besonderen Umständen soll der Gläubiger aber sein Wahlrecht noch ausüben können, wenn er bereits ein Deckungsgeschäft vorgenommen hat und erst nach dessen Abschluss seine Sekundärrechte ausüben will.⁵⁴²

Zwar besteht der Leistungsanspruch noch und ist somit auch erfüllbar, die Situation hat sich aber mit dem Ablauf der Frist gewandelt. Der Schuldner hat zunächst nicht geleistet oder mindestens einen vergeblichen Versuch unternommen. Er ist, und insoweit ist mit dem Gesetzgeber übereinzustimmen, seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen, so dass es nun in der Hand des Gläubigers liegen soll, ob eine Erfüllung noch stattfindet. Nach einmal versäumter Nachfrist ist es auch kein Gebot des Schuldnerschutzes, diesem weiterhin die Erfüllung zu ermöglichen und letztlich ihn, trotz seines Versäumnisses, über das Schicksal des Vertrags entscheiden zu lassen. Der Schuldner verliert seine Schutzwürdigkeit. Mit dem berechtigten Interesse des Gläubigers, über seine Rechte zu bestimmen, ist es unvereinbar, einen Zwang, die nachträgliche Leistung annehmen zu müssen, anzuerkennen. Wäre der Gläubiger verpflichtet, die Erfüllung zu akzeptieren, käme dies einem Recht zur dritten Andienung für den Schuldner gleich. Zudem soll der Schuldner während der Frist die letzte Chance zur

⁵³⁹ Tendenziell auch Marotzke KTS 2002, 1, 40 Fn. 178.

⁵⁴⁰ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 78 ff.; § 323 Rn. 165 ff.; Canaris ZRP 2001, 329, 334; Schultz in Westermann S. 50 ff.; Faust in Bamberger/Roth § 437 Rn. 51; Huber/Faust Kap. 3 Rn. 155; Stadler in Jauernig § 281 Rn. 15.

⁵⁴¹ Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 82; Schultz in Westermann S. 52.

⁵⁴² Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 83; § 323 Rn. 173.

Abwendung der mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen Nachteile erhalten.⁵⁴³ Von einer letzten Chance könnte aber keine Rede sein, wenn die Erfüllung nach Fristablauf noch möglich wäre. Weiterhin würde bei einer bestehenden Erfüllungsmöglichkeit des Schuldners die Wirkung der Fristsetzung erheblich gemindert. Es bestünde kaum ein Anreiz, fristgerecht zu leisten, wenn dies auch noch nach Ablauf der Frist möglich wäre.⁵⁴⁴

Der Zufall würde zudem ebenfalls eine Rolle spielen. Ist für die Erfüllung eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers erforderlich, so kann er statt diese zu erbringen, von seinen Sekundärrechten Gebrauch machen. Bei Leistungen, die dagegen keine Mitwirkung erfordern, könnte sich der Gläubiger nicht gegen die Erfüllung wehren.⁵⁴⁵

Der Hinweis darauf, dass der Gläubiger zunächst von seinen Sekundärrechten Gebrauch zu machen habe, bevor er anderweitige Dispositionen in die Tat umsetze, vermag nicht zu überzeugen. Es kann niemandem vorgeschrieben werden, keine Vorkehrungen für das Scheitern eines Vertrages zu treffen. Schließt der Gläubiger allerdings während des Fristverlaufs ein Deckungsgeschäft ab und erfüllt der Schuldner den Vertrag doch noch rechtzeitig, so muss der Gläubiger dieses Risiko tragen.

Umgekehrt kann es dem Gläubiger aber auch nicht zu seinem Nachteil gereichen, wenn er während des Fristverlaufs keine Vorkehrungen für den ergebnislosen Ablauf trifft. Immerhin muss er mit der Erbringung der Leistung durch den Schuldner bis zur letzten Sekunde der Frist rechnen.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich die Folgerung, dass der Gläubiger nach Verstreichen der Frist ausreichend Zeit haben muss, um die Marktlage und seine eigene wirtschaftliche Situation zu überprüfen, um sodann zu entscheiden, welcher Rechtsbehelf für ihn der günstigste ist. Während dieses Zeitraums kann bei einem Leistungsangebot des Schuldners auch kein Gläubigerverzug eintreten.⁵⁴⁶

Bezüglich einer Nachbesserung nach Ablauf der Frist im Sinne des § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B hat sich der BGH bereits dahingehend geäußert, dass keine Verpflichtung des Gläubigers bestehe, die Nachbesserung anzunehmen und ausdrücklich klar gestellt, dass dies auch nach fruchtlosem

⁵⁴³ BT-Drucks. 14/6040 S. 221.

⁵⁴⁴ Finn ZGS 2004, 32, 35.

⁵⁴⁵ Finn ZGS 2004, 32, 35.

⁵⁴⁶ Ausführlich Derleder/Hoolmans NJW 2004, 2787 ff.

Ablauf einer gemäß §§ 323 Abs. 1, 636, 637 BGB für die Nachbesserung gesetzten Frist zu gelten habe.⁵⁴⁷

Gleiches muss auch angenommen werden, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung des Vertrages oder die Nacherfüllung nach Fristablauf zunächst nur anbietet oder ankündigt, leisten zu wollen.⁵⁴⁸

Andererseits darf der Gläubiger den Schuldner aber nicht unbegrenzt darüber im Unklaren lassen, welchen Rechtsbehelf er wählen wird. Es ist daher nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zu fordern, dass der Gläubiger nach Ablauf der Frist innerhalb eines angemessenen Zeitraums sein Wahlrecht ausübt, spätestens aber sobald der Schuldner dem Gläubiger die Leistung anbietet, diese ankündigt oder den Gläubiger zu einer Erklärung auffordert.⁵⁴⁹ Hat der Gläubiger Mitwirkungshandlungen zu erbringen, so muss er diese gegen sich gelten lassen. Nimmt er sie vor, muss er auch die Leistung annehmen.

Eine andere, den Interessen gleichermaßen gerecht werdende Lösung (im Sinne des § 355 BGB a.F.), ist nicht denkbar. Nach erfolglosem Ablauf der Frist zur Auswahl des Rechtsbehelfs erlöschen die Sekundäransprüche. Der Gläubiger kann dann nur noch die Erfüllung des Vertrages verlangen.

3. Geringfügige Überschreitung der Frist

Fraglich ist, ob der soeben abgelehnte Zwang des Gläubigers zur Annahme der Leistung besteht, wenn die Fristüberschreitung lediglich sehr gering ist. Sein Wahlrecht würde dann entfallen.

Das RG und der BGH haben grundsätzlich geurteilt, dass Überschreitungen der Nachfrist nur unter ganz besonderen Voraussetzungen zugelassen werden können und im Interesse der Rechtssicherheit allergrößte Zurückhaltung zu üben sei. Sodann müsste der Gläubiger die Leistung als noch rechtzeitig bewirkt gelten lassen.⁵⁵⁰ Zusätzlich zu der Geringfügigkeit der Fristüberschreitung müssten aber ebenso die weiteren Besonderheiten eines jeden Falls berücksichtigt werden.

⁵⁴⁷ BGH NJW 2003, 1526

⁵⁴⁸ Anders Ernst in MünchKomm § 281 Rn. 86; § 323 Rn. 176, der auch hier einen Verlust der Sekundärrechte sieht, mit der Ausnahme, dass der Gläubiger nach Ablauf der Nachfrist eine kurze Überlegungsfrist haben müsse, sofern das Leistungsangebot sehr kurzfristig erfolge.

⁵⁴⁹ Otto in Staudinger § 323 Rn. D 3 hält die Untätigkeit des Gläubigers trotz Aufforderung des Schuldners für rechtsmissbräuchlich.

⁵⁵⁰ RG SeuffA 79 (1925) Nr. 91; BGH NJW 1959, 1176; BGH NJW 1974, 360; so auch Otto in Staudinger § 281 Rn. D 9 f.

Das RG befand beispielsweise nach den Umständen eine Fristüberschreitung von einem Tag als hinnehmbar.⁵⁵¹ Dem Käufer war eine Frist zur Erbringung eines Bankkreditivs gesetzt worden. Einen Tag vor Ablauf der Frist kündigte er sich für den nächsten Tag beim Verkäufer an und bot an, die Ware gegen Barzahlung abzunehmen. Das Gericht sah den Verkäufer nach Treu und Glauben verpflichtet, darauf einzugehen.

In einem weiteren Fall sollte ein Unternehmer Saisonartikel herstellen, für die ein Fixtermin vereinbart worden war.⁵⁵² Ein Teil der Ware wurde erst sechs Tage nach dem Termin fertig gestellt. Dennoch hielt der BGH die Bestellerin zur Abnahme der Ware und zum Absatz im Schlussverkauf verpflichtet. Lediglich der Mindererlös sollte in Rechnung gestellt werden.⁵⁵³

Das ist zweifelhaft, denn für den Gläubiger ist es kein tragbarer Zustand, wenn er trotz Fristablaufs damit konfrontiert wird, die Leistung dennoch annehmen zu müssen, insbesondere bei einer sechstägigen Überschreitung eines Fixtermins. Zweck gesetzlicher Regelungen ist es, Rechtsklarheit zu schaffen. Diese ist aber nicht gewährleistet, wenn unter Umständen zu spät erbrachte Leistungen dennoch als rechtzeitig anerkannt werden müssen. Sollen klare Verhältnisse geschaffen werden, so darf nach Ablauf der Nachfrist nicht mehr in Frage gestellt werden, ob die Versäumung tatsächlich die Folgen hat, die das Gesetz vorschreibt. Eine solche Vorgehensweise würde eher zu Rechtsunsicherheit führen, zumal eine Abgrenzung zwischen erheblicher und unerheblicher Fristüberschreitung nicht möglich ist. Dies mag im Einzelfall harte Konsequenzen für den Schuldner nach sich ziehen, insbesondere, wenn eine Frist lediglich um Stunden oder Minuten überschritten wird. Zu bedenken ist aber, dass der Schuldner regelmäßig nicht nur die Frist versäumt, sondern er bereits bei Fälligkeit die Leistung nicht wie vereinbart erbracht hat, er somit zwei Termine ungenutzt verstreichen hat lassen. Dadurch schränkt er seine Schutzbedürftigkeit selbst ein. Den Gläubiger zu verpflichten, sogar bei geringfügiger Überschreitung eines Fixtermins die Leistung annehmen zu müssen, würde dem Sinn und Zweck eines Fixgeschäfts widersprechen. Schließlich hat er durch den Abschluss eines solchen Vertrags doch gerade deutlich gemacht, wie wichtig die Einhaltung des Termins für ihn ist, und der Schuldner weiß dies auch. Es wurde eine klare Grenze gesetzt, deren Einhaltung auch gewährleistet sein muss.

⁵⁵¹ RG SeuffA 79 (1925) Nr. 91.

⁵⁵² BGH WM 1978, 640.

⁵⁵³ In anderen streitigen Fällen haben die obersten Gerichte eine Annahmepflicht des Gläubigers verneint: RG JW 1915, 1004; RG WarnR 1922 Nr. 9; BGH NJW 1959, 1176; BGH NJW 1974, 360.

Bei einer Leistungserbringung kurz nach Erklärung des Rücktritts oder Schadensersatzes muss das Gesagte im Übrigen erst recht gelten.

III. Ergebnis

Der Gläubiger muss nach Treu und Glauben sein Wahlrecht nach erfolglosem Fristablauf binnen einer angemessenen Frist ausüben. Insbesondere nach einer Aufforderung oder einem Leistungsangebot beziehungsweise einer Leistungsankündigung, aber auch einer tatsächlichen Leistungserbringung durch den Schuldner muss sich der Gläubiger entscheiden. Es besteht aber keine Pflicht des Gläubigers, die verspätete Leistung, Nachlieferung oder Nachbesserung anzunehmen. Insofern hat er ein Zurückweisungsrecht.

Trifft der Gläubiger keine Entscheidung, erlöschen seine Sekundäransprüche nach angemessener Frist. Eine Verpflichtung zur Annahme lediglich geringfügig verspäteter Leistungen besteht ebenfalls nicht.

Es wäre sinnvoll, wenn die Parteien diese Punkte im Voraus durch Individualvereinbarungen konkretisierten.

§ 6 Fristen und Allgemeine Geschäftsbedingungen

Es besteht für den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Möglichkeit, Aussagen bezüglich der Frist zur Leistung und Nacherfüllung zu machen. Gewichtiger Unterschied zum „Normalfall“ ist zum einen, dass die Bedingungen bereits vor der Nicht- oder Schlechtleistung und für eine Vielzahl von Fällen aufgestellt werden, und zum anderen, dass der Schuldner die für ihn geltende Fristlänge selbst festlegen kann.

Gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB finden die §§ 307 bis 309 BGB ebenso Anwendung auf vorformulierte Vertragsbedingungen in Verbraucherverträgen, wenn diese nur zum einmaligen Gebrauch bestimmt sind und der Verbraucher keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte.⁵⁵⁴ Eine Abgrenzung zwischen für den einzelnen Vertrag vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen und einem bereits vorformulierten Vertragsangebot des Individualvertrages mag im Einzelfall schwierig sein. Zu beachten ist jedenfalls, dass in einem klassischen Individualvertrag grundsätzlich jede Art der Vereinbarung hinsichtlich der Frist zur Leistung und Nacherfüllung und somit auch ein Rückgriff auf das BGB alter Fassung möglich ist. Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es den Parteien unbenommen, sich über die Notwendigkeit einer Ablehnungserklärung und die besondere Länge einer Frist zu einigen. Maßstab für eine Kontrolle können in einem solchen Fall nur die §§ 134, 138, 242 BGB sein.⁵⁵⁵

Ein vollständiger Ausschluss der Fristsetzung für den Verwender in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist gemäß § 309 Nr. 4 BGB, dem Nachfolger des § 11 Nr. 4 AGBG, nicht möglich. Gemäß § 307 BGB sind die Verbote des § 309 BGB, die Konkretisierungen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB darstellen, grundsätzlich auch zwischen Unternehmern zu beachten.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Basedow in MünchKomm § 310 Rn. 62 hält die praktische Bedeutung der Ausdehnung der AGB-Kontrolle auf vorformulierte Einzelbedingungen für eher gering, da der Unternehmer im Einzelfall viel eher bereit sein wird, von dem vorformulierten Text abweichende Klauseln zu vereinbaren.

⁵⁵⁵ Vgl. Larenz/Wolf § 34 Rn. 45 ff.

⁵⁵⁶ BGH NJW 1986, 843; BGHZ 110, 88, 97 f.; Heinrichs in Palandt § 307 Rn. 41; § 309 Rn. 23; vgl. auch Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 4 Rn. 10: „Dagegen kann auf Mahnung und Fristsetzung auch gegenüber Unternehmern nicht verzichtet werden, wenn sie die Voraussetzungen für die Rechte des Verwenders auf Rücktritt und Schadensersatz nach § 326 BGB a.F. darstellen.“

Für die hinreichende Bestimmtheit der Nachfrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne des § 308 Nr. 2 BGB gilt nichts anderes als für die individuelle Fristsetzung.⁵⁵⁷

A. Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

I. Ablehnungserklärung

Da durch das Fehlen der Ablehnungserklärung im BGB nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eine häufig schwer zu nehmende Hürde für den Gläubiger entfallen ist und dadurch der Schutz des Schuldners verringert wurde, liegt der Gedanke nahe, dass Schuldner sich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Ablehnungserklärung des Gläubigers ausbedingen.

Ob dies möglich ist, hat sich an § 307 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 1 BGB zu orientieren. Danach darf eine Bestimmung mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht unvereinbar sein. Zur Konkretisierung hat die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang den Begriff vom „Leitbild“ des Gesetzes geprägt, das für den gewählten Vertragstyp in dispositiven Vorschriften niedergelegt ist und das nicht durch AGB-Klauseln abgeändert werden darf.⁵⁵⁸ Die wesentlichen Grundgedanken ergeben sich aus dem Zweck der Regelung und den darin getroffenen Wertentscheidungen, die bestimmte Interessen des Vertragspartners im Kernbereich schützen wollen und die nicht durch einseitige Vertragsgestaltung des Verwenders außer Kraft gesetzt werden dürfen.⁵⁵⁹

Der BGH untersucht, ob die gesetzliche Regelung, von der abgewichen werden soll, dem Gerechtigkeitsgebot Ausdruck verleiht – dann ist ein wesentlicher Grundgedanke indiziert – oder lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen geschuldet ist.⁵⁶⁰ Es ist sodann abhängig vom Gerechtigkeitsgehalt, inwieweit von einer Regelung abgewichen werden kann.⁵⁶¹ Maßstab der Inhaltskontrolle muss die vom Gesetzgeber selbst vorgenommene Bewer-

⁵⁵⁷ Vgl. § 3 A.

⁵⁵⁸ BGHZ 81, 298; BGH NJW 1981, 117; BGH NJW 1989, 1479.

⁵⁵⁹ Larenz/Wolf § 43 Rn. 64.

⁵⁶⁰ BGHZ 89, 206, 211; BGH NJW 1992; 1761; BGH NJW-RR 1996, 1009; BGHZ 135, 116, 121.

⁵⁶¹ BGHZ 63, 238, 239.

tung der gegenläufigen Interessen sein, wobei der Zweck der abbedungenen Regelung herauszuarbeiten ist.⁵⁶²

Der Grundgedanke, von dem hier abgewichen wird besagt, dass bei der Setzung einer Nachfrist keine Ablehnungserklärung mehr erforderlich ist. Dem Gläubiger wird nicht mehr abverlangt, dass er seinen Erfüllungsanspruch bereits mit der Fristsetzung sofort aufgibt und für jede Abwicklung eines gestörten Rechtsverhältnisses eventuell professionellen Rat einholen müsste. Dadurch wird sein Interesse geschützt. Die Abschaffung der Ablehnungserklärung als Gesichtspunkt der Praktikabilität bekommt dadurch eigenständigen materialen Gehalt.⁵⁶³ Dem Gesetzgeber war die Abschaffung der Ablehnungserklärung ein wichtiges Anliegen,⁵⁶⁴ wodurch diese zu einem Grundgedanken der neuen Regelung wird. Eine entsprechende Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen würde die vom Gesetzgeber getroffene und in §§ 281, 323, 637 BGB normierte Entscheidung umkehren. Insofern läge darin eine Abweichung vom Leitbild des Gesetzes und damit eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB vor.

Dagegen wird argumentiert, dass der Schuldner sich eine Ablehnungserklärung ausbedingen könne, wenn für ihn in der konkreten Vertragsbeziehung ein „greifbares Bedürfnis“ für die Vorgabe der Ablehnungserklärung bestehe.⁵⁶⁵ Darauf stellt sich die Frage, wie ein solches greifbares Bedürfnis an einer Ablehnungserklärung auszusehen hätte. Der Begriff lässt sich nicht ohne weiteres definieren, gemeint sein kann nur ein besonderes oder außerordentliches Bedürfnis des Schuldners. Eine Abgrenzung von Fällen, in denen ein solches oder lediglich ein einfaches Bedürfnis besteht, wird aber kaum möglich sein und würde die Rechtsfindung weiter erschweren. Von Vorteil ist eine Ablehnungserklärung des Gläubigers für den Schuldner in jedem Fall, so dass ein Schuldner im Zweifel immer ein greifbares Bedürfnis behaupten wird. Der Gesetzgeber hat aber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass die Ablehnungserklärung nicht mehr erforderlich sein soll,⁵⁶⁶ so dass eine Einschränkung der Regelung mit Hilfe dieses unbestimmten Begriffs nicht angebracht ist.

⁵⁶² Schwab JR 2003, 133, 139.

⁵⁶³ Canaris in FS für Ulmer S. 1094 f.

⁵⁶⁴ BT-Drucks. 14/6040 S. 139, 184.

⁵⁶⁵ Ernst in MünchKomm § 323 Rn. 267 ohne Konkretisierung des Begriffs.

⁵⁶⁶ BT-Drucks. 14/6040 S. 184.

Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann daher nicht von seinen Gläubigern verlangen, dass diese ihrer Fristsetzung eine Ablehnungserklärung hinzufügen.⁵⁶⁷

§ 5 Abs. 3 S. 1 der Einheitsbedingungen der deutschen Textilwirtschaft (EBT)⁵⁶⁸ dürfte daher einer Kontrolle nicht standhalten. Der Käufer kann danach Schadensersatz statt der Leistung nur verlangen, wenn er dem Verkäufer eine Nachlieferungsfrist mit der Androhung der Ablehnung der Erfüllung setzt.⁵⁶⁹

II. Hinweispflicht auf Konsequenzen der Fristversäumung

Weiterhin in Betracht kommt die Festlegung einer Hinweispflicht auf die möglichen Konsequenzen einer Fristversäumung. Sollte dieser Pflicht nicht nachgekommen werden, wäre die Fristsetzung sodann wirkungslos. Auch hier darf kein Verstoß gegen das Leitbild des Gesetzes vorliegen. Insbesondere muss die Klausel derart formuliert sein, dass der Fristsetzende durch seinen Hinweis weder sofort seinen Erfüllungsanspruch noch die Wahlfreiheit aus § 325 BGB bezüglich seiner Sekundärrechte verliert.

Ansonsten ist ein derartiger Hinweis zusätzlich geeignet, die Ernsthaftigkeit der Fristsetzung zu unterstreichen und aus diesem Grund auch zu fordern.⁵⁷⁰ Außerdem wird Klarheit in die Beziehung der Parteien gebracht und der Fristsetzende davor geschützt, seinen Erfüllungsanspruch ungewollt gemäß § 281 Abs. 4 BGB zu verlieren, indem er eine Frist setzt und dann Schadensersatz verlangt.⁵⁷¹

Ein weiterer Grund, eine solche Klausel für mit dem Gesetz vereinbar zu halten, ist, dass §§ 281 Abs. 3, 323 Abs. 3 BGB eine Abmahnung vorsehen. Der Abmahnung aber kommt eine Warn- und Androhungsfunktion zu, die

⁵⁶⁷ So wird die Ablehnungserklärung in Formularbücher auch gar nicht erwähnt, vgl. Beck'sches Formularbuch und Hammel/Keller Deutsche Muster-AGB Kaufrecht, oder ist erheblichen Bedenken ausgesetzt, vgl. Hammel II S. 47 f., der die Aufnahme einer Ablehnungserklärung für äußerst risikoreich hält.

⁵⁶⁸ Stand: 01. Januar 2002.

⁵⁶⁹ § 5 Abs. 3 S. 1 EBT: Will der Käufer Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen, so muss er dem Verkäufer eine 4-Wochen-Frist setzen, mit der Androhung, dass er nach Ablauf der Frist die Erfüllung ablehne.

⁵⁷⁰ Vgl. § 3 D III. Aus § 308 Nr. 5 b) ergibt sich im Übrigen, dass der Gesetzgeber Hinweispflichten auf die Bedeutung von Verhaltensweisen kennt und gutheißt.

⁵⁷¹ Peters in Staudinger § 634 Rn. 44.

auch das Inaussichtstellen von Rechtskonsequenzen beinhaltet.⁵⁷² Daher ist eine solche Hinweispflicht mit dem Leitbild des Gesetzes vereinbar.

III. Ergebnis

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Verpflichtung des Gläubigers, die Fristsetzung mit einer Ablehnungserklärung zu versehen, ist unwirksam. Eine Hinweispflicht auf die Konsequenzen des erfolglosen Fristablaufs ist dagegen mit dem Leitbild des Gesetzes vereinbar.

B. Angemessenheit der Frist

Bei der Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Beteiligung eines Verbrauchers stellt sich im Rahmen des § 308 Nr. 2 BGB, früher § 10 Nr. 2 AGBG, die Frage nach der Angemessenheit von Nachfristen, wobei sich die Regelung nur auf Fristen bezieht, die der Schuldner als Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für seine eigene Leistung bestimmt.⁵⁷³

Regelt hingegen der Gläubiger in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Nachlieferungsbefugnis des Schuldners, beurteilt sich dies nach § 307 BGB. Bezüglich der Angemessenheit der Frist müssen in einem solchen Fall dieselben Maßstäbe gelten.

Im Wirtschaftsverkehr zwischen Unternehmern kommt § 308 Nr. 2 BGB eine Indizwirkung zu; Klauseln, die eine unangemessen lange oder nicht ausreichend bestimmte Nachfrist vorsehen, sind dort unter dem Vorbehalt abweichender Handelsbräuche gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁵⁷⁴ Lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfristen lassen sich auch im kaufmännischen Verkehr mit dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbaren.⁵⁷⁵

§ 308 Nr. 2 BGB verweist zwar nicht wörtlich auf §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1, 637 Abs. 1 BGB, durch die Bezugnahme auf Rechtsvorschriften und Nachfristen wird aber eine Verbindung zu eben diesen Normen hergestellt.⁵⁷⁶ Es geht somit auch im Rahmen des § 308 Nr. 2 BGB um die Angemessenheit der Länge von Fristen zur Leistung oder Nacherfüllung.

⁵⁷² Linck in Schaub § 61 Rn. 28.

⁵⁷³ § 308 Nr. 2: „... eine Bestimmung, durch die sich der Verwender für die von ihm zu bewirkende Leistung...“.

⁵⁷⁴ Basedow in MünchKomm § 308 Nr. 2 Rn. 8.

⁵⁷⁵ Wolf in Wolf/Horn/Lindacher § 10 Rn. 17.

⁵⁷⁶ § 10 Nr. 2 AGBG hatte noch direkt auf § 326 BGB a.F. hingewiesen.

Daher müssen grundsätzlich auch dieselben Gesichtspunkte berücksichtigt werden.⁵⁷⁷

Zunächst seien einige Beispiele aus der Rechtsprechung zur Beurteilung der Angemessenheit der Nachfrist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen genannt.⁵⁷⁸

I. BGH NJW 1981, 1511

Die Beklagte, eine mit Möbeln handelnde GmbH, hatte in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine vierwöchige Nachfrist für den Fall der nicht fristgemäßen Lieferung festgelegt. Die Fristlänge wurde von den Vorinstanzen für unangemessen lang gehalten, da in der Regel schon eine Lieferfrist von sechs bis acht Wochen vereinbart wurde und eine Nachfrist von vier Wochen praktisch auf eine Verlängerung der Leistungsfrist hinauslaufen würde.⁵⁷⁹ Der BGH beanstandete dies nicht und hatte sodann über die Rückwirkung der Klausel zu entscheiden.

II. OLG Frankfurt am Main DB 1981, 884

Ein Hersteller von maßgefertigten Zaunanlagen, Türen und Fenstern u.a. hatte in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Länge der von Kunden zu setzenden Nachfrist auf mindestens vier Wochen festgelegt. Das OLG hielt dies für angemessen. Entscheidend war, dass der Verwender geltend machen konnte, Maßanfertigungen herzustellen und nach der Art und Weise der Organisation des Betriebs eine derartige Frist dadurch berechtigt sei.

III. BGH NJW 1985, 320

In diesem Fall hatte ebenfalls ein Möbelhändler für alle von ihm verkauften Gegenstände eine Nachfrist von ebenfalls vier Wochen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehen. Der BGH sah diese als zu lang an, da nicht danach differenziert wurde, ob der Lieferant die Möbel selbst herstellt oder sie sich im Lager befinden. Außerdem sei zu beachten, dass die Nachfrist regelmäßig wesentlich kürzer als die vereinbarte Lieferfrist sein könne.

⁵⁷⁷ Basedow in MünchKomm § 308 Nr. 2 Rn. 4.

⁵⁷⁸ Gemäß Juris-Recherche vom 2. November 2005 liegt bislang keine Rechtsprechung zum behandelten Themengebiet nach dem BGB neuer Fassung vor.

⁵⁷⁹ Vgl. KG WM 1979, 1367, 1368.

IV. BGH WM 1985, 199⁵⁸⁰

Ein Lieferant von Leichtmetallfenstern hatte in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Nachfrist von sechs Wochen für den Fall bestimmt, dass der Kunde vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen wollte. Das Gericht urteilte, dass bei der Bemessung von Fristen zwar die Besonderheiten des jeweiligen Gewerbezweiges zu berücksichtigen seien, die Nachfrist dürfe aber nicht die Lieferfrist erheblich verlängern und zu einer „Ersatzlieferungsfrist“ werden. Die Nachfrist sei dazu zu nutzen, die geschuldete Leistung abschließend zu erbringen. Sechs Wochen seien daher nicht angemessen.⁵⁸¹

V. OLG Düsseldorf EWiR 1999, 577

Ein Verkäufer von Einbauküchen hatte in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei nicht eingehaltenem Liefertermin eine Nachfrist von einem Monat vorgesehen. Auch diese Frist wurde mit dem Argument, die Nachfrist dürfe nicht zu einer Ersatzlieferfrist werden, als Verstoß gegen § 10 Nr. 2 AGBG gewertet, selbst wenn die Fertigung nach Kundenwünschen erfolge. Das berechnete Käuferinteresse an einer fristgerechten Lieferung müsse berücksichtigt und die Fertigung so organisiert werden, dass Lieferfristen eingehalten werden.

VI. Ergebnis

Bei der Prüfung einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegten Frist sind die Besonderheiten des jeweiligen Gewerbezweiges zu berücksichtigen und dann eine generelle Würdigung durchzuführen. Die Nachfrist darf die an sich angemessene Fristlänge überschreiten, aber nicht zu einer „Ersatzlieferungsfrist“ werden oder die Lieferfrist erheblich verlängern.⁵⁸² Maßvolle Abweichungen sind jedoch zulässig.⁵⁸³ In der Regel hat die Nachfrist wesentlich kürzer zu sein als die vereinbarte Lieferfrist.⁵⁸⁴ Eine Ausnahme kann bei der Herstellung von Maßanfertigungen angenommen werden. Die Frist braucht aber nicht die Zeit einzuräumen, die für die Her-

⁵⁸⁰ BGH WM 1985, 199 = BGH NJW 1985, 855.

⁵⁸¹ Vgl. OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 786, 788: Sechswöchige Nachfrist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Fassadenbauunternehmers unangemessen.

⁵⁸² BGH WM 1985, 199, 201.

⁵⁸³ Heinrichs in Palandt § 308 Rn. 12.

⁵⁸⁴ BGH NJW 1985, 320, 323; BGH NJW 1982, 331, 333 hat allerdings die Möglichkeit einer angemessenen Fristsetzung erst sechs Wochen nach der Überschreitung eines Liefertermins nicht beanstandet.

stellung der Ware notwendig ist.⁵⁸⁵ Insofern gilt nichts anderes als für die Angemessenheit im Sinne der §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB.

Weiterhin ist zu beachten, dass es für die Fristlänge auf den gesamten Zeitraum ankommt, während dessen der Betroffene seine Sekundärrechte nicht geltend machen kann. Darf eine Frist erst gesetzt werden, wenn bereits eine gewisse Zeit verstrichen ist, so setzt sich die Nachfrist aus beiden Zeiträumen zusammen.⁵⁸⁶

Ferner darf eine für Sonderfälle möglicherweise vertretbare Frist nicht generell festgelegt werden.⁵⁸⁷ Vielmehr muss die Frist, da für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert, auch noch die in Betracht kommende Leistung des Verwenders mit der kürzesten angemessenen Frist erfassen.

So hat sich in der Praxis ergeben, dass für übliche Verbrauchergeschäfte in der Regel 14 Tage als angemessene Nachfrist festgelegt werden, was auch in der Literatur durchaus anerkannt wird.⁵⁸⁸ Bei Verträgen mit starkem Dienstleistungselement wie Werklieferungsverträgen oder Verträgen, deren Erfüllung in hohem Maße von fremden Zulieferern abhängt oder von einem zentralen Lager, möglicherweise im Ausland, ausgeht, wird indes eher eine Nachfrist von vier Wochen für angemessen gehalten.⁵⁸⁹

Einen weiteren Ansatzpunkt zur Bestimmung der Angemessenheit von Nachfristen im Rahmen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen stellt der Vorschlag dar, die Frist dürfe grundsätzlich nicht mehr als die Hälfte der ursprünglichen Leistungsfrist betragen.⁵⁹⁰ Dies mag als ein Anhaltspunkt gelten, ist aber insgesamt zu pauschal formuliert und kann den unterschiedlichen Verträgen, für die Allgemeine Geschäftsbedingungen formuliert werden, nicht gerecht werden. Die Festlegung der Fristlänge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat sich immer an den spezifischen Verträgen zu orientieren, für die sie gemacht werden. Es hat eine typisiert-geschäftsbezogene Interessenabwägung zu erfolgen.⁵⁹¹

⁵⁸⁵ Vgl. LG Nürnberg-Fürth VuR 1999, 94, 97 f.

⁵⁸⁶ Basedow in MünchKomm § 308 Nr. 2 Rn. 4.

⁵⁸⁷ BGH NJW 1985, 320, 323; BGH WM 1985, 199.

⁵⁸⁸ Basedow in MünchKomm § 308 Nr. 2 Rn. 5; Coester-Waltjen in Staudinger § 10 Nr. 2 AGBG Rn. 7; Heinrichs in Palandt § 308 Rn. 12; wohl zustimmend BGH 1985, 320, 323.

⁵⁸⁹ Basedow in MünchKomm § 308 Nr. 2 Rn. 5.

⁵⁹⁰ Koch/Stübing § 10 Nr. 2 AGBG Rn. 7; Schlosser in Staudinger § 10 Nr. 2 AGBG 12. Aufl. Rn. 7. In der 13. Auflage ist von dieser Ansicht allerdings keine Rede mehr.

⁵⁹¹ Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 2 AGBG Rn. 6.

Es sind aber auch durchaus Fälle denkbar, in denen die Möglichkeit, Fristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt festzulegen, zweifelhaft erscheint. So kann bei geringfügigen Mängeln oder dem Bedürfnis der umgehenden Beseitigung auf Seiten des Gläubigers die Angemessenheit nicht mehr gegeben sein.⁵⁹²

Dennoch muss zur Rationalisierung der Geschäftsabwicklung die Möglichkeit bestehen, einheitliche Bedingungen für eine Vielzahl ähnlicher Verträge zu formulieren. Dazu gehört auch das pauschale Festlegen von Fristlängen für bestimmte Vertragstypen. Treten allerdings die genannten Besonderheiten auf, die sich generell nicht regeln lassen, können die Allgemeinen Geschäftsbedingungen an dieser Stelle nicht gelten und eine individuelle Vereinbarung für den Einzelfall muss getroffen werden.

VII. Zu kurze Frist

Hat der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine zu kurze Frist gesetzt, so wird im Gegensatz zur Fristsetzung nach §§ 281, 323 BGB nicht automatisch eine angemessene Frist in Gang gesetzt.⁵⁹³ Dies begründet sich darin, dass der Vertragspartner des Verwenders sich auf die Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlassen können soll und bei einem Verstoß nicht trotzdem Rechte gegen ihn geltend gemacht werden können. Der Verwender muss sich an seine eigenen Regeln halten und nicht vor sich selbst geschützt werden.

VIII. AGB- und Vertragsmuster

In Mustern Allgemeiner Geschäfts- und Vertragsbedingungen sind ebenfalls unterschiedliche Angaben zur Angemessenheit der Frist zur Leistung und Nacherfüllung zu finden.

In den Einheitsbedingungen der deutschen Textilwirtschaft regelt § 5 die Nachlieferungsfrist. Gemäß § 5 Abs. 1 EBT wird nach erfolglosem Ablauf der Lieferfrist ohne weitere Erklärung eine Nachlieferungsfrist von 12 Tagen in Gang gesetzt, nach deren Ablauf der Rücktritt vom Vertrag als erfolgt gilt. Will der Käufer hingegen Schadensersatz statt der Leistung beanspruchen, so muss er gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 EBT dem Verkäufer eine 4-Wochen-Frist setzen. Damit wurde beim Rücktritt die Länge der Nachlieferungsfrist, die früher 18 Tage betrug, um sechs Tage verkürzt und liegt noch unterhalb der für Verbrauchergeschäfte allgemein anerkannten Fristlänge von 14 Tagen. Ein Gericht hätte im Einzelfall zu prüfen, ob von die-

⁵⁹² Vgl. Peters in Staudinger § 634 Rn. 47.

⁵⁹³ OLG Hamm NJW-RR 1995, 503 f.

ser Frist auch die Leistung des Verwenders mit der kürzesten angemessenen Frist erfasst wird.⁵⁹⁴ Bedenklich ist weiterhin, dass die Rücktrittserklärung nach Ablauf der Frist fingiert wird. Im Einzelfall kann aufgrund von § 308 Nr. 5 BGB die Unwirksamkeit gegeben sein, da die EBT keine Regelungen im Sinne des § 308 Nr. 5 a) und b) BGB enthalten.

Außerdem sehen die EBT in § 5 Abs. 4 eine Nachlieferungsfrist von fünf Werktagen für NOS-Ware („Never-out-of-Stock“) vor. Es handelt sich dabei um Artikel, die im Sortiment als verfügbar erwartet werden, wobei der NOS-Charakter im Vertrag festgeschrieben sein muss.⁵⁹⁵ Für jederzeit abrufbereite Waren erscheint eine Nachlieferungsfrist von fünf Tagen als durchaus angemessen. Beachtlich an den EBT ist zudem noch, dass sie bei der Nachlieferungsfrist zwischen „Tagen“ und „Werktagen“ unterscheiden.

Eine vierwöchige Frist zur Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels verlangt ebenso das Muster eines Unternehmenskaufvertrages bei Erwerb von Anteilen, wenn der Käufer Schadensersatz geltend machen will.⁵⁹⁶ Auch hier bedarf es im Einzelfall einer kritischen Prüfung der Angemessenheit.

Die Geschäftsbedingungen des Warenvereins der Hamburger Börse sehen bei Verzögerung einer Hauptleistung in § 17 Abs. 2 die Setzung einer angemessenen Frist vor, die gemäß Abs. 3 mindestens drei Geschäftstage zu betragen hat.⁵⁹⁷ Andere Lieferbedingungen beschränken sich hingegen darauf, die Formulierung des Gesetzes zu wiederholen und verlangen eine angemessene Frist.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Die 12-Tage-Frist ist hingegen nicht, wie Hoeren in Westphalen EBT Rn. 22 argumentiert, aus dem Grunde unproblematisch, dass eine zu kurze Nachfrist grundsätzlich eine angemessene Nachfrist auslöst. Dieser Grundsatz gilt gerade nicht für Allgemeine Geschäftsbedingungen, vgl. § 6 B VII.

⁵⁹⁵ Hoeren in Westphalen EBT Rn. 26.

⁵⁹⁶ § 5 Abs. 1 S. 4 Unternehmenskaufvertrag bei Erwerb von Anteilen mit Anmerkungen von Mielert in Beck'sches Formularbuch S. 123 ff.

⁵⁹⁷ Stand: 01. Mai 2004. Im Übrigen kennen die Geschäftsbedingungen des Warenvereins der Hamburger Börse in § 17 auch die Fristsetzung zur Erklärung der Leistungsbereitschaft.

⁵⁹⁸ Nr. VI 4 der Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Maschinen für Inlandsgeschäfte (Stand: März 2002), Empfehlung des Verbandes Deutscher Maschinen- und Anlagenbau (VDMA); Nr. VIII 5 der Allgemeinen Lieferbedingungen für Erzeugnisse und Leistungen der Elektroindustrie (Stand: Januar 2002), Empfehlung des Zentralverbandes der Elektrotechnischen Industrie (ZVEI); § 2 Abs. 2 S. 1 Kaufvertrag unter UN-Kaufrecht bei Semler in Münchener Vertragshandbuch sieht ebenso eine angemessene Nachfrist vor; Piltz in Münchener Vertragshandbuch Anm. 80 zum Exportvertrag (Maschine) der für die Vertragsaufhebung auf Art. 49 Abs. 1 b) CISG und die dortige Nachfristsetzung verweist.

Ebenso von einer angemessenen Frist ist die Rede in den ECE-Bedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen.⁵⁹⁹ Eine Besonderheit liegt aber darin, dass der Käufer gemäß Art. 7.3 nach nicht erfolgter Lieferung binnen angemessener Frist zunächst nur die Ermäßigung des Vertragspreises verlangen kann. Ist der vorher zu vereinbarende Höchstbetrag der Ermäßigung erreicht, kann der Käufer gemäß Art. 7.5 eine letzte Frist zur Lieferung setzen, die in angemessener Weise die bereits vorliegende Lieferverzögerung berücksichtigt. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist kann der Käufer sich vom Vertrag lossagen und Schadensersatz verlangen. Durch die Berücksichtigung der bisherigen Verzögerung wird jedenfalls gewährleistet, dass sich für den säumigen Verkäufer durch Addition der Fristen keine ungerechtfertigt lange Nachlieferungsfrist ergibt.

Bezüglich einer Frist zur Zahlung enthält das Formular des Kaufvertrages über ein unbebautes Grundstück ein Beispiel.⁶⁰⁰ Demnach kann der Verkäufer vom Vertrag zurücktreten, wenn er den Verkäufer vergeblich aufgefordert hat, innerhalb von 14 Tagen den Kaufpreis zu zahlen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der BGH schon wesentlich kürzere Fristen zur Zahlung hoher Summen als angemessen beurteilt hat, ist davon auszugehen, dass die vierzehntägige Zahlungsfrist einer Kontrolle standhalten dürfte.⁶⁰¹

Sollte es zu einer gerichtlichen Beurteilung dieser Regelungen kommen, so wäre jeweils am Einzelfall zu überprüfen, inwieweit sich diese im Einklang mit den Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung befinden.

⁵⁹⁹ Allgemeine Lieferbedingungen für den Export von Maschinen und Anlagen (Stand: März 1953), Empfehlung der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa.

⁶⁰⁰ § 9 Kaufvertrag über ein unbebautes Grundstück mit Anm. von Möhrle in Beck'sches Formularbuch S. 191 ff; genauso § 9 Kaufvertrag über ein bebautes Grundstück mit Anm. von Möhrle in Beck'sches Formularbuch S. 213 ff.

⁶⁰¹ Vgl. § 3 H I 2.

§ 7 Zusammenfassung

Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung als Voraussetzung für Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch des Gläubigers, zunächst nur bei Verzug des Schuldners, hat sich seit ihrer Einführung in das ADHGB im Jahre 1861 als geeignetes Werkzeug im Rahmen der Vertragsabwicklung bewährt.

Das BGB und auch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz haben dementsprechend an ihr festgehalten. Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Anwendung der Nachfrist gemäß §§ 281, 323 BGB auf alle Fälle der Schlechtleistung des Schuldners erweitert. Zudem hat der Gesetzgeber versucht, die Voraussetzungen für Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung anzugleichen, was nur teilweise gelungen ist.

Insbesondere durch die Abschaffung der Ablehnungserklärung hat sich eine erhebliche Verbesserung der Lage zu Gunsten des Gläubigers ergeben.

Nach Eintritt der Fälligkeit muss der Gläubiger nicht nur die Möglichkeit haben, eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung, sondern auch zur Erklärung der Leistungsbereitschaft oder Arbeitsaufnahme zu setzen, sofern die Leistung bisher ausgeblieben ist und der Leistungswille des Schuldners zweifelhaft ist.

Der Gläubiger muss die Fristsetzung in einer Weise formulieren, die deutlich werden lässt, dass die Versäumung Folgen haben wird, um dem Schuldner die Ernsthaftigkeit seines Anliegens klar zu machen. Die Fristsetzung erfüllt damit auch die Voraussetzungen einer befristeten Mahnung.

Eine Ablehnungserklärung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB a.F. ist nicht erforderlich, aber, falls ausgesprochen, wirksam und verbindlich.

Die Kombination von Fälligkeitsbegründung und Fristsetzung ist nicht möglich. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für die Nicht- oder Schlechtleistung vorliegen, bevor eine Frist gesetzt werden kann.

Die Fristsetzung kann gemäß §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Weitere Entbehrlichkeitsgründe treten im Kauf- und Werkvertragsrecht auf, die sich aber mit den allgemeinen Regeln überschneiden und keinen eigenständigen Regelungsbereich haben. Wird ein relatives Fixgeschäft nicht eingehalten, so ist § 281 Abs. 2 2. Alt. BGB extensiv auszulegen, so dass auch Schadensersatz statt der Leistung ohne eine vorherige Fristsetzung verlangt werden kann.

Auf die Angemessenheit der Fristsetzung hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keinen Einfluss gehabt. Die Länge einer Frist ist je nach Einzelfall zu beurteilen. Sie hat sich am normalen Geschäftsgang zu orientieren, darf aber nicht zu einer Ersatzlieferungsfrist werden. Befindet sich der Schuldner in Verzug oder wird er durch die Fristsetzung in Verzug gesetzt, darf er durch eine entsprechend kurze Frist zu besonderer Eile angehalten werden. Eine zu kurze Frist löst automatisch eine angemessene aus.

Steht die vertragsgemäße Leistung bereits vor Fälligkeit in Frage, muss der Gläubiger das Recht haben, dem Schuldner eine Frist zur Erklärung der Leistungsbereitschaft oder Arbeitsaufnahme zu setzen, um nach erfolglosem Ablauf seine Sekundärrechte geltend zu machen. Dies war auch schon gemäß dem BGB alter Fassung anerkannt und ergibt sich jetzt aus § 323 Abs. 4 BGB, der auf § 281 BGB entsprechend anwendbar ist. § 323 Abs. 4 BGB ist dahingehend einzuschränken, dass er nicht ohne Fristsetzung und Ankündigung von Konsequenzen für den erfolglosen Fristablauf angewendet werden kann.

Die Fristsetzung vor Fälligkeit ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung verweigert oder die Entbehrlichkeitsgründe aus § 323 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BGB bei Fälligkeit vorliegen werden. Die Beurteilung ist vom Einzelfall abhängig, und an das Vorliegen der Voraussetzungen sind strenge Anforderungen zu stellen.

Die Angemessenheit der Erklärungsfrist orientiert sich an der Entschlussfassung des Schuldners und nicht an der Leistung. Sie kann daher kurz bemessen sein.

Nach erfolglosem Ablauf der Frist muss der Gläubiger das Wahlrecht bezüglich der verschiedenen ihm zustehenden Rechtsbehelfe nach Treu und Glauben binnen einer angemessenen Frist ausüben, sonst erlöschen seine Sekundärrechte. Eine Pflicht, die verspätete Leistung anzunehmen besteht aber nicht.

Der fristsetzende Gläubiger kann nicht durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seines Vertragspartners verpflichtet werden, die Frist mit einer Ablehnungserklärung zu verbinden. Hinweise auf die Konsequenzen der Fristversäumung können dagegen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlangt werden.

Die Angemessenheit der Fristlänge in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist generell unter Berücksichtigung des Geschäftszweiges des Verwen-

§ 7 Zusammenfassung

ders zu beurteilen. Auch die Leistung mit der kürzesten angemessenen Frist muss von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfasst werden.

Literatur

- Bamberger, Heinz Georg
Roth, Herbert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1 – 610, München 2003 (zitiert: Bearbeiter in Bamberger/Roth).
- Bendix, Ludwig Der § 326 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: SeuffBl 77, S. 153.
- Bitter, Georg
Meidt, Eva Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, in: ZIP 2001, S. 2114.
- Brockhaus Der Brockhaus von A – Z in drei Bänden, Mannheim u.a. 2002.
- Brox, Hans
Walker, Wolf-Dietrich Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004.
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des BGB, 28. Auflage, Köln u.a. 2004.
- Bülow, Peter Bindung des Gläubigers an seine Wahlausübung nach Schuldnerverzug oder Unmöglichkeit der Leistung, in: JZ 1979, S. 430.
- Bundesminister der Justiz
(Hrsg.) Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992 (zitiert: Schuldrechtskommission).
- Caemmerer, Ernst von „Mortuus Redhibetur“ – Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, in: Festschrift für Karl Larenz, S. 621, München 1973.
- Canaris, Claus-Wilhelm Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: ZRP 2001, S. 329.

Literatur

- Canaris, Claus-Wilhelm Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in: JZ 2001, S. 499.
- Canaris, Claus-Wilhelm Schuldrechtsreform 2002, München 2002.
- Canaris, Claus-Wilhelm Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts, in: Festschrift für Peter Ulmer, S. 1073, Berlin 2003.
- Dauner-Lieb, Barbara
Heidel, Thomas
Lepa, Manfred
Ring, Gerhard Anwaltkommentar, Schuldrecht, Bonn 2002 (zitiert: Bearbeiter in AnwKom).
- Derleder, Peter
Zänker, Leif Der ungeduldige Gläubiger und das neue Leistungsstörungenrecht, in: NJW 2003, S. 2777.
- Derleder, Peter
Hoolmans, Fabian Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück – Eine Untersuchung der Neuregelung des verspäteten Leistungsangebots des Schuldners, in: NJW 2004, S. 2787.
- Dörner, Heinrich
Ebert, Ina
Eckert, Jörn
Hoeren, Thomas
Kemper, Rainer
Saenger, Ingo
Schulte-Nölke, Hans
Schulze, Reiner
Staudinger, Ansgar Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2005 (zitiert: Bearbeiter in Hk-BGB).
- Ehmann, Horst
Sutschet, Holger Modernisiertes Schuldrecht, München 2002.

-
- | | |
|---|--|
| Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959. |
| Erman, Walter | Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Münster u.a. 2004 (zitiert: Bearbeiter in Erman). |
| Ernst, Wolfgang
Gsell, Beate | Kritisches zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, in: ZIP 2001, S. 1389. |
| Finn, Markus | Kann der Gläubiger die (Nach-)Erfüllung zwischen Fristablauf und Schadenersatzverlangen zurückweisen?, in: ZGS 2004, S. 32. |
| Flume, Werner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Auflage, Berlin u.a. 1979. |
| Gernhuber, Joachim | Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989. |
| Gierke, Otto Friedrich von | Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889. |
| Haas, Lothar
Medicus, Dieter
Rolland, Walter
Schäfer, Carsten
Wendtland, Holger | Das neue Schuldrecht, München 2002. |
| Hachenburg, Max | Gutachten über den zweiten Abschnitt des Rechtes der Schuldverhältnisse, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1890. |

Literatur

- Hager, Günter Die Rechtsbehelfe des Verkäufers wegen Nichtabnahme der Ware nach amerikanischem, deutschem und Einheitlichem Haager Kaufrecht, Frankfurt a.M. 1975.
- Hahn, Friedrich von Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band II, 2. Auflage, Braunschweig 1875.
- Hammel, Frank A. AGB, Notwendige Änderungen nach Schuldrechtsreform im Werk-, Dienst- und Darlehensvertrag, Berlin 2002 (zitiert: Hammel II).
- Hammel, Frank A.
Keller, Claudia Deutsche Muster-AGB, Kaufrecht, Berlin 2004.
- Heinrichs, Helmut Kurzkomentar zu BGH EWiR § 326 BGB 1/96, in: EWiR § 326 BGB 1/96, S. 539.
- Henssler, Martin
Westphalen, Friedrich Graf von Praxis der Schuldrechtsreform, 2. Auflage, Recklinghausen 2003 (zitiert: Bearbeiter in Henssler/Westphalen).
- Hoffmann-Becking, Michael
Rawert, Peter Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Auflage, München 2003 (zitiert: Bearbeiter in Beck'sches Formularbuch).
- Honsell, Heinrich Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin u.a. 1997 (zitiert: Bearbeiter in Honsell).
- Huber, Peter
Faust, Florian Schuldrechtsmodernisierung, München 2002 (zitiert: Bearbeiter in Huber/Faust).
- Huber, Ulrich Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, S. 647, Köln 1981 (zitiert: Huber Gutachten).

-
- | | |
|------------------------|--|
| Huber, Ulrich | Wandlungen im Recht des Handelskaufs, in: ZHR 161 (1997), S. 160. |
| Huber, Ulrich | Leistungsstörungen, Band I, Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999 (zitiert: Huber Bd. I). |
| Huber, Ulrich | Leistungsstörungen, Band II, Die Folgen des Schuldnerverzugs – Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999 (zitiert: Huber Bd. II). |
| Huber, Ulrich | Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, Tübingen 2001. |
| Hüffer, Uwe | Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976. |
| Jaensch, Michael | Der Gleichlauf von Rücktritt und Schadensersatz, in: NJW 2003, S. 3613. |
| Jaensch, Michael | Schadensersatz beim vorweggenommenen Vertragsbruch und relativen Fixgeschäft, in: ZGS 2004, S. 134. |
| Jakobs, Horst Heinrich | Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969. |
| Jauernig, Othmar | Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, München 2004 (zitiert: Bearbeiter in Jauernig). |
| Kaiser, Dagmar | Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, in: JZ 2001, S. 1057. |

Literatur

- Koch, Eckart
Stübing, Jürgen Allgemeine Geschäftsbedingungen,
Kommentar zum Gesetz zur Regelung
des Rechts der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen, Neuwied u.a. 1977.
- Krause, Rüdiger Die Leistungsverzögerung im neuen
Schuldrecht (Teil II), in: Jura 2002,
S. 299.
- Langenberg, Hans Schönheitsreparaturen nach der Schuld-
rechtsreform, in: NZM 2002, S. 972.
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band:
Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München
1987.
- Larenz, Karl
Canaris, Claus-Wilhelm Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
3. Auflage, Berlin u.a. 1995.
- Larenz, Karl
Wolf, Manfred Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 9. Auflage, München 2004.
- Leser, Hans Georg Die Erfüllungsverweigerung, in: Fest-
schrift für Max Rheinstein, Band II,
S. 643, Tübingen 1969.
- Leser, Hans Georg Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen
1975.
- Lorenz, Stephan
Riehm, Thomas Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Mün-
chen 2002.
- Mankowski, Peter Wie setzt man eine Nachfrist richtig?,
in: ZGS 2003, S. 451.
- Marotzke, Wolfgang BGB und InsO: zwei neue Leistungsstö-
rungsrechte im Widerstreit, in: KTS
2002, S. 1.

-
- | | |
|-------------------------------------|--|
| Mayerhöfer, Alexander | Die Integration der positiven Forderungsverletzung in das BGB, in: MDR 2002, S. 549. |
| Medicus, Dieter | Kurzkomentar zu BGH EWiR § 326 BGB 3/85, in EWiR § 326 BGB 3/85, S. 647. |
| Medicus, Dieter | Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln u.a. 1999. |
| Medicus, Dieter | Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Auflage, München 2005 (zitiert: Medicus Schuldrecht). |
| Mossler, Patrick | Rücktrittsrecht vor Fälligkeit bei solvenzbedingten Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Schuldners (§ 323 Abs. 4 BGB), in: ZIP 2002, S. 1831. |
| Münchener Kommentar | Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 4. Auflage, München 2001 (zitiert: Bearbeiter in MünchKomm). |
| Münchener Kommentar | Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2a, 4. Auflage, München 2003 (zitiert: Bearbeiter in MünchKomm). |
| Nagel, Bernhard | Schuldrechtliche Probleme bei Just-in-Time-Lieferbeziehungen - Dargestellt am Beispiel der Automobilindustrie -, in: DB 1991, S. 319. |
| Oetker, Hartmut
Maultzsch, Felix | Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin u.a. 2004. |
| Paech, Fritz | Der Leistungsverzug, eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902. |

Literatur

- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002 (zitiert: Bearbeiter in Palandt)
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Auflage, München 2005 (zitiert: Bearbeiter in Palandt).
- Peters, Frank Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Verzug beim gegenseitigen Vertrag, in: NJW 1979, S. 688.
- Peters, Frank Die Ablehnungserklärung des Gläubigers, in: JR 1998, S. 186.
- Ramming, Klaus Vorzeitiges Rücktrittsrecht und Schadensersatz statt der Leistung, in: ZGS 2002, S. 412.
- Ramming, Klaus Wechselwirkung bei den Voraussetzungen der gesetzlichen Kündigungs- und Rücktrittsrechte nach allgemeinem Schuldrecht (§§ 314, 323, 324 BGB), in: ZGS 2003, S. 113.
- Ramming, Klaus Das Ausbleiben für die Leistung notwendiger Vorbereitungshandlungen, in: ZGS 2003, S. 138.
- Ramming, Klaus Die Aufforderung zur Bestätigung der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit als weiterer vorzeitiger „Rechtsbehelf“ des Gläubigers, in: ZGS 2003, S. 209.
- Reinhart, Gert UN-Kaufrecht, Heidelberg 1991.
- Schaub, Günter
Koch, Ulrich
Linck, Rüdiger Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage, München 2005 (zitiert: Bearbeiter in Schaub).

-
- | | |
|-----------------------------------|---|
| Schlechtriem, Peter | Aufhebung des Vertrages als Rechtsbehelf bei Leistungsstörungen, in: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, S. 525, Baden-Baden 1986. |
| Schlechtriem, Peter | Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht, 4. Auflage, München 2004 (zitiert: Bearbeiter in Schlechtriem). |
| Schroeder, Klaus-Peter | Gottlieb Planck (1825-1910) – „Ziehvater“ des BGB, in: JuS 2000, S. 1046. |
| Schütze, Rolf A.
Weipert, Lutz | Münchener Vertragshandbuch, Band 4: Wirtschaftsrecht III, 5. Auflage, München 2002 (zitiert: Bearbeiter in Münchener Vertragshandbuch). |
| Schwab, Martin | Schadensersatzverlangen und Ablehnungsandrohung nach der Schuldrechtsreform, in: JR 2003, S. 133. |
| Soergel, Hans-Theodor | Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht I (§§ 241 – 432), 12. Auflage, Stuttgart u.a. 1990 (zitiert: Bearbeiter in Soergel). |
| Soergel, Hans-Theodor | Bürgerliches Gesetzbuch, Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze 2, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), 13. Auflage, Stuttgart u.a. 2000 (zitiert: Bearbeiter in Soergel). |
| Staudinger, Julius von | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 13. Bearbeitung, Berlin 1998 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger). |

Literatur

- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241, 242; AGBG, 12. Auflage, Berlin 1983 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger 12. Auflage).
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255 – 304, Neubearbeitung, Berlin 2004 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger).
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 – 327, Neubearbeitung, Berlin 2001 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger).
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 – 326, Neubearbeitung, Berlin 2004 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger).
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328 – 359, Neubearbeitung, Berlin 2004 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger).
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631 – 651, Neubearbeitung, Berlin 2000 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger).

-
- | | |
|---|---|
| Staudinger, Julius von | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631 – 651, Neubearbeitung, Berlin 2003 (zitiert: Bearbeiter in Staudinger). |
| Teichmann, Arndt | Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: BB 2001, S. 1485. |
| Thamm, Manfred | Die Dauer einer „angemessenen Nachfrist“ für Lieferung und Mängelbeseitigung, in: BB 1982, S. 2018. |
| Thibaut, Anton Friedrich Justus | Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. |
| Tilch, Horst
Arloth, Frank | Deutsches Rechts-Lexikon, Band 1 A – F, 3. Auflage, München 2001. |
| Ulmer, Peter
Brandner, Hans Erich
Hensen, Horst-Diether | AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. Auflage, Köln 2001 (zitiert: Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen). |
| Westermann, Harm Peter | Das Schuldrecht 2002, Stuttgart u.a. 2002 (zitiert: Bearbeiter in Westermann). |
| Westphalen, Friedrich Graf von | Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 16. Ergänzung – März 2005, München 2005 (zitiert: Bearbeiter in Westphalen). |
| Wieser, Eberhard | Gleichzeitige Klage auf Leistung und auf Schadensersatz aus § 281 BGB, in: NJW 2003, S. 2432. |

Literatur

- | | |
|--|---|
| Windscheid, Bernhard
Kipp, Theodor | Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2,
9. Auflage, Neudruck der Ausgabe
Frankfurt a.M. 1906, Aalen 1963. |
| Wolf, Manfred
Horn, Norbert
Lindacher, Walter F. | AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Auflage,
München 1994. |
| Zimmermann, Reinhard | Konturen eines Europäischen Vertrags-
rechts, in: JZ 1995, S. 477. |