

Redaktionelle Urteilsanmerkung

Kein Verzug bei antizipierter Erfüllungsverweigerung

Voraussetzung des Verzugs ist auch im Fall der grundlosen Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit der Forderung gegen den Schuldner (amtlicher Leitsatz).

BGB § 284 Abs. 1 a.F.

BGH, Urt. v. 28.9.2007 – V ZR 139/06 (OLG Naumburg)*

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

Das noch zur Rechtslage vor der Schuldrechtsmodernisierung ergangene Urteil behandelt ein Problem aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht, das sich unter dem neuen Recht nicht weniger dringlich stellt: Die grundlose ernsthafte und endgültige Weigerung des Schuldners, die Leistung zu erbringen, macht ausnahmsweise die Mahnung als Verzugsvoraussetzung entbehrlich (so heute explizit § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB und früher die ständige Rechtsprechung¹). Fraglich ist jedoch, ob Verzug auch dann eintritt, wenn die geschuldete Leistung bei Weigerung noch gar nicht fällig ist. Dabei war im Streitfall konkret zu klären, ob bei einer solchen sog. antizipierten Erfüllungsverweigerung eine für die nicht rechtzeitige Erfüllung vereinbarte Vertragsstrafe ohne weiteres Zuwarten verlangt werden kann. Der Wortlaut des § 339 BGB stellt für den Verfall der Strafe insoweit auf den Verzugsbeginn ab.

II. Kernaussagen und Würdigung

1. Nach Ansicht des BGH vermag die Erfüllungsverweigerung nichts daran zu ändern, dass die Fälligkeit der geschuldeten Leistung Voraussetzung für den Schuldnerverzug ist. Fälligkeit meint den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger berechtigt ist, die geschuldete Leistung zu verlangen (vgl. § 271 BGB). Folglich gerät der Schuldner vor Eintritt des vereinbarten Leistungstermins nicht in Verzug, wenn er die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Dies verdient Zustimmung, da der gesetzliche Verzugstatbestand die Fälligkeit der Leistung voraussetzt (heute: § 286 Abs. 1 BGB). Dabei betont der BGH zu Recht, dass die Weigerung nicht die Fälligkeit der Leistung auslöst. Oder anders gewendet: Durch die Weigerung wird der vereinbarte Leistungstermin nicht einfach hinfällig.

2. Bedenklich erscheint es dagegen, wenn der BGH ohne weitere Begründung annimmt, mangels Verzugs dürfe der Gläubiger die vereinbarte Vertragsstrafe nicht verlangen. Legt man die Vereinbarung über die Vertragsstrafe im Streitfall dahin aus, dass sie nach dem Parteiwillen nicht (nur) die verzögerte Leistung, sondern (auch) den endgültigen Ausfall der Erfüllung sanktionieren soll, so spricht viel dafür, dass die Strafe nicht erst mit Verzugsbeginn verfallen konnte. Denn nach ständiger und im aktuellen Urteil bestätigter

Rechtsprechung² berechtigt die ernsthafte und endgültige antizipierte Erfüllungsverweigerung den Gläubiger dazu, sofort von der Primärleistung abzurücken und auf das positive Interesse (heute: Schadensersatz statt der Leistung) bzw. zum Rücktritt vom Vertrag überzugehen. Die Fälligkeit ist also zwar unentbehrlich für den Verzug und damit insbesondere für den Ersatz des Verzögerungsschadens nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB. Abweichendes gilt jedoch für den Wechsel von der Primärleistung zum Schadensersatz statt der Leistung und zum Rücktritt. Stellt die antizipierte Erfüllungsverweigerung damit aber eine Vertragsverletzung dar, die den Gläubiger bereits vor Fälligkeit berechtigt, die Primärleistung endgültig für gescheitert zu erachten, so muss er folgerichtig und entgegen dem BGH eine für dieses Scheitern vereinbarte Vertragsstrafe ebenfalls verlangen dürfen, ohne die Fälligkeit abzuwarten. Versteht man § 339 BGB als bloße Auslegungsregel, die hinter einen abweichenden Parteiwillen zurücktritt³, so steht der abweichende, den Verzugsbeginn fordernde Wortlaut der Norm diesem Ergebnis nicht entgegen. Mit dem danach zulässigen sofortigen Strafverlangen erlischt der Primärleistungsanspruch gemäß § 340 Abs. 1 S. 2 BGB parallel zu § 281 Abs. 4 BGB. Nach § 340 Abs. 2 BGB ist die Strafe ggf. auf den Schadensersatz statt der Leistung anzurechnen.

3. Da die Entscheidung noch zum alten Recht erging, äußert sich der BGH verständlicherweise nicht dazu, aus welchen Vorschriften sich heute das bei einer antizipierten Erfüllungsverweigerung in der Rechtsprechung anerkannte⁴ Recht zur fristlosen Vertragsstornierung ergibt. § 323 Abs. 4 BGB sieht ausdrücklich die Möglichkeit zum Rücktritt vor Fälligkeit vor, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Davon wird man bei einer antizipierten Erfüllungsverweigerung typischerweise ausgehen dürfen, so diese ernsthaft und endgültig ausgesprochen wird, also nicht zu erwarten ist, dass der Schuldner davon bis zur Fälligkeit noch abrücken wird.⁵ Dagegen fehlt es an einer entsprechenden Regelung in § 281 BGB. Nach dem Wortlaut der Vorschrift müsste man demnach – parallel zum Verzug – am Fälligkeitserfordernis in Abs. 1 festhalten. Um gleichwohl bereits vor Fälligkeit den fristlosen Übergang auf den Schadensersatz statt der Leistung zu ermöglichen, wollen manche §§ 281 Abs. 1, Abs. 2 BGB analog anwenden, so dass ausnahmsweise nicht nur die Frist, sondern auch die Fälligkeit entbehrlich wäre.⁶ Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber die antizipierte Erfüllungsverweigerung bei § 281 BGB schlicht übersehen hat, so könnte man allerdings auch eine analoge Heranziehung von § 323 Abs. 4 BGB erwägen. Überzeugender erscheint es freilich, für den Schadensersatz statt der Leistung auf § 282 BGB abzustellen.

² S. dazu die Nachw. in den Entscheidungsgründen des aktuellen Urteils, Rn. 11.

³ So zutreffend *Rieble*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 339 Rn. 138.

⁴ S. Fn. 2.

⁵ Näher dazu *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 97.

⁶ So *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 281 Rn. 62.

* Zur Entscheidung gelangen Sie über die Homepage des BGH: www.bundesgerichtshof.de.

¹ S. dazu die Nachw. in den Entscheidungsgründen des aktuellen Urteils, Rn. 10.

Denn dort ist eine Regelung getroffen, so dass es an einer durch Analogie zu überwindenden Lücke im Gesetz fehlt: Indem der Schuldner vor Fälligkeit die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, verletzt er die ihn gemäß § 241 Abs. 2 BGB treffende Schutzpflicht (i.S. einer Nichtleistungspflicht), die Vertragsdurchführung nicht zu gefährden. In Übereinstimmung mit der gesetzlichen Wertung des § 323 Abs. 4 BGB wird man regelmäßig annehmen können, dass damit die Leistung durch den Schuldner für den Gläubiger unzumutbar ist, so dass die Voraussetzungen des § 282 BGB vorliegen.⁷ Mit § 282 BGB ist im gegenseitigen Vertrag zugleich der parallele Rücktrittstatbestand des § 324 BGB erfüllt. Während sich also das Recht zum Schadensersatz statt der Leistung nach vorzugswürdiger Ansicht allein aus § 282 BGB herleiten lässt, sind hinsichtlich des Rücktrittsrechts regelmäßig § 323 Abs. 4 BGB und § 324 BGB nebeneinander anwendbar.

Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg

⁷ Es bleibt selbstverständlich dabei, dass der Schadensersatzanspruch darüber hinaus das Vertretenmüssen voraussetzt (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB).