

Update Schuldrecht:

Was passiert, wenn der Gläubiger nach Ablauf der gesetzten Nachfrist i.R.d. §§ 281 I, 323 I BGB nicht gestaltet?

oder: Wer beendet die Schwebelage?

Beispiel: Dem nicht liefernden Verkäufer wird vom Käufer eine Nachfrist von 14 Tagen zur Lieferung gesetzt. Diese Frist läuft am 01.06.2005 ab. Der Käufer bleibt aber untätig. Am 26.06.2005 liefert der Verkäufer nun endlich.

Muss der Käufer die Ware annehmen?

Vor der Modernisierung des Schuldrechts ordnete § 326 I S.2, Hs. 2 BGB a.F. an, dass nach Fristablauf der Anspruch auf die Leistung ipso iure ausgeschlossen war.

Im „alten Recht“ hat also der Gesetzgeber die Entscheidung zwischen Erfüllung und Schadensersatz bzw. Rückabwicklung schon auf den sehr frühen Zeitpunkt der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorverlegt.

Problematisch an dieser Rechtslage war, dass es sich der Käufer nicht mehr anders überlegen konnte, selbst wenn sich nun herausstellen sollte, dass ein Deckungsgeschäft nicht möglich war. Die Würfel waren gefallen – der Käufer hatte keinen Erfüllungsanspruch mehr.

Daher tritt nach der seit dem 01.01.2002 geltenden Rechtslage nach Fristablauf kein automatisches Erlöschen der Primärleistungspflicht ein. Dies ist erst der Fall, wenn der Käufer den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz statt der Leistung verlangt, § 281 IV BGB.

Ist die vom Käufer mit angemessener Länge gesetzte Frist zur Nacherfüllung abgelaufen, hat dieser aber noch nicht erklärt, dass er zurücktrete bzw. Schadensersatz statt der Leistung verlange, liegt eine sog. „**Schwebelage**“ vor.

Dieser Schwebezustand ist dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer nach Fristablauf noch seinen Nacherfüllungsanspruch hat und diesen auch einklagen kann.

Der Käufer hat es nun in der Hand,

- zurückzutreten bzw. die Erklärung nach § 281 IV BGB abzugeben, damit den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen bringen und stattdessen Rückabwicklung oder Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I S.1 BGB verlangen,
- oder vom Schuldner weiterhin Erfüllung zu verlangen.

Der Schuldner, der damit zunächst weiterhin verpflichtet ist, kann daher auch ermutigt sein, von sich aus seine Leistung auch nachträglich noch anzubieten, wenn ihm dies möglich ist.

Die zu klärende Kardinalfrage lautet daher: „Muss der Gläubiger nach Ablauf der Frist ein nachträgliches Leistungsangebot des Schuldners noch annehmen, wenn er bis dahin noch nicht gem. § 281 IV BGB gestaltet hat“?

1.) Der Schuldner könnte berechtigt sein, dem Gläubiger (analog) § 264 II BGB eine Entscheidungsfrist setzt.

Dies wäre aber nur dann zu bejahen, wenn es sich also um eine Wahlschuld i.S.d. §§ 262 ff. BGB handelt und nicht um eine elektive Konkurrenz.

Während bei einer Wahlschuld nur eine Forderung mit alternativem Inhalt besteht (vgl. die *ex tunc* Wirkung des § 263 II BGB), stehen bei einer elektiven Konkurrenz dem Gläubiger wahlweise mehrere, inhaltlich verschiedene Ansprüche zu¹.

Gegen die Annahme einer Wahlschuld spricht, dass der Gesetzgeber dem Schuldner bewusst die (zunächst angedachte) Möglichkeit einer Fristsetzung genommen hat, weil dieser aufgrund der Pflichtverletzung weniger schutzwürdig ist².

Auch kommt der Erklärung des Gläubigers nach § 281 IV BGB nicht die gleiche Wirkung wie bei einer Wahlschuld zu.

- Zum einen passt die Rückwirkung des § 263 Abs. 2 BGB nicht.
- Zum anderen bestanden im Zeitpunkt der Wahl zwei Ansprüche, von denen aber nur einer durchsetzbar ist (andernfalls würde das Leistungsinteresse des Gläubigers doppelt befriedigt).

2.) Daher nimmt die h.M. zu Recht ein Verhältnis elektiver Konkurrenz an³.

Fraglich ist, ob der sich im Verzug befindliche Schuldner berechtigt ist, durch die Erfüllung gemäß § 362 I BGB den Schuldnerverzug zu beenden.

Dürfte der Gläubiger die nachträglich angebotene Erfüllung nun nicht zurückweisen, verlore er damit sein Recht, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen bzw. den Rücktritt zu erklären.

Konflikt: Einerseits erhält der Gläubiger mit der Leistung – wenn auch nach Ablauf der von ihm gesetzten Frist – das, worauf er einen Anspruch hat. Er bedarf daher nicht mehr seines Gestaltungsrechts aus § 281 IV bzw. § 323 I BGB, um sein Leistungsinteresse weiter zu verfolgen. Andererseits kann der Gläubiger bereits im Vertrauen auf den (noch zu erklärenden) Rücktritt bzw. Schadensersatz statt der Leistung disponiert haben (z.B. durch Vornahme eines Deckungsgeschäfts).

Fraglich ist, welche Position schutzwürdiger ist.

a) Nach einer Ansicht ist es vorzugswürdig, dass die Verzugsbeendigung auch das Gestaltungsrecht des Gläubigers beseitigt. Denn schließlich habe es der Gläubiger selbst in der Hand, das Rücktrittsrecht auszuüben bzw. Schadensersatz statt der Leistung zu wählen. Der Schuldner hingegen tue nur das, was das Schuldverhältnis von ihm verlange⁴.

¹ Vgl. PALANDT, § 262 Rn. 6

² Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 140

³ Vgl. PALANDT, § 281 Rn. 50; BAMBERGER/ROTH/GRÜNEBERG, § 281 Rn. 48; BRESSLER, NJW 2004, 3382 [3383]

⁴ Vgl. MÜKO, § 323 Rn. 171; ebenso DERLEDER/HOOLMANS, NJW 2004, 2787 ff.

b) Dem ist zu widersprechen: Zwar ist der Anspruch noch erfüllbar, doch tut der Schuldner nicht das, was das Schuldverhältnis von ihm verlangt. Denn dann hätte er innerhalb der Frist leisten müssen.

Ferner könnte der Schuldner nach dieser Ansicht das Wahlrecht des Gläubigers ähnlich wie über den nicht anwendbaren § 264 II BGB einschränken. Dies hat der Gesetzgeber aber gerade bewusst abgelehnt (s.o.).

Überdies würde man aus dem Recht zur zweiten Andienung ein Recht zur „dritten Andienung“ machen. Dies würde der Fristsetzung den Erfüllungsdruck nehmen⁵.

c) Allerdings darf der Gläubiger mit der Erklärung nach § 281 IV BGB bzw. der Rücktrittserklärung nicht nach Belieben abwarten.

Wenn auch der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Fristsetzung durch den Schuldner bewusst abgelehnt hat, so gilt doch der aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abzuleitende Grundsatz der Verwirkung⁶.

Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner über einen gewissen Zeitraum hin wegen der Untätigkeit des Gläubigers bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt⁷.

Das Verstreichen eines längeren Zeitraums allein genügt dafür aber nicht. Auch bestehen keine allgemeinen Grundsätze, so dass es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

Demnach ist der Gläubiger erst dann (wieder) zur Annahme des nach Ablauf der gesetzten Nachfrist gelieferten Gegenstandes verpflichtet, wenn die Abgabe der Rücktrittserklärung bzw. der Erklärung mit dem Inhalt des § 281 IV BGB verwirkt ist. Eine Zurückweisung ist dann unberechtigt.

d) Überzeugender ist daher folgendes:

Der Gläubiger kann nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist die nun angebotene (ordnungsgemäße) Nacherfüllung grundsätzlich innerhalb der Grenzen der Verwirkung zurückweisen. Aufgrund § 254 II S.1 BGB erfasst der Verzögerungsschaden damit nur die bis dahin angefallenen Posten. Durch die Abgabe einer Erklärung nach § 281 IV BGB hat es der Gläubiger aber in der Hand, künftige Posten als Schadensersatz statt der Leistung ersatzfähig zu stellen.

Bei dieser Streitfrage handelt es sich um ein hausgemachtes Problem der Schuldrechtsreform. Da die Lösung äußerst schwierig ist und verschiedene Folgefragen auftauchen, wird diese Thematik demnächst ausführlicher in der Life & Law in der Reihe „Das Problem“ dargestellt werden.

⁵ FINN, ZGS 2004, 32 [34 f.]; GSELL, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, 115; SCHWAB, JR 2003, 133 [134].

⁶ Vgl. LORENZ, Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht: Eine Zwischenbilanz, 2004, S. 12

⁷ BGH NJW 2002, 669 [670]; BGHZ 146, 217, 220