

Verzugsauslösende Mahnung: Warum Voraussetzung der Fälligkeit der Forderung?

I. Zum Verzug (*mora*) allgemein

Der Verzug des Schuldners stellt eine eigentümliche Institution dar, die in den römischen Quellen ihren Ursprung hat und in der romanistischen Literatur der Rezeptionszeit ihre abschließende Ausbildung erfuhr. Die heute feststehenden Elemente wie auch die noch offenen Fragen sind dort bereits vollumfänglich vorweggenommen.

Um die Bedeutung des auf uns gekommenen romanistischen Erbgutes zu erkennen genügt jeweils ein Blick in Richtung der englischen Tradition, in welcher römische Einflüsse Ausnahmen darstellen. Zu diesen (insgesamt nicht häufig aufzuspürenden) Ausnahmen gehört der Verzug nicht: Im englischen Sprachbereich ist das Verzugsphänomen nicht bekannt, ja es lassen sich kaum Termini finden, um die Sache korrekt zu umschreiben: *delay* wie *default* bezeichnen allein das Faktum der objektiven Leistungsverzögerung; erfaßt werden weder die neben der Leistungsverzögerung vorausgesetzten zusätzlichen Bedingungen noch die typischen, mit dem Verzug verknüpften rechtlichen Folgen. Das Vertragsrecht des englischen Sprachbereichs ist in Bereich der Nichterfüllung beherrscht von der Vorstellung des *breach of contract*, des Vertragsbruchs, der den Vertrag zu einem Ende bringt, die Nichterfüllungssanktionen auslöst und dem Schuldner konsequenterweise die nachträgliche Erfüllung abschneidet.

Anders die kontinentale Rechtsüberlieferung: Das Institut des Verzugs wird nicht allein durch objektive Leistungsverzögerung ausgelöst, sondern setzt ein zusätzliches verzugsauslösendes Requisite voraus: Das Erinnerterwerden des Schuldners an seine Leistungspflicht und gleichzeitig die ihm zukommende Bestätigung, daß der Gläubiger am Vertrag festhält und auf Erfüllung besteht. Dieses subjektive Element besteht im idealtypischen Fall in der Mahnung (der *interpellatio* in romanistischer Diktion), die vom Schuldner die geschuldete Vertragsleistung fordert, deren schuldnerbezogene subjektive Wirkung aber auch bereits durch explizite Absprache im ursprünglichen Vertrag bereits vorweggenommen werden kann (die Absprache eines genau fixierten Leistungstermins, so daß man dann sagen kann, dieser Leistungstermin mahne schon als solcher:

dies interpellat pro homine, wie die in der Rezeptionszeit geprägte Formel lautet). Der Verzug erlangt indessen seine Bedeutung durch die an ihn geknüpften Folgen: Den bisher nicht erfüllt habenden Schuldner treffen zwar bestimmte Sanktionen (Ersatzpflicht für Verspätungsschaden, Risikotragung), der Vertrag bleibt aber weiterhin aufrecht und der Schuldner ist wie bisher zur Erbringung der primären vertraglich vereinbarten Leistung berechtigt und verpflichtet.

Der Verzug, die *mora* des römischen Rechts, ist eine von Grund auf humane Einrichtung, die menschlicher Schwäche Rechnung trägt. Sie berücksichtigt aber auch die zu wenig beachtete Tatsache, daß es nicht allzu selten ist, daß zwar ein Vertrag mit ernsthaftem Bindungswillen geschlossen wird, im nachhinein indessen der eine oder beide Partner das Interesse an ihrer Abmachung verlieren und sie vielleicht stillschweigend dem Vergessen anheimgeben wollen. Sind die Voraussetzungen eines derartigen Vertragsmodells nicht zum vornherein ausgeschlossen (eben weil z. B. ein genauer Erfüllungszeitpunkt vereinbart wurde), so hat es guten Grund, Sanktionen nur unter der Voraussetzung eintreten zu lassen, daß der an der Vereinbarung festhaltende Partner seinen Vertragswillen erneut deklariert und den Gegner zur Vertragserfüllung aufruft.

II. Die Voraussetzung der Fälligkeit der Schuld als Voraussetzung wirksamer Inverzugsetzung nach § 284 Abs. 1 BGB

§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB lautet: "Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug."

Vor einläßlicher Würdigung doch die Feststellung, daß unter allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen die genannte Regel überrascht und eine erklärungsbedürftige Ausnahme von allgemeinen Grundsätzen darstellt.

Antezipierte Erklärungen, die erst in einem späteren Zeitpunkt, d. i. nach Eintritt deren Voraussetzungen, ihre Wirkung entfalten, sind in jeder von übertriebenem Formalismus emanzipierten Rechtsordnungen zulässig und haben heute größere praktische Verbreitung als je: Eine Kündigungserklärung, wenn vor dem Kündigungstermin ausgesprochen, ist zwar zur Zeit unbegründet, entfaltet aber trotzdem auf nächstmöglichen Zeitpunkt ihre Wirkung. Die Abtretung künftiger (derzeit noch nicht fälliger, wenn nicht gar nicht einmal im Entstehen begriffener) Forderungen, die heute vielerorts fast allzu großzügig als

wirksam akzeptiert wird, läßt sich ebenfalls dogmatisch nicht anders begründen denn als vorweggenommene Abgabe einer Erklärung, deren rechtliche Voraussetzungen erst später verwirklicht sein werden. Die heute herrschende Lehre scheint die Mahnung überwiegend nicht als Rechtsgeschäft zu qualifizieren, in welchem Punkt allerdings der historische Gesetzgeber von der entgegengesetzten Auffassung ausging¹. Wie dem auch sei: es ist nicht einzusehen, weshalb die Mahnung, ob als Rechtsgeschäft oder als sonstige rechtserhebliche Willenserklärung eingestuft, mit dieser Gültigkeitsvoraussetzungen zu belasten sei, die in anderen Zusammenhängen unbekannt ist.

III. Literatur und Praxis zu § 284 Abs. 1 BGB

Einläßliche wissenschaftliche Stellungnahmen zu der hier aufgeworfenen Frage sind nicht bekannt; jedenfalls werden in den konsultierten Kommentaren zu § 284 BGB keine solchen vermerkt. Diese stellen die Voraussetzung der Fälligkeit der von der Mahnung betroffenen Forderung weitgehend übereinstimmend dar und halten fest, daß auch nachträglicher Eintritt der Fälligkeit nicht die vorangehende Mahnung wirksam machen und Verzug auslösen könne². Die von den genannten Kommentatoren zitierten Entscheidungen bringen keine neuen Gesichtspunkte, ja die vermerkten Entscheidungen betreffen kaum je die im Gesetz festgeschriebene und daher nicht kontroverse Ungültigkeit der vor Fälligkeitseintritt ausgesprochenen Mahnung, sondern beziehen sich auf andere Elemente. So wird vorab festgehalten, daß Mahnung mit einer die Fälligkeit erst auslösenden Erklärung (z. B. Wahlerklärung) verbunden werden könne³; andere Entscheidungen betreffen die Frage, ob Mahnung überhaupt notwendig sei, ohne unter Zeitaspekten deren Gültigkeit zu prüfen⁴.

Insgesamt darf festgehalten werden, daß die hier thematisierte Frage kaum einläßliche Doktrin noch Gerichtspraxis veranlaßt hat. Damit ist die praktische Bedeutungslosigkeit allerdings nicht erstellt; das Stillschweigen

¹ Vgl. Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. II, S. 58: "Die Mahnung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, auf welches die allgemeinen Vorschriften über derartige Rechtsgeschäfte Anwendung finden."

² Konsultiert wurden, jeweils zu § 284 BGB: THODE in MüKo, Rdn. 35; HEINRICHS in Palandt, Rdn. 1; WIEDEMANN in Soergel/ Siebert, Rdn. 29; LÖWISCH in Staudinger, Rdn. 29.

³ So RGZ 50, 255 ff.

⁴ Vgl. etwa BGHZ 77, 60 ff.; BGH NJW-RR 1996, 57; BGH WM 1970, S. 1141 f.

könnte auch in der Eindeutigkeit der normativen Aussage von § 284 Abs. 1 begründet sein.

IV. Ausländische Regelungen

Der deutsche Gesetzgeber ist mit seiner Fälligkeitsvoraussetzung nicht in zahlreicher Gesellschaft: Der französischen Code Civil knüpft in Art. 1139 die Mahnung an gewisse Formalitäten: ("sommation ou autre acte équivalent" bedeutet wohl Leistungsaufforderung durch Gerichtsbeamten; im Handelsverkehr genügt einfache Schriftform⁵). statuiert indessen keine weiteren Voraussetzungen der Gültigkeit der Mahnung. Auf dieser Linie bleiben wohl die meisten romanischsprachigen Kodifikationen. Hier seien nur die beiden jüngsten der nach dem BGB entstandenen Gesetzbücher erwähnt: Der italienische Codice Civile von 1942 läßt Verzug eintreten durch "intimazione o richiesta fatta per iscritto" (gerichtliche oder schriftliche Leistungsaufforderung); der portugiesische Código Civil von 1966 (Art. 805 Abs. 1) verlangt gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung.

Im deutschen Sprachbereich sind ebenfalls eindeutige Vorbilder nicht vorhanden: Das österreichische ABGB verlangt (für Zahlungen) "gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung" (§ 1334): Fälligkeit wird für die Wirksamkeit der "Einmahnung" nicht vorausgesetzt. Weniger eindeutig sind allerdings die Verhältnisse unter dem schweizerischen OR, denn dieses sagt in Art. 102 Abs. 1: "Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt." Nach in der Schweiz heute herrschender Lesart bedeutet die Fälligkeitsvoraussetzung dieser Bestimmung indessen nicht mehr als die Selbstverständlichkeit, daß die Verzugswirkungen erst mit Fälligkeit eintreten⁶.

V. Der historische Hintergrund des Fälligkeitserfordernisses von § 284 Abs. 1 BGB

1. Romanistische Überlieferung

Ist die hier thematisierte Einschränkung der Inverzugsetzungsmöglichkeit auf den Zeitpunkt nach Eintritt der Fälligkeit bloß von beschränkter

⁵ Vgl. FERID, Das französische Zivilrecht, Bd. 1, 1971, S. 499 unter 2 C 80 ff.

⁶ So BGE 103 II 105 und zahlreiche neuere Autoren. Anders noch v. TUHR, OR Bd. II, 1925, wie auch die Nachfolgeauflagen, § 72 Fn. 10; BECKER, Berner Komm. OR 102 N. 18; v. BÜREN, OR Allgemeiner Teil, 1964, S. 366 f.

praktischer Bedeutung, hat sie doch eine bis ins Altertum zurückreichende Vorgeschichte. Diese ist so einfach, daß sie hier kurz skizziert werden kann. Grundsätzliches Interesse an der historischen Bedingtheit unserer Kodifikationen wie auch an der Zufälligkeit der Aufnahme des Fälligkeitserfordernisses in das Verzugsrecht des BGB kann vielleicht zum anekdotischen Aspekt hinzutreten.

Die Darstellung einer historischen Entwicklungslinie kann entweder progredient oder retrograd, also vorwärts- oder rückwärtsschreitend sein: Man nimmt einen Ausgangspunkt und blickt auf die durch ihn ausgelösten Folgen, oder man beginnt mit dem Endzustand und fragt nach dessen Ursachen. Beginnen wir mit der ersteren Vorgehensweise.

a) Die Entwicklung nimmt ihren Ausgangspunkt in den Digesten JUSTINIANS (Dig. 22, 1, 32 pr.), wo ein Zitat des Juristen MARCIAN besagt: *Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit*. Dieses Zitat zu übersetzen fällt nicht leicht. Wir lassen den hier nicht interessierenden Gegensatz zwischen "*mora ex re*" und "*mora ex persona*" (zwischen dem auf Grund des Vertrages automatisch eintretenden und dem durch persönliche Intervention des Gläubigers, i. e. dessen Mahnung – *interpellatio* – ausgelösten Verzug) beiseite; die Bedingung des Verzugsintritts lautet dann: "wenn der gemahnte (sc. Schuldner) nicht erfüllt haben wird". Im Text heißt es aber weiterhin *oportuno loco*, "am gehörigen Ort". Bezieht sich dieser Zusatz: auf *interpellatus* oder *solverit* – wird vorausgesetzt, daß die gläubigerische Mahnung oder die schuldnerische Erfüllung am richtigen Ort erfolgt sei? Diese Doppeldeutigkeit gibt Anlaß zu Diskussion noch in der Pandektistik; sie darf, wie das MARCIAN-Zitat selber, als Entstehungs-Voraussetzung der BGB-Regelung verstanden werden.

b) Die Glossatoren beziehen *oportuno loco* auf die Mahnung und nicht auf die Erfüllung, sodann ersetzen sie *oportunus* (ohne erkennbaren Grund) durch *congruus*. In vorliegendem Zusammenhang ist indessen entscheidend, daß sie nicht bloß Mahnung am rechten Ort, sondern auch zur rechten Zeit fordern: Die Bezugnahme auf *locus* wird mit jener auf *tempus* ergänzt.

Bei AZO († 1230) heißt es dementsprechend in dessen Summa: "*mora fit [...] vel per litis conte [...] vel per eius cui debetur nunciationem congruo loco et tempore factam*" (lib. II, § 34); und bei ACCURSIUS († ca. 1260) in dessen Glossa ordinaria zu Dig. 22, 1, 32: "*Oportuno loco. Sed quis dicitur oportunus locus? Respon. potest dici ille in quo debitor potest conveniri invitam ut solvat: non alius, etiam ubi habet locum domicilii: sed non potest ibi conveniri, quod sit quandoque*". Das Marginale (möglicherweise von CUIACIUS stammend) lautet: "*Interpellatio fieri debet opportuno loco et tempore*"⁷.

⁷ Zit. nach Ausgabe Lyon 1589, mit *Paratitlis Cuiacii*.

c) Auf der von AZO und ACCURSIUS gewiesenen Linie bleiben so gut wie sämtliche Schriftsteller, die sich überhaupt auf diesen Aspekt der *interpellatio* einlassen, bis hinein ins 19. Jahrhundert. So die Kommentatoren: BARTOLUS (A SAXOFERRATO; 1314-1357) in seinem *Tractatus de Differentia inter ius canonicum et civile* (Note 107): "*Item differunt, iure civili non fit mora re ipsa, set interpellatione secuta, congruo loco & tempore [...] sed iure canonico fit mora re ipsa in tarda solutione decimarum.*", oder BALDUS (UBALDUS, PERUSINUS; 1327-1400) in seinen *Commentaria in secundum Digesti Vet. partem*⁸ zu Dig. 22, 1, 32: "*Mora committit per leg. interpellationem congruo loco, & tempore factam*".

Die Vertreter der "eleganten Jurisprudenz" CUIACIUS (1522-1590) und DONELLUS (1527-1591) erwähnen das Problem, soviel ersichtlich, nicht explizit. Anders dagegen dann etliche deutschen Autoren: CARPZOV (1595-1666)⁹: *Mora est, cum quis congruo loco & tempore interpellatus haud solvit*, welche Feststellung bei diesem Autor allerdings bloß beiläufigen Charakter hat. Einläßlicher ist JOHANNES BRUNNEMANN (1608-1672)¹⁰: *Mora ex persona dicitur fieri per interpellationem, etiam extrajudicalem opportuno tempore & loco factam; i. e. si Lipsiae solvere debeo, ut Lipsiae etiam interpeller.* Ähnlich auch JOHANNES VOET (1647-1713).¹¹ – Umgekehrt kann ich bei LAUTERBACH (1618-1678)¹², bei GEORG ADAM STRUVE (STRUVIUS, 1619-1692) oder im Pandekten-Kommentar von SAMUEL STRYK (1640-1710) keine Bezugnahme auf das Erfordernis der Angemessenheit von Zeit und/oder Ort der Mahnung finden.

d) Das Problem wird in der Pandektistik des 19. Jahrhunderts vorab von BERNHARD WINDSCHEID aufgenommen. Nach dessen Pandekten¹³ "ist es nicht erforderlich, daß die Mahnung an dem Leistungsorte oder zu der Leistungszeit selber erfolge." Anschließend¹⁴ heißt es aber: "Dies wird nicht allgemein anerkannt, und namentlich nicht was die Zeit der Mahnung angeht. Aber es folgt aus dem Begriff der Mahnung, und ein Gegenbeweis aus den Quellen kann nicht geführt werden." Unter Hinweise auf die MARCIAN-Stelle sowie Dig. 45, 1, 49, 3 vertritt WINDSCHEID die Auffassung, daß die Quellen *interpellatio* dahin verstehen, "daß Leistung gerade an dem Orte und zu der Zeit der Mahnung verlangt

⁸ Zit. aus Ausgabe Venedig 1586.

⁹ Definitiones p. 2 cap. 30 def. 20 n. 6.

¹⁰ Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum Buch 22/1/32, zit. nach Ausgabe Köln 1762.

¹¹ Ad Pandectas, Buch 22/1 Note 24.

¹² Vgl. Collegium Theorico-Practicum ... Pandectarum, Buch 22, 1, Note 52.

¹³ 9. Aufl. § 279.

¹⁴ A. a. O., Fn. 4.

werde", demnach *opportuno loco* auf "interpellatur" beziehend. Dieser Interpretation der Textstelle fügt er indessen präzisierend bei: "Ihr Sinn ist doch der, daß die Mahnung ungültig sei – nicht wenn sie an einem unpassenden Ort erfolge, sondern – wenn sie an einem unpassenden Orte Leistung verlange."

HEINRICH DERNBURG¹⁵ nimmt die Forderung der Mahnung "an passendem Ort und zu passender Zeit" ebenfalls auf, schreibt dann aber: "Eine vor Fälligkeit der Schuld eingehende Mahnung, laut deren der Schuldner nach der Fälligkeit zahlen soll, muß genügen."¹⁶

e) Abschließend bleibt doch festzuhalten, daß zahlreiche einflußreiche Autoren sich zu der vorliegenden Frage ausschweigen, so daß der Gesetzgeber des BGB nicht unter "Autoritätsdruck" stand, wenn er in geschehenem Sinn legiferiert hat. Als sich nicht äußernde Autoren hier zu nennen Ludwig JUL. F. HÖPFNER¹⁷, C. F. MÜHLENBRUCH¹⁸, FRIEDR. LUDWIG VON KELLER¹⁹, oder J. BARON²⁰.

2. *Swiss Connection?*

Erklärt der Blick in die romanistische Überlieferung zwar das Herkommen des hier betrachteten Fälligkeitserfordernisses, ist damit noch nicht erklärt, weshalb die Väter des BGB sich entschlossen haben, dieses keineswegs einhellig und zwingend verankerte, sondern vielmehr bloß als Möglichkeit aufgezeigte Element in das Gesetz aufzunehmen. Wollen wir hier nach Erklärung suchen, ist die retrograde, d. h. beim BGB beginnende und rückwärtsschreitend nach Vorbildern suchende Methode angezeigt.

Die Materialien des BGB geben keinen Aufschluß über die Beweggründe des Gesetzgebers. Der BGE-Entwurf von 1888 sah in § 245 Abs. 1 in leicht anderer Fassung bereits die heutige Lösung vor. Die amtliche Ausgabe der Motive zum Entwurf sagt im Zusammenhang des Schuldnerverzuges nichts weiter als: "Über die Zeit der Mahnung ist nichts weiter bestimmt, als daß sie wirksam erst nach der Fälligkeit erfolgen kann."²¹ Daher müssen wir nach Vorbildern suchen.

¹⁵ Pandekten, Bd. 2, 5. Aufl. 1897, § 40 und Fn. 5 und 6.

¹⁶ A. a. O., Fn. 6. So auch noch die späteren, von PAUL SOKOLOWSKI besorgten Auflagen, z. B. Bd. II, 8. Aufl. 1912, § 297, S. 627.

¹⁷ Commentar über die Heineccischen Institutionen, 1. Aufl. 1783, hier benutzt 7. Aufl. 1803, § 755.

¹⁸ Pandekten, Bd. II, Halle 1836 § 371, S. 314.

¹⁹ Pandekten, hgg. von Emil Friedberg, Leipzig 1861, § 252, S. 495.

²⁰ Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896, § 240, S. 437.

²¹ Bd. II, § 245, S. 59; hier zit. nach der 2. Aufl. 1896.

Die Kodifikation, die erwiesenermaßen das Schuldrecht des BGB mehr als alle anderen beeinflußt hat, ist das im Jahre 1881 verabschiedete, von 1983 in Kraft stehende schweizerische Obligationenrecht (das, im Gegensatz zu der am 1.1.1912 in Kraft getretenen neuen Fassung, "altes Obligationenrecht" – hier "aOR" – genannt wird), Wie im Bewußtsein des deutschen Juristen meist verdrängt, gehen ans Grundsätzliche greifende und praktische bedeutsame Neuerungen auf dieses Vorbild zurück: Die Vertragsterminierungs-Möglichkeit des § 326, die Tatsache, daß der Irrtum nicht, wie bisher allenorts in Übereinstimmung mit dem römischen Vorbild, als Nichtigkeitstatbestand verstanden wird, sondern erst auf Anfechtungserklärung hin wirksam wird und weitere. Auch zum vorliegenden Zusammenhang mag das aOR beigetragen haben, lautet doch dessen Art. 117 Abs. 1: "Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt." Eine entscheidende Rolle in der Entstehungsgeschichte des BGB kann indessen dieser Norm nicht zugebilligt werden, weil sie ihrerseits nicht neu ist, sondern im Dresdener Entwurf Art. 283 Abs. 1 einen Vorläufer hat, der lautete: "Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er seine Verbindlichkeit, nachdem solche fällig geworden und ihm darauf eine Mahnung von dem Gläubiger zugegangen ist, aus Verschulden nicht erfüllt." Befragen wir die weitläufigen Protokolle der "Commission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationenrechts", erhalten wir wiederum Information weder über Vorbilder noch über sachbezogene Überlegungen der Redaktoren: Band 2²² gibt zwar den Text der diskutierten Fassung (damals Art. 281) wieder, der mit wenigen Änderungen bereits den Text des BGB bzw. dessen Entwurf 1888 vorwegnimmt (anders vorab "Schuld" statt "Verbindlichkeit", "Berechtigter" statt "Gläubiger"), enthält aber nicht ein einziges Wort der Bezugnahme auf das Fälligkeitserfordernis. Auch am Schluß der Beratungen, die noch einmal auf wichtige Fragen zurückkommen, findet sich kein Rekurs auf unsere Frage²³. Die Suche nach Vorbildern geht daher weiter.

Zeitlicher Vorläufer des Dresdener Entwurfs ist das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB), dessen § 288 lautet: "Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, eine fällige Forderung hat, kann wegen derselben vom Tage der Mahnung an Zinsen fordern ...". Diese Formel gilt nur für Geldforderungen und ist im übrigen nicht sehr explizit, d. h. würde, ähnlich wie das

²² Dresden 1864, S. 874.

²³ Vgl. Beratung 29.1.1866; Bd. 6, Dresden 1866, S. 4164 ff.

schweizerische OR, auch die Lesart zulassen, daß eine "Vorweg-Mahnung" nicht ausgeschlossen sei. Immerhin ist die Verwandtschaft mit § 284 Abs. 1 BGB nicht zu verkennen. Hat das ADHGB seinerseits Vorläufer? Das Allgemeine Preußische Landrecht (ALR) kommt als Vorbild nicht in Betracht, denn es kennt zwar die "Zögerung" und deren rechtliche Folgen, indessen ist diese objektiv zu verstehen als Ausbleiben der Leistung bei Fälligkeit (die ihrerseits, bei Fehlen hinreichender vertraglicher Fixierung, durch "auffordern" ausgelöst werden kann), während eine Verzugsregelung i. S. der romanistischen Tradition nicht besteht²⁴. So kommt im deutschen Sprachbereich einzig noch das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch (PGB) des Jahres 1855 in Betracht, die erste Kodifikation, welche, von der historischen Rechtsschule beeinflusst, eine Neuorientierung verkörpert und die deutschsprachigen Nachfolgekodifikationen beeinflusst hat. Wichtigstes Beispiel derartigen Einflusses ist die Stellvertretung: Das PGB ist die erste Kodifikation überhaupt, welche die Vollmachterteilung unabhängig von der Vertragsbeziehung zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer ausgestaltet und vom "Bevollmächtigungsvertrag" (österreichisches ABGB § 1002) bzw. der Einordnung der Stellvertretung in das Mandat (französischer Code Civil, Art. 1984-2010) loskommt (vgl. PGB §§ 949-954), was in der Folge die Normierungen des ADHGB, des Dresdener Entwurfs (Art. 83 ff.) und schließlich des BGB bestimmt hat. In unserem Fall gibt das PGB folgende Formel (Art. 958): "Der Schuldner ist in Verzug, wenn er ungeachtet der erhaltenen Mahnung mit der Zahlung einer fälligen Forderung zögert." Zwar treffen wir auch hier die Voraussetzung der Fälligkeit an, die indessen nur als Voraussetzung der Zinspflicht, nicht aber gültiger Erklärung der Mahnung vorgestellt wird. Das PGB kann, noch mehr als das ADHGB, der Dresdener Entwurf oder das schweizerische OR, mit gutem Grund beanspruchen, mit der Erwähnung der Fälligkeit die Möglichkeit der Vorausmahnung nicht auszuschließen.

VI. Würdigung aus der Sicht der Vertragsparteien

In Vertragsangelegenheiten sind an erster Stelle die Interessen der Parteien zu beachten.

Vorerst zur Stellung des mahnenden Gläubigers. Diesen belastet die Fälligkeitsvoraussetzung; durch den Ausschluß antezipierender Mahnung wird dessen Handlungsfreiheit eingeschränkt und damit der Geschäftsablauf

²⁴ Vgl. ALR I/16 bes. §§ 16 ff., § 20, sowie, für Geldschulden, §§ 64 ff.

kompliziert. In den nicht seltenen Fällen der Ungewißheit über den genauen Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts (und vorab dann, wenn der Schuldner nach seinem Belieben Fälligkeit auslösen kann) wird dem Gläubiger die Möglichkeit genommen, seine Interessen angemessen und vor allem ohne Zeit- und Kontrollaufwand zu wahren. Bei Darlehen auf unbestimmte Zeit wird Fälligkeit der Darlehensrückzahlung durch Kündigung ausgelöst. Deren Wirkung, Fälligkeit der Kapitalrückzahlung, tritt erst nach Ablauf der vertraglichen oder nach § 608 BGB bestimmten Frist ein, in welchem Zeitpunkt das Darlehen zu Ende kommt. Daher schuldet von diesem Zeitpunkt an der ehemalige Darlehensnehmer keine Vertragszinse mehr. Um ihn in Verzug zu setzen und Verzugszinse zu erlangen, bedarf es neben der Kündigung einer späteren zweiten Erklärung des Darlehensgebers.

Aber auch der Schuldner ist über die gesetzliche Regel nicht notwendigerweise glücklich. Durch vorzeitige, hier "antezipierend" genannte Mitteilung der Mahnung wird die Leistungspflicht des Schuldners nicht verändert und der Eintritt der Fälligkeit nicht vorgezogen. Da die bei fälliger Forderung ausgesprochene Mahnung Verzug auslöst, kann der Schuldner diesen nur durch sofortige Leistung abwenden; ist er vorweg gemahnt worden, bleibt ihm eine Zeitspanne für verzugsfreie Erfüllung. Dies spielt keine Rolle, wenn der Schuldner sich seiner Leistungspflicht bewußt war, nicht dagegen unter dem Gesichtspunkt, welcher die Institution der *mora* überhaupt veranlaßt, d. h. dem Anliegen, dem Schuldner das Bewußtsein zu verschaffen, daß er leisten muß: Ist es notwendig, dem Schuldner die vertragliche Rechtslage klärend ins Bewußtsein zu erheben, dann ist sie schonender, je früher sie erfolgt. Dies gilt wenigstens dann, wenn man § 326 BGB in dem Sinne einschränkend interpretiert, daß die Ansetzung der Nachfrist zur Erfüllung erst nach Verzugseintritt, d. h. mit Fälligwerden der Schuld, angesetzt werden kann. Während bei der Mahnung keinerlei Rechtfertigung besteht, eine "Vorwegklärung" auszuschließen, ist eine solche bezüglich der Nachfristansetzung nach § 326 allerdings gegeben: Zwar ist es gewiß, daß später die die Mahnung rechtfertigende Fälligkeit eintreten werde, nicht dagegen, daß der Schuldner in Leistungsverzug gerate, der erst die Nachfristansetzung rechtfertigt.

VII. Schlußbemerkungen

Eine unbefangene Betrachtung der Beschränkung der Inverzugsetzungsmöglichkeit auf den Zeitraum nach Fälligkeitseintritt führt zur Feststellung, daß eine sachliche Rechtfertigung der von § 284 Abs. 1 BGB

verwirklichten Lösung nicht zu erkennen ist. Die allgemeinen Grundsätze bezüglich Willenserklärungen verbieten es nicht, eine solche mit explizit aufgeschobener Wirksamkeit abzugeben. Der Ausschluß dieser Möglichkeit kann weder aus dem Begriff der Willenserklärung noch aus Schutzinteressen des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers abgeleitet werden.

Die gegebene Rechtslage ist in sich widersprüchlich. Nach heutiger (sehr billigenswürdiger) Auffassung ist eine Mahnung, die quantitativ zu viel fordert, immer noch für den ausgewiesenen Umfang der angemahnten Forderung wirksam²⁵. Ein zu frühes Fordern des ausgewiesenen Forderungsbetrages stellt indessen nichts anderes als eine besondere Form des Zuvielforderns dar. Nach diesem Konzept müßte daher sogar ein vorzeitiges Fordern der Leistung noch als gültige Mahnung anerkannt werden; widersprüchlich ist es daher schon, wenn eine vorzeitige Mahnung, die zu früh fordert, nicht als auf den Fälligkeitszeitpunkt wirksam betrachtet wird. Erst recht paßt es nicht ins Bild, eine solche vorzeitig ausgesprochene Mahnung als nicht erfolgt zu betrachten, die gar nicht für einen zu frühen, sondern für den Fälligkeitszeitpunkt Leistung verlangt. Schließlich besteht auch ein innerer Widerspruch zur Möglichkeit der bereits in den Vertrag aufgenommenen antezipierten Inverzugsetzung durch Fixierung des Erfüllungstermins gemäß BGB § 284 Abs. 2

Die obigen Hinweise auf die romanistische Überlieferung wie auch auf die Kodifikationsgeschichte im engeren Sinn hatten den Zweck, die Zufälligkeit der Entstehung der heute geltenden Formel zu illustrieren. AZO, der als erster bei der Mahnung den Aspekt ihrer Rechtzeitigkeit aufbringt, versteht natürlich Mahnung als sofortiges Fordern der Leistung (was angesichts der mittelalterlichen Kommunikations- und Transportmöglichkeiten der statistische Normalfall der *interpellatio* war); ein Ausschluß der vor Fälligkeit auf späteren Zeitpunkt hin abgegebenen Mahnungserklärung läßt sich aus der Textstelle richtigerweise nicht ableiten. WINDSCHEID, der im Rufe steht, das BGB mehr als jeder andere beeinflußt zu haben, kann für die Fälligkeitsvoraussetzung des § 284 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht in Verantwortung genommen werden. Das Gleiche gilt auch für die schweizerischen Vorbilder PGB und aOR: Zwar ist es wohl möglich oder sogar wahrscheinlich, daß die vom PGB verwendete Formel jene des Dresdener Entwurfs angeregt hat und dadurch (zusammen mit dem ähnlichen aOR) auch im BGB weiterwirkt; aber beide Gesetzbücher haben selber nicht den BGB-Standpunkt festgeschrieben.

²⁵ Vgl. DERNBURG (Fn. 15) § 40 Anm. 5; LÖWISCH in Staudinger, BGB, § 284 Rdn. 25 m. w. N.

Mit oder ohne ihre Einwirkung: Im Ergebnis fällt die hier thematisierte BGB-Regel in die Kategorie legislatorischer Zufälligkeiten und entbehrt innerer Rechtfertigung.

Ein historischer Rückblick hat oft und in erster Linie Absicht und Ergebnis, Sinn und legislatorische Rechtfertigung einer gesetzlichen Regelung einsichtig zu machen und damit gleichzeitig deren Akzeptanz wie deren sinnvolle Handhabung zu fördern. Hier das Entgegengesetzte: Nachweis des Fehlens einer Rechtfertigung, historischer Rückblick als Anlaß zur Gesetzeskritik. Was an diesem kleinen und marginalen Beispiel demonstriert wurde, könnte auch in wichtigeren Zusammenhängen exerziert werden. So etwa, wenn man an die Wirkungen eines einzelnen Wortes, des Wortes "unentgeltlich" in § 662 BGB denkt: In Abhängigkeit von der *Digesten*-stelle "*mandatum nisi gratuitum nullum est* (Dig. 17, 1, 1, 4) läßt der Gesetzgeber Vereinbarungen nur dann als Aufträge gelten, wenn keine Entschädigung vereinbart ist, was die liberalen Berufe angemessener Regelung ihrer Vertragsbeziehungen beraubt. Näheres Zusehen zeigt indessen, daß in Rom diese Unentgeltlichkeit mehr "Tun als ob" denn gelebte Realität war²⁶. Das *Digesten*-Zitat lädt darüber hinaus selber dazu ein, die Frage zu überdenken, wird die Regel doch durch deren Ansiedelung in Bereich der Freundschafts- und Gefälligkeitsgeschäfte gerechtfertigt, ein Umfeld, das seit langem nicht mehr gegeben ist.

Verstehen der geschichtlichen Hintergründe ist in derartigen Fällen wie überhaupt Voraussetzung der Bestimmung des gegenwärtigen Standortes, was erst echten Fortschritt in der Zukunft möglich macht.

²⁶ Vgl. dazu die höchst aufschlußreiche Darstellung von REINHOLD ZIMMERMANN, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*; Johannesburg 1990, S. 415 ff. (seither vielerorts verschiedene Auflagen).