

58. Kann die Frist nach § 326 BGB. wirksam auch vor Eintritt des Verzugs des Schuldners bestimmt werden?

II. Zivilsenat. Urf. v. 28. Juni 1918 i. S. Gl. und F. (Bekl.) w. B. & G. (Rl.). Rep. II. 86/18.

- I. Landgericht I Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Das Reichsgericht hat die Frage verneint.

Gründe:

„Durch das angefochtene Urteil ist der Klägerin ein Betrag von 5668,90 M nebst Zinsen zuerkannt, den sie unstreitig als Restkaufpreis für gelieferte Decken von den beiden Beklagten zu fordern hat. Diese rechneten dagegen auf mit einer Gegenforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in gleicher Höhe, weil die Klägerin innerhalb der ihr gemäß § 326 BGB. gesetzten Nachfrist einen Teil der durch Vertrag vom 20. November 1914 gekauften Decken nicht geliefert habe. Die Fristbestimmungen wollen die Beklagten durch ihre Briefe vom 15. und 29. Januar 1915 vorgenommen haben. Nach Inhalt des Abschlusses vom 20. November 1914 waren aber diejenigen Decken, wegen deren Nichtlieferung die Beklagten gegenwärtig Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, zu liefern „Januar 1915“, während andere Decken dieses Abschlusses früher zu liefern waren, insbesondere 800 Radomdecken im Dezember 1914. Da somit die gegenwärtig streitigen Decken bis zum Schlusse des Januar 1915 zu liefern waren, hatte schon das Landgericht mit der Begründung, daß die Fristsetzungen vom 15. und 29. Januar 1915, weil vor Eintritt des Verzugs der Klägerin erfolgt, unwirksam seien, die Gegenforderung der Beklagten zurückgewiesen. Ob diese Unwirksamkeit im vorliegenden Falle gegeben sei, ließ das Berufungsgericht in seinem Urteile vom 6. Juli 1916 dahingestellt, erkannte aber ebenso wie der erste Richter, weil den beiden Fristsetzungsschreibern die nach § 326 BGB. erforderliche Androhung fehle, daß nach dem Ablaufe der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde.“

Diese Begründung wurde durch das Urteil des Reichsgerichts vom 19. Dezember 1916 mißbilligt und ausgesprochen, es gehe aus dem Inhalte der beiden Briefe vom 15. und 29. Januar 1915 in ihrem Zusammenhang unzweideutig hervor, daß der Klägerin in dem Briefe vom 29. Januar für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der dort gesetzten Nachfrist von 14 Tagen die Ablehnung der Erfüllung seitens der Beklagten angedroht werde.

Nun hat das jetzt mit der Revision angefochtene Urteil wiederum die Gegenforderung aus dem einzigen Grunde zurückgewiesen, weil die Fristsetzungsschreiben der Beklagten vom 15. und 29. Januar 1915 „erlassen“ sind, bevor die Klägerin mit der ihr obliegenden Leistung der hier fraglichen Decken in Verzug geraten war. Deshalb sind die beiden Fristsetzungen, wie das Berufungsgericht meint, ohne rechtliche Wirksamkeit.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Zunächst war das Berufungsgericht durch § 565 Abs. 2 ZPO. an seiner Entscheidung nicht gehindert. Das Urteil des Reichsgerichts hatte sich mit der Frage, ob die Fristsetzungen verfrüht und deshalb rechtsunwirksam seien, nicht befaßt. Es hat diese Frage weder bejaht noch verneint. Die Verneinung ist insbesondere nicht daraus zu schließen, daß das Reichsgericht andernfalls die Revision gemäß § 563 ZPO. hätte zurückweisen müssen. . . .

Was sodann die Unwirksamkeit des Fristsetzungsschreibens vom 29. Januar 1915 angeht, so ist mit dem Berufungsgerichte davon auszugehen, daß die Klägerin zur Lieferung erst am Schlusse des Monats Januar 1915 verpflichtet war und daß, weil der 31. Januar ein Sonntag war, an dessen Stelle gemäß § 193 BGB. der 1. Februar trat. Erst mit dem Ablaufe des 1. Februar 1915 geriet daher die Klägerin in Leistungsverzug (§ 284 Abs. 1 BGB.).

Das Fristsetzungsschreiben vom 29. Januar ist der Klägerin nach den beiderseitigen Behauptungen der Parteien am 30. Januar, also an dem letzten Werktag des Monats Januar 1915, zugegangen. Die Frist wurde danach, wenn auch am letzten Werktag des Januar 1915, so doch vor dem Zeitpunkte bestimmt, in dem die Klägerin in Verzug geriet. Es fragt sich, ob die Fristsetzung, weil sie vor Eintritt des Verzugs geschah, untauglich war, die in § 326 Abs. 1 BGB. festgesetzten Folgen auszulösen.

Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Frage bejaht. Nur gegen einen Schuldner, der im Verzug ist, kann der Gläubiger nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes gemäß § 326 Abs. 1 BGB. mit Fristsetzung vorgehen. Diese kann rechtswirksam erst erfolgen nach Eintritt des Verzugs oder wenn wenigstens der Verzug gleichzeitig eintritt. Dementsprechend läßt die Rechtsprechung allgemein zu, daß die den

Verzug herbeiführende Mahnung und die Nachfristsetzung gleichzeitig in einem Akte erfolgen. Eine Fristsetzung vor Eintritt des Verzugs ist dagegen grundsätzlich rechtsunwirksam. Die in der Rechtslehre (Siber in *Planck Erl.* 2a zu § 326) und in der Rechtsprechung (*OLG. Wd.* 6 S. 45) hervorgetretene abweichende Ansicht, daß der Verzug des Schuldners nach § 326 Abs. 1 nur die Bedingung für eine wirksame Fristsetzung bilde, also zeitlich der letzteren nachfolgen könne, ist abzulehnen. Nur unter ganz besonderen Umständen, in Fällen, in denen der Verzug zwar nach der Fristsetzung eintrat, aber noch im Laufe desselben Tages und nur wenige Stunden später, hat der erkennende Senat die vor Eintritt des Verzugs erfolgte Fristsetzung als rechtswirksam zugelassen (vgl. *Leipz. Zeitschrift* 1908 S. 162 Nr. 26).

Solche besonderen Umstände und namentlich so außerordentlich geringfügige Zeitunterschiede zwischen Fristsetzung und Verzug liegen, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, im gegenwärtigen Falle nicht vor. Die Fristsetzung war hier im Laufe des 30. Januar der Klägerin zugegangen, während die letztere noch am 1. Februar leisten durfte oder vielmehr nicht eher zu leisten verpflichtet war und erst am 2. Februar 1915 in Verzug geriet. Selbst wenn die Klägerin durch ihr Antwortschreiben vom 30. Januar zu erkennen gegeben hätte, daß sie bis zum 1. Februar einschließlich zu liefern nicht imstande sein werde, konnte das die Beklagten nicht davon entbinden, die Fristsetzung, um sie wirksam zu machen, frühestens am 2. Februar zu wiederholen. Auch wenn es, wie die Revision meint, nicht zweifelhaft sein konnte, daß nach dem Willen der Beklagten die Fristsetzung am 2. Februar aufrecht erhalten bleiben sollte, bedurfte es dennoch einer an diesem Tage oder später abzugebenden dahin gehenden Erklärung der Beklagten, die weder ausdrücklich noch stillschweigend erfolgt ist“ . . .