

Grundkurs BGB II

Arbeitsblatt 15 - Die Einrede des nichterfüllten Vertrags

I. Das Prinzip

Der gegenseitige Vertrag ist darauf gerichtet, einen gerechten Leistungsaustausch zu ermöglichen. Dazu gehört grundsätzlich, daß die eine Seite ihre Leistung nicht zu erbringen braucht, bevor nicht die andere Seite ebenfalls leistet. § 320 BGB bringt dies Prinzip zum Ausdruck: Der eine Teil kann die ihm obliegende Leistung verweigern (=> **Einrede**), bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Rechtsfolge dieser Einrede: Beide Verpflichtungen sind dann Zug um Zug (§ 322 I BGB) zu erfüllen.

II. Verhältnis zu § 273 BGB

Die Einrede des nichterfüllten Vertrags schließt als *lex specialis* das allgemeine Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB aus:

- Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 I BGB besteht immer dann, wenn der Gegenanspruch des Schuldners aus *demselben rechtlichen Verhältnis* folgt wie der Anspruch des Gläubigers. Unter „demselben rechtlichen Verhältnis“ verstehen wir einen *einheitlichen Lebensvorgang*, bei dem es *Treu und Glauben widersprüche, wenn der eine Anspruch ohne den anderen geltend gemacht werden könnte*. So besteht etwa ein Zurückbehaltungsrecht, wenn im Wirtshaus zwei Gäste ihre Mäntel vertauschen und jeder versehentlich den des jeweils anderen Gastet mitnimmt: Die wechselseitigen Herausgabeansprüche aus § 985 BGB sind nach §§ 273, 274 BGB Zug um Zug zu erfüllen, hier also: Beide Gäste reichen dem anderen den fremden Mantel und greifen gleichzeitig nach dem eigenen.. Jede Partei kann aber auch das Zurückbehaltungsrecht des anderen nach § 273 III BGB durch Sicherheitsleistung (§§ 232 ff. BGB) abwenden.
- Demgegenüber beschreibt § 320 BGB ein ganz besonderes „rechtliches Verhältnis“, aus dem sowohl der Anspruch als auch der Gegenanspruch fließt: Beide Ansprüche entstammen einem gegenseitigen Vertrag. Der Austausch der Primärleistungen ist für beide Parteien so bedeutsam, daß keine von ihnen sich im Gegenzug zur eigenen Leistung mit einer bloßen Sicherheit für die Gegenleistung zufriedengeben muß: § 320 BGB kennt keine § 273 III BGB entsprechende Vorschrift. Der Schuldner braucht nur zu leisten, wenn der Gläubiger die Gegenleistung selbst erbringt.

III. Vorleistungspflichten

Die Einrede aus § 320 BGB besteht nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht, wenn der Schuldner vorzuleisten verpflichtet ist. Wir kennen zwei Arten von Vorleistungspflichten:

1. Beständige Vorleistungspflichten: Erst wenn die Vorleistung erbracht worden ist, wird die Gegenleistung überhaupt *fällig*. In der Regel ist dies von der Parteien gewollt, wenn sie vereinbaren, daß eine von ihnen vorleistungspflichtig sein soll: Die vorleistungspflichtige Partei kann die ihr gebührende Gegenleistung erst verlangen, wenn sie ihrerseits geleistet hat. Die *Leistungszeit* (§ 271 BGB) ist entsprechend hinausgeschoben.

Beispiel 1: M und F beauftragen den L, ihrer Tochter T Nachhilfeunterricht in Latein zu geben. L soll 30 DM pro Stunde erhalten, die jeweils nach Abhaltung des Unterrichts zu bezahlen sind.

Im Beispiel 1 handelt es sich um eine beständige Vorleistungspflicht: Die Forderung des L (§ 611 BGB) ist erst fällig, wenn er den Unterricht vollständig gehalten hat.

Diese beständigen Vorleistungspflichten sind der absolute Regelfall einer Vorleistungspflicht: Der eine Teil kann warten, bis der andere Teil die Leistung erbringt, und braucht dann erst die Gegenleistung zu erbringen. Es findet kein Leistungsaustausch Zug um Zug statt.

Das Gesetz sieht für bestimmte Vertragstypen automatisch eine Vorleistungspflicht vor: nach § 641 I 1 BGB wird der Werklohn beispielsweise erst mit Abnahme des Werkes fällig. Beim Dienstvertrag wird die Vergütung gemäß § 614 BGB erst nach der Leistung der Dienste fällig.

2. Unbeständige Vorleistungspflichten: Hier wird für die später zu erbringende Leistung ein bestimmter Termin festgesetzt und für die Vorleistung ein diesem zeitlich vorangehender Termin. Ist die Vorleistung bis zu dem Termin, zu dem die spätere Leistung erbracht werden soll, nicht erbracht, so wird die spätere Leistung dennoch fällig, ist aber nur Zug um Zug gegen die an sich als Vorleistung geschuldete Gegenleistung zu erbringen.

Beispiel 2: A hat bei der Fluggesellschaft F-AG ein Flugticket Berlin - New York, Abflug 13. 6. 1996, 5.15 Uhr bestellt. F nimmt die Bestellung an; nach den Vertragsbedingungen soll das Ticket dem A erst ausgehändigt werden, wenn er den Flugpreis bezahlt hat.

Im Beispiel 2 handelt es sich um eine unbeständige Vorleistungspflicht: Hat A bis zum 13. 6. 1996, 5.15 Uhr den Flugpreis nicht bezahlt, so ist dennoch die Leistung der F zu eben diesem Zeitpunkt fällig; F muß aber nur Zug um Zug gegen Bezahlung des Flugpreises leisten.

IV. § 320 BGB und Schuldnerverzug

§ 320 BGB gibt jeder Partei eines gegenseitigen Vertrages eine *Einrede*: Sie kann die Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird. Daraus ergibt sich zweierlei:

- Der Schuldner darf die Leistung verzögern.
- Der Schuldner muß sich aber auf die Einrede berufen.

Es fragt sich, wie diese beiden Einsichten sich auf den Tatbestand des Schuldnerverzugs auswirken.

Beispiel 3: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen. Weder V noch K haben den Vertrag bislang erfüllt. V mahnt den Kaufpreis bei K an.

- a) K erwidert, er zahle sehr gerne, sobald er endlich den Wagen bekomme.
- b) K rührt sich überhaupt nicht.

V verlangt Verzugszinsen vom Kaufpreis.

Der Anspruch des V ist nach § 288 I BGB begründet, wenn K sich im Verzug befindet. Die Leistung des K, nämlich der Kaufpreis, ist fällig (§ 271 I BGB); daran ändert auch der Umstand nichts, daß ihm die Einrede aus § 320 I BGB zusteht: Diese Einrede bedeutet nicht, daß der Gläubiger die Leistung *überhaupt nicht* verlangen kann, sondern lediglich, daß er Zug um Zug die Gegenleistung erbringen muß (§ 322 I BGB). V hat auch eine Mahnung ausgesprochen. Doch hat K sich in Variante a berechtigt geweigert, den Kaufpreis zu bezahlen: Er hat sich, indem er die Zahlung von der Übereignung und Übergabe des Wagens abhängig gemacht hat, auf die Einrede aus § 320 I BGB berufen. Wenn aber K die Zahlung verweigern darf, kann er die Leistungsverzögerung nicht *zu vertreten* haben (§ 286 IV BGB). Damit scheidet Verzug aus.

Hinweis: Wenn sich die gleiche Frage im Zusammenhang mit einem Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens aus §§ 280 I, II, 286 BGB stellt, fehlt es bereits an der in § 280 I BGB

vorausgesetzten *Pflichtverletzung*: Wenn der Schuldner die Leistung verweigern *darf*, verletzt er keine Pflicht, wenn er sie bei Fälligkeit nicht erbringt.

Schwieriger wird es in Variante b: Dort hat K sich nicht gerührt, sich daher auch nicht auf die Einrede aus § 320 I BGB berufen. Die Verweigerung der Leistung ist daher nur berechtigt, wenn K sich auf die Einrede beruft; Einreden, die nicht geltend gemacht werden, bleiben unberücksichtigt.

Gleichwohl befindet sich K auch in Variante b nicht im Verzug. Denn § 320 I BGB ist Ausdruck einer engen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung. Dem widerspricht es, wenn V Verzugszinsen verlangen kann, ohne seine Leistung jemals angeboten zu haben. Bereits die *bloße Existenz* der Einrede aus § 320 I BGB schließt daher den Verzug aus (BGHZ 116, 244, 249; Soergel-Wiedemann § 284 Rn.16 und § 320 Rn.62). V kann Verzug des K nur dadurch herbeiführen, daß er diesem seine Gegenleistung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet (Soergel-Wiedemann § 284 Rn.16); dann verhält sich K treuwidrig, wenn er den Eintritt des Schuldnerverzugs mit der Begründung bestreitet, er habe die Gegenleistung nicht erhalten. Die bloße Leistungsbereitschaft des Gläubigers genügt nicht, um trotz Existenz der Einrede aus § 320 I BGB Verzug des K mit der Zahlung des Kaufpreises zu begründen (so aber *Medicus*, Bürgerliches Recht Rn.220); denn solange V nicht mit der Ware auf ihn zukommt, verhält sich K nicht treuwidrig, wenn er sich nicht um die Zahlungsaufforderung kümmert: Er hat keinen Anlaß, die Zahlung zu initiieren (die er, wenn er seine Rechte nicht preisgeben will, dann seinerseits Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Wagens anbieten müßte), wenn V es seinerseits nicht für nötig hält, die Ware (Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises) anzubieten. V kann nicht unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB von K mehr verlangen (nämlich ein Leistungsangebot), als er selbst zu geben bereit ist.

V. Die Unsicherheitseinrede

Beispiel 4: U baut für B auf dessen Grundstück ein Einfamilienhaus. Als der Rohbau fast fertig ist, erfährt U, daß ein Gläubiger des B gegen diesen die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Vollstreckungsbescheid betreibt. U hat Angst, daß B den Werklohn nicht wird bezahlen können, wenn das Haus eines Tages fertiggestellt ist.

- a) U weigert sich, weiterzubauen, bis B den Werklohn zahlt oder für die Werklohnforderung Sicherheiten stellt. Mit einer Sicherheitshypothek (§ 648 BGB) will er sich dabei nicht zufriedengeben: Das Grundstück des B ist bis weit über den Beleihungswert hinaus mit Grundschulden belastet, so daß U befürchten muß, in der Zwangsversteigerung mit einer solchen Hypothek auszufallen. B beharrt darauf, daß U gefälligst erst bauen solle, bevor irgendetwas bezahlt werde.
- b) U erklärt sich bereit, in zwei Wochen weiterzubauen, wenn B bis dahin die Sicherheit erbringt oder den Werklohn bezahlt. Als B die Sicherheitsleistung trotzdem schuldig bleibt, tritt U vom Vertrag zurück. B besteht auf Erfüllung.
- c) U hätte aus dem Vertrag insgesamt einen Geschäftsgewinn von 20.000 Euro gezogen: Um diesen Betrag überstieg der vereinbarte Festpreis den kalkulierten Aufwand. Kann U diesen Betrag von B ersetzt verlangen?

1. Das Leistungsverweigerungsrecht aus § 321 I BGB

U und B haben einen gegenseitigen Vertrag (nämlich einen Werkvertrag, § 631 I BGB) geschlossen, aus dem U vorleistungspflichtig ist: Der Werklohn wird fällig mit der Abnahme des Werks (§ 641 I 1 BGB). Nach der gesetzlichen Konstruktion muß U erst bauen, bevor B irgend etwas bezahlen muß.

Der Werklohnanspruch gerät aber nun durch die fehlende Leistungsfähigkeit des B in Gefahr. Mit „fehlender Leistungsfähigkeit“ sind in § 321 I BGB vor allem die Fälle gemeint, in denen

das Vermögen des Gegners keine ausreichende Gewähr mehr dafür bietet, daß dieser die Forderung begleichen kann. Das sind namentlich die Fälle drohender Zahlungsunfähigkeit. Ein solcher Fall ist im Beispiel 4 gegeben: Gegen B wird die Zwangsvollstreckung betrieben. Offenbar ist also B nicht mehr in der Lage, aus liquiden Mitteln die Forderung seines Gläubigers zu tilgen. U muß daher befürchten, daß ihm das gleiche passiert. Das gesetzlich vorgesehene Sicherungsmittel, die sog. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB), wird ihn davor nicht bewahren, weil U mit dieser Hypothek wegen vorrangiger Grundpfandrechte anderer Gläubiger ausfallen würde.

In dieser Situation muß U sich nicht damit zufriedengeben, daß er nach dem Gesetz nun einmal vorleistungspflichtig ist. Er kann vielmehr nach § 321 I 1 BGB die Leistung verweigern. Das gilt einmal dann, wenn die Leistungsfähigkeit des B erst nach Vertragsschluß abnimmt; ebenso aber dann, wenn B sich schon bei Vertragsschluß in zweifelhafter Vermögenslage befand und dies erst nach Vertragsschluß offenbar wird. Das Leistungsverweigerungsrecht des U endet nach § 321 I 2 BGB erst, wenn B den Werklohn bezahlt oder Sicherheit (§§ 232 ff. BGB) dafür leistet. U verweigert daher in Variante a die Fortsetzung des Hausbaus zu Recht.

2. Das Rücktrittsrecht aus § 321 II BGB

Die Leistungsverweigerung versetzt das Vertragsverhältnis in eine Schwebelage: U muß zwar gegenwärtig nicht bauen, aber damit rechnen, daß B die geforderte Sicherheit stellt und U sodann weiterarbeiten muß. U muß daher solange die dafür erforderlichen Kapazitäten vorhalten, ist insbesondere in seiner Disposition über die Arbeitskraft seiner Mitarbeiter eingeschränkt. U muß sich das nicht auf Dauer gefallen lassen, sondern kann dem B nach § 321 II 1 BGB eine Frist setzen, innerhalb derer B Zug um Zug gegen die Leistung zahlt oder die Sicherheit erbringt. Wenn B, wie dies in Variante b der Fall ist, sowohl den Werklohn als auch die Sicherheitsleistung schuldig bleibt, kann U nach § 321 II 2 BGB vom Vertrag zurücktreten.

Der Hinweis in § 321 II 3 auf § 323 BGB soll insbesondere klarstellen, daß die Fristsetzung nach § 323 II BGB entbehrlich sein kann, wenn der vorleistungsberechtigte Gläubiger die Sicherheit trotz Vermögensverschlechterung nicht leistet: Wenn er sich etwa ernsthaft und endgültig weigert, zu zahlen oder Sicherheit zu leisten, und statt dessen auf der Vorleistung beharrt, kann der vorleistungspflichtige Schuldner zurücktreten, selbst wenn er die Frist nach § 321 II 1 BGB nicht gesetzt hat. In Variante a kann U somit aufgrund der endgültigen Weigerung des B nach § 323 I zurücktreten.

Dagegen ist der Verweis auf § 323 I BGB *nicht* dazu gedacht, ein Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB zu begründen: *Diese* Rechtsfolge steht bereits in § 321 II 2 BGB, muß also nicht erst aus § 323 I BGB hergeleitet werden und *kann* aus dieser Vorschrift auch nicht hergeleitet werden: In § 321 BGB ist nirgends davon die Rede, daß der vorleistungspflichtige Schuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers Zug um Zug gegen seine Leistung Bewirkung der Gegenleistung oder Sicherstellung hierfür *verlangen* kann und damit die Gegenleistung des Gläubigers *fällig* wird. Hier ist vielmehr zu differenzieren:

- Bei *unbeständigen* Vorleistungspflichten wird, wie gesehen, die Nachleistung zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig *ohne* Rücksicht darauf, ob die Vorleistung schon erbracht worden ist. Sobald die Nachleistung fällig ist, ist sie Zug um Zug gegen die Vorleistung zu erbringen; § 320 I 1 BGB ist ab sofort anwendbar. – Wenn aber die Nachleistung fällig ist, kann an sie das Rücktrittsrecht des § 323 I BGB anknüpfen: Der vorleistungspflichtige Teil kann in seiner Eigenschaft als Gläubiger der Gegenleistung dem anderen Teil eine

Frist setzen und nach deren erfolglosem Ablauf zurücktreten. Der Vorschrift des § 321 II BGB bedarf es hierfür nicht.

- Bei *beständigen* Vorleistungspflichten wird die Nachleistung erst fällig, wenn die Vorleistung erbracht ist. Vorher kann mangels Fälligkeit ein Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB nicht entstehen. So liegt es im Beispiel 4: Die Fälligkeit des Werklohns tritt mit der Abnahme des Werks ein (§ 641 I 1 BGB). Abzunehmen braucht der Besteller nur das fertiggestellte Werk. Der Unternehmer ist also in der Weise vorleistungspflichtig, daß die Gegenleistung, nämlich der Werklohn, erst fällig wird, wenn er seine Leistung komplett erbracht hat. *Die Leistungspflicht des Unternehmers ist somit eine beständige Vorleistungspflicht.*

3. Schadensersatz statt der Leistung?

Der geltend gemachte Anspruch des U gegen B auf Zahlung von 20.000 Euro in Variante c ist in der Sache ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Dieser Anspruch könnte sich aus §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB ergeben. Voraussetzung ist eine *Pflichtverletzung* seitens des vorleistungsberechtigten Gläubigers. Die Pflichtverletzung kann nur darin bestehen, daß der Gläubiger die Gegenleistung weder bewirkt noch Sicherheit für sie leistet. Das würde voraussetzen, daß der vorleistungspflichtige Schuldner wenigstens eines von beidem vom Gläubiger *verlangen* kann. Das ist aber, wie soeben unter 2. gesehen, grundsätzlich *nicht* der Fall: Der Schuldner kann zwar zurücktreten, wenn der Gläubiger weder erfüllt noch Sicherheit leistet, aber nicht im Sinne eines primären Erfüllungsanspruchs die Erfüllung oder Sicherheitsleistung als solche erzwingen. So ist es auch vom Gesetzgeber gewollt (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 180); Forderungen im Schrifttum, dem Schuldner bei Weigerung des Gläubigers auch einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung zu geben (vgl. *Huber*, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 162 f.), wurden vom Gesetzgeber ausdrücklich zurückgewiesen.

Anders ist es wiederum bei *unbeständigen* Vorleistungspflichten, sobald die Nachleistung (ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner die Vorleistung erbracht hat) fällig wird: Ab sofort kann der Schuldner die Vorleistung Zug um Zug gegen die Gegenleistung in Annahmeverzug begründender Weise anbieten und, wenn der Gläubiger dann die Gegenleistung nicht erbringt, seinerseits nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Im Beispiel 4 ist freilich, wie gesehen, nach § 641 I 1 BGB eine *beständige* Vorleistungspflicht gegeben; in diesem Fall besteht für U keine Möglichkeit, die vorzeitige Zahlung des Werklohns oder Sicherstellung hierfür zu erzwingen. U hat daher in Variante c keinen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung.