

## Privatrecht und Methode

Festschrift für Ernst A. Kramer

Herausgeber:

Heinrich Honsell  
Roger Zäch  
Franz Hasenböhler  
Friedrich Harrer  
René Rhinow

Basel 2004

## Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie, dargestellt am Beispiel von Art. 102 Abs. 1 und 2 OR

Alfred Koller

Romane haben oft Titel, welche nicht auf den inhaltlichen Schwerpunkt des Romans bezogen sind, sondern lediglich auf einen einzelnen Satz oder Satzteil oder jedenfalls auf eine inhaltlich untergeordnete Passage. Wer etwa „Die schwarzen Vögel“ oder „Das Wüten der ganzen Welt“ von Maarten 't Hart liest, wird feststellen, dass das erste Buch kein Vogelbuch, das zweite kein Buch über eine Bach-Kantate ist. Trotzdem ist die Titelwahl in beiden Fällen alles andere als zufällig. Ähnlich verhält es sich mit dem Titel des vorliegenden Beitrags. Schwergewichtig geht es darin um die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs nach Art. 102 OR. Auf die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie nimmt bloss ein einziger Satz Bezug. Dass gerade dieser Satz die Titelgebung bestimmte, hat seinen guten Grund: Ich wählte ihn, weil sich der vorliegende Beitrag an Ernst Kramer richtet und Ernst nicht nur im Obligationenrecht, sondern auch in der Methodenlehre Gewichtiges geleistet hat.

### I. Die Verzugsvoraussetzungen im Überblick

Der Tatbestand des (Schuldner-)Verzugs wird in Art. 102 OR umschrieben. Dazu kommen einzelne Sonderregeln, welche jedoch inhaltlich zum grössten Teil nicht von Art. 102 OR abweichen<sup>1</sup>. Art. 102 OR umschreibt allerdings nur die wichtigsten, nicht aber alle Verzugsvoraussetzungen.

1. Erste und zentralste Voraussetzung des Verzugs ist die *Fälligkeit* der (noch möglichen) Leistung (Art. 102 Abs. 1 OR): Solange der Gläubiger die Leistung nicht verlangen kann, handelt der Schuldner nicht obligationswidrig. Zwar gibt es Fälle, in denen einzelne Verzugsregeln auch ohne Fälligkeit Platz greifen.

<sup>1</sup> Abweichungen finden sich etwa in Art. 366 Abs. 1 OR (ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 59 ff. zu Art. 366 OR) und Art. 20 VVG (z.B. WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, 120).

Die Anwendung ist dann aber nur eine analoge (eben weil kein Verzug vorliegt), und zudem sind die Verzugsregeln nie integral anwendbar. Keine Anwendung findet z.B. Art. 104 Abs. 1 OR (vor Fälligkeit laufen also keine Verzugszinsen). Anwendbar kann hingegen Art. 107 Abs. 2 OR sein, dann nämlich, wenn Verzug mit Sicherheit vorauszusehen ist und es daher sinnlos bzw. dem Gläubiger nicht zumutbar wäre, vorerst den Verzugsseintritt abzuwarten, bevor er auf die Leistung des Schuldners (gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR) verzichtet<sup>2</sup>.

2. Fälligkeit aber genügt für die Begründung von Schuldnerverzug nicht. Denn dass der Gläubiger die Leistung verlangen *kann* (das ist das Merkmal der Fälligkeit), bedeutet nicht ohne weiteres, dass er sie auch sogleich *will*. Verzug setzt daher zusätzlich voraus, dass der Gläubiger die Leistung einverlangt (*Mahnung*, Art. 102 Abs. 1 OR). Vorbehalten sind Fälle, in denen der Schuldner auch ohne Mahnung weiss, dass der Gläubiger die Leistung begehrt, wie dies insbesondere bei Abmachung eines bestimmten Verfalltages zutrifft (*Mahnäquivalent*, Art. 102 Abs. 2 OR; dies interpellat pro homine).

Zu beachten ist, dass ein bestimmter Verfalltag seine Verbindlichkeit verlieren kann und infolgedessen die Fälligkeit erst später eintritt. Zu einer solchen Verschiebung können insbesondere dem Gläubiger zurechenbare Umstände (z.B. Herstellungsverzug beim Werkvertrag, Art. 366 OR) Anlass geben, aber auch sonstige („neutrale“) Umstände, soweit sie nicht der Schuldnersphäre entstammen<sup>3</sup>.

Angenommen, Schneider S hat sich verpflichtet, den versprochenen Massanzug am 10. 1. abzuliefern. Weil der Besteller B nicht wie verabredet am 5. 1., sondern erst am Abend des 9. 1. zum Massnehmen kommt, kann S den Anzug auf den 10. 1. nicht herstellen. S kommt hier am 10. 1. nicht in Verzug, obwohl es sich hierbei um einen vertraglich bestimmten Verfalltag handelt.

Das vorstehend Gesagte gilt nicht nur für vertraglich bestimmte Verfalltage, sondern auch für gesetzlich bestimmte. Beispielsweise sieht Art. 372 Abs. 1 OR vor, dass der Werklohn mit der Ablieferung des Werks fällig wird. Der so bestimmte Fälligkeitstermin wird jedoch aufgeschoben, wenn der Unternehmer es unterlässt, eine nachvollziehbare Rechnung zu stellen und es daher dem Gläubiger nicht zumutbar ist, die Rechnung zu begleichen (Art. 41 Abs. 1 VVG analog)<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Angesprochen sind insbesondere die Fälle der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung (s. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 730 ff. zu Art. 366 OR).

<sup>3</sup> Die Verschiebung kann diesfalls auf die *clausula rebus sic stantibus* gestützt werden.

<sup>4</sup> DIETER MEDICUS, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2002, Rz 394; RAINER GRIMME, NJW 1987, 468.

3. Umstritten ist, ob dem Schuldner nach der Mahnung noch eine *Reaktionszeit* zuzugestehen ist, bevor er in Verzug gerät. Das ist zu bejahen<sup>5</sup>. Zwar ist der Schuldner verpflichtet, sich auf den Fälligkeitstermin hin leistungsbereit zu halten. Zur selbständigen Leistung aber ist er nicht verpflichtet, sondern kann insoweit zuwarten, bis er gemahnt wird. Erst jetzt muss er die nötigen Schritte unternehmen, um dem Gläubiger die Leistung zu verschaffen. Beispielsweise bei einem Werkvertrag ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so rechtzeitig herzustellen, dass es am Fälligkeitstermin zur Ablieferung bereit ist. Mit der Ablieferung darf er jedoch zuwarten, bis ihn der Besteller dazu auffordert. Von praktischer Bedeutung ist dies insbesondere bei Bringschulden. Hier muss dem Unternehmer die für das „Bringen“ nötige Zeit gelassen werden.

Die Dauer der Reaktionszeit hängt davon ab, welche Erfüllungshandlungen der Unternehmer von sich aus und welche er erst *auf Mahnung hin* vornehmen muss. Insoweit kommt es auf Art und Inhalt des Vertrages an. Soweit ausdrückliche vertragliche Abreden fehlen, ist das Prinzip von Treu und Glauben heranzuziehen. Im kaufmännischen Verkehr kommt den Geschäftsgewohnheiten entscheidende Bedeutung zu.

4. Verzug setzt ferner voraus, dass das *Ausbleiben der Leistung nicht dem Gläubiger zuzurechnen ist*. Nicht nur Gläubigerverzug (Art. 91 OR) schliesst Schuldnerverzug aus, sondern auch jede andere Verhinderung der Erfüllung, welche in den Risikobereich des Gläubigers fällt (Art. 96 OR). Der erste Entwurf Munzingers zum aOR aus dem Jahre 1869 hatte dies noch ausdrücklich gesagt (§ 153): „Der Schuldner wird nicht in Verzug gesetzt, solange der Gläubiger seinerseits diejenigen Handlungen nicht vorgenommen hat, welche die Voraussetzung der Erfüllung von Seiten des Schuldners sind.“ Das OR hat zwar auf eine entsprechende Regel verzichtet bzw. nur für einen Sonderfall festgehalten (Art. 366 Abs. 1 OR)<sup>6</sup>, doch ist völlig unbestritten, dass Schuldnerverzug durch Gläubigerverzug und die dem Gläubigerverzug gleichgestellten Tatbestände ausgeschlossen wird. Pro memoria sei beigefügt, dass dem Gläubiger zurechenbare Umstände im Einzelfall die Fälligkeit hinausschieben können.

<sup>5</sup> WALTHER MUNZINGER hatte dies – im Anschluss an das PGB (§ 987 Abs. 2) – noch ausdrücklich vorgesehen (Entwurf 1869, § 148); ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974, 138 Anm. 25; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 37 zu Art. 102 OR; ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 115 und 717 f. zu Art. 366 OR; ROLF WEBER, Berner Kommentar, N 105 zu Art. 102 OR; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg i. Ü. 1988, Rz 93, 106, mit Hinweis auf abweichende Ansichten.

<sup>6</sup> ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 149 zu Art. 366 OR.

nen. Verzug entfällt dann schon aus diesem Grund (mangels Fälligkeit), so dass sich die hier behandelte Frage (Ausschluss des Schuldnerverzugs trotz Fälligkeit und evtl. Mahnung) gar nicht erst stellt. Auch Umstände, welche nicht dem Gläubiger anzulasten sind (z.B. Erdbeben, Kriegswirren oder sonstige höhere Gewalt), vermögen die Fälligkeit ausnahmsweise hinauszuschieben und damit den Verzug auszuschliessen. Soweit dies – wie regelmässig – nicht zutrifft, vermögen sie höchstens ein Verschulden am Verzug und damit verschuldensabhängige Verzugsfolgen (Art. 103 Abs. 2 OR, 109 Abs. 2 OR.) auszuschliessen.

5. Zweifelhaft und umstritten ist, ob *hypothetischer Gläubigerverzug* dem (tatsächlichen) Gläubigerverzug gleichzustellen ist. Gläubigerverzug liegt vor, wenn der Schuldner leistungswillig und -bereit ist, jedoch durch den Gläubiger oder diesem zurechenbare Umstände an der Erbringung der Leistung gehindert wird. Dass in diesem Fall Schuldnerverzug ausgeschlossen ist, ergibt sich schon aus dem Verzugsbegriff, weil sich der Schuldner obligationsgemäss verhält, Verzug aber eine Obligationswidrigkeit bedeutet. So aber kann nicht argumentiert werden, wenn der Schuldner nicht leistungsbereit ist, andererseits aber auch ein Leistungshindernis auf Seiten des Gläubigers besteht, so dass dieser in Gläubigerverzug geraten würde, wenn der Schuldner seine Leistung anböte. Schliesst ein derartiger hypothetischer Gläubigerverzug Schuldnerverzug aus oder nicht? Die Frage ist im Gesetz nicht geregelt. In Deutschland ist sie umstritten<sup>7</sup>, in der Schweiz kaum diskutiert<sup>8</sup>. Die bundesgerichtliche Praxis ist nicht eindeutig. In BGE 68 II 227 wurde Schuldnerverzug dezidiert verneint, in BGE 96 II 51 der Sache nach bejaht. M.E. ist dem ersten Entscheid zu folgen, weil es rechtlich nicht angehen kann, dass der Gläubiger dem Schuldner die Leistungsverzögerung vorwirft, obwohl er seinerseits zur Annahme der Leistung nicht bereit war (Tu-quoque-Grundsatz, Art. 2 Abs. 2 ZGB). Aus dem gleichen Grund – nur mit umgekehrten Vorzeichen – liegt auch kein Gläubigerverzug vor.

Beispiel:

Es ist abgemacht, dass der Malermeister A im Haus des B ein Zimmer zu malen hat, und zwar am 13. März. An diesem Tag ist B nicht zu Hause. Würde A

<sup>7</sup> Vgl. z.B. KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, 360 f.; VOLKER EMMERICH, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., München 2003, 278 f.; GUNTHER TEUBNER, Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen 1975, 74 ff.

<sup>8</sup> Eingehend aber neuerdings THOMAS MERZ, Der Zahlungsverzug des Käufers, Diss. St. Gallen 2003, S. 144 ff. S. ferner ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 171 und 722 zu Art. 366 OR; DERS., Basler Kommentar, N 17 zu Art. 214 OR.

erscheinen, käme er nicht in Schuldnerverzug. Ändert sich etwas dadurch, dass er nicht erscheint? Die Frage ist m.E. zu verneinen. Das versteht sich von selbst, wenn A gerade deshalb nicht erscheint, weil er von der Abwesenheit des B Kenntnis hat. Aber auch wenn dies nicht zutrifft, rechtfertigt sich die Annahme von Schuldnerverzug nicht. Andererseits ist auch Gläubigerverzug des B zu verneinen. – In dem erwähnten BGE 96 II 51 war abgemacht, dass sich Verkäufer und Käufer spätestens bis zum 1. Oktober 1951 beim Grundbuchamt einfinden sollten, um die Übertragung des Eigentums gegen die Bezahlung des Kaufpreises zu vollziehen. Beide Parteien unternahmen nichts, um bis zum fraglichen Termin die Erfüllung voranzutreiben. Der Verkäufer trat in der Folge ohne Nachfristansetzung (Art. 108 Ziff. 3 OR.) zurück (Art. 107 Abs. 2 OR.). Das Bundesgericht nahm an, im betreffenden Zeitpunkt seien beide Parteien in Schuldnerverzug gewesen und bestätigte den Rücktritt. M.E. hätte nicht doppelter Verzug, sondern überhaupt kein Verzug angenommen werden dürfen. Insbesondere war der Käufer nicht mit der Bezahlung des Preises in Verzug, denn der Verkäufer wäre ja sowieso nicht annahmefähig gewesen. Der Rücktritt war also m.E. nicht zulässig.

6. Einer Mahnung hat der Schuldner keine Folge zu leisten, wenn er die (fällige) Leistung *aus besonderem Grund zurückbehalten darf*, z.B. weil ihm ein Rückbehaltungsrecht zusteht (Art. 82 OR, vgl. BGE 96 II 51) oder weil der Anspruch des Gläubigers verjährt ist. Trifft dies im Einzelfall zu, ist die Nichtleistung nicht obligationswidrig, Verzug daher ausgeschlossen. Umstritten ist, ob schon der *Bestand* eines Verweigerungsrechts den Verzug ausschliesst oder erst die *Geltendmachung* desselben. Diese Frage wird vor allem in Deutschland diskutiert, mit Argumenten, die auch für das schweizerische Recht beachtlich sind<sup>9</sup>. Mit Bezug auf die *Einrede des nicht erfüllten Vertrags* (§ 320 BGB, Art. 82 OR.) hat der deutsche Bundesgerichtshof entschieden, die Einrede hindere „den Eintritt des Verzugs, ohne dass sie vom Schuldner besonders vorgebracht zu werden braucht“ (BauR 1996, 544 ff.). M.E. ist – mit der herrschenden (schweizerischen) Lehre – gegenteilig zu entscheiden (so der Sache nach auch BGE 96 II 51). Der blosse Bestand der Einrede (des nicht erfüllten Vertrags) schliesst daher beispielsweise nicht aus, dass der Gläubiger nach Massgabe von Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktritt. Die „deutsche Ansicht“ lässt sich mit den berechtigten Erwartungen des Gläubigers nicht in Einklang bringen. Erhebt der Schuldner die Einrede (des nicht erfüllten Vertrags), so wird der Verzug nicht rückwirkend bereinigt<sup>10</sup>. Die schon vorher entstandenen Ver-

<sup>9</sup> S. vor allem LARENZ (FN 7), 349 ff., ferner MEDICUS (FN 4), Rz 395 ff.; PETER SCHLECHTRIEM, Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Tübingen 1997, Rz 313.

<sup>10</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band

zugsfolgen (etwa ein Anspruch auf die bis dahin aufgelaufenen Verzugszinsen) bleiben daher erhalten. Teilweise anders verhält es sich hinsichtlich der Verjährungseinrede<sup>11</sup>. Wo ein Leistungsverweigerungsrecht von Amtes wegen zu beachten ist, schliesst schon dessen Bestand den Verzug aus. Daher ist bei einer Spielschuld (Art. 514 OR) Verzug ausgeschlossen<sup>12</sup>.

7. Verzug ist nur so lange möglich, als die *Leistungspflicht Bestand hat*. Verzug ist daher ausgeschlossen, sobald sie durch Erfüllung oder auf sonstige Weise, insbesondere definitive Leistungsunmöglichkeit, untergegangen ist. Das ist selbstverständlich. Hingegen verstehen sich die praktischen Konsequenzen nicht immer von selbst. Auf zwei Punkte sei hingewiesen:

- Unter welchen Voraussetzungen eine Schuld als erfüllt gilt, hängt vom Inhalt der Leistungspflicht ab. Beispielsweise bei einer Versendungsschuld hat der Schuldner mit der Versendung das ihm Obliegende getan, auch wenn die Sache beim Käufer (noch) nicht eingetroffen ist. Demgegenüber gehört bei einer Bringschuld das Eintreffen der Ware zum Leistungsprogramm des Verkäufers<sup>13</sup>.
- Bei *zeitgebundenen* Leistungen kann (definitive) Unmöglichkeit auch durch Verzug herbeigeführt werden. Ist beispielsweise die für einen bestimmten Zeitraum geschuldete Arbeitsleistung unterblieben, so ist sie „nicht mehr nachholbar und somit endgültig unmöglich geworden“ (Rehbinder<sup>14</sup>).

Angenommen, A soll bei einem Umzug helfen. Unmöglichkeit tritt hier nicht nur ein, wenn A verunfällt und dadurch dauernd arbeitsunfähig wird, sondern ebenso, wenn A sehr wohl arbeiten könnte, jedoch den Umzugstermin vergisst: Ist der Umzug über die Bühne gegangen, so ist Unmöglichkeit eingetreten. A könnte zwar seine Arbeitsleistung noch anbieten, aber nicht mehr die geschuldete Leistung (Hilfe bei dem betreffenden Umzug; Leistungsunmöglichkeit zufolge Zweckerreichung). Der Verzug hat in einem solchen Fall sukzessive (definitive) Unmöglichkeit zur Folge.

8. Dass der Schuldner den Verzug *verschuldet* oder sonstwie zu vertreten hat (z.B. nach Art. 101 OR), ist für den Verzugseintritt *nicht vorausgesetzt*. Hingegen

sind einzelne Verzugsfolgen verschuldensabhängig, insbesondere die Schadenersatzansprüche (Art. 103 OR, 109 Abs. 2 OR). Weil der Verzug kein Verschulden voraussetzt, kann der Schuldner auch dann in Verzug geraten, wenn er von seiner Schuld weder Kenntnis hat noch haben muss. Wird beispielsweise A vom Hund des B gebissen und verlangt nun A Schadenersatz aus Art. 56 OR, so kommt B – unter den vorstehend erwähnten Voraussetzungen – in Verzug, auch wenn er in guten Treuen annehmen darf, nicht *sein* Hund habe A gebissen.

Zu beachten ist, dass der Gläubiger nach Treu und Glauben verpflichtet sein kann, dem Schuldner die erforderlichen Anhaltspunkte für seine Schuldspflicht zu liefern. Pflichtwidrige Nichtaufklärung schliesst dann die Fälligkeit und damit Schuldnerverzug aus (vgl. Art. 41 Abs. 1 VVG und oben Ziff. 2). Angenommen, in unserem Beispiel hat A ein Foto, welches beweist, dass der Hund von B beteiligt war, so hat er dieses Foto dem B zu zeigen, ansonsten seine Forderung nicht fällig wird.

## II. Insbesondere das Mahnerfordernis

1. **Begriff und Rechtsnatur der Mahnung.** Mit der Mahnung bringt der Besteller seinen Willen zum Ausdruck, die Leistung zu erhalten<sup>15</sup>. Eine Willenserklärung im technischen (rechtsgeschäftlichen) Sinne ist sie aber nicht. Denn sie muss nicht auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet sein und die an den Verzug geknüpften Rechtsfolgen treten unabhängig davon ein, ob sie gewollt sind oder nicht<sup>16</sup>. Trotzdem ist die Mahnung in vielerlei Hinsicht wie eine Willenserklärung zu behandeln. Insbesondere gilt für ihre Auslegung das Vertrauensprinzip (vgl. unten Ziff. 2 lit. b).

2. **Wirksamkeitserfordernisse.** – a) *Bestimmtheitserfordernis*: Die Mahnung „muss den Willen auf Vollziehung der geschuldeten Leistung bestimmt und klar zum Ausdruck bringen“ (Becker<sup>17</sup>). Sie muss auch deutlich machen, von welchem Zeitpunkt an die Nichterbringung der Leistung als Pflichtwidrigkeit angesehen wird<sup>18</sup>. Daher bedeutet die Rechnungsstellung als solche keine Mahnung (vgl. demgegenüber § 286 Abs. 3 BGB)<sup>19</sup>. Anders, wenn sie mit

II, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz 2955; MEDICUS (FN 4), Rz 397; ULRICH HUBER, Leistungsstörungen, Band I, Tübingen 1999, § 13 II 1; a.A. WOLFGANG WIEGAND, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2003, N 12 zu Art. 102 OR.

<sup>11</sup> MEDICUS (FN 4), Rz 396.

<sup>12</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 102 OR.

<sup>13</sup> S. z.B. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 727 zu Art. 366 OR.

<sup>14</sup> MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N 10 zu Art. 324 OR, mit Hinweis auf VOLKER BEUTHIEN, RdA 1972, 20 ff.

<sup>15</sup> SCHENKER (FN 5), Rz 88; abweichend BGE 97 II 64 E. 5. In Deutschland ist der Mahnzweck kontrovers, vgl. JAN KREIKENBOHM, BauR 24 (1993), 648 f.

<sup>16</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Rz 131, 236.

<sup>17</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 102 OR.

<sup>18</sup> RGZ 93, 301 f., BECKER, wie vorstehende Anmerkung.

<sup>19</sup> Vgl. PIERRE ENGEL, SJZ 93 (1997), 159.

einer Fristsetzung für die Leistung verbunden ist<sup>20</sup>; diesfalls ist es jedoch nicht die Rechnungsstellung, sondern die Fristsetzung, welche dem Mahnerfordernis genügt. Eine Mahnung beinhaltet die Rechnungsstellung ferner dann, wenn darin Rechtsfolgen, etwa Verzugszinsen oder die Einleitung „rechtlicher Schritte“, angedroht werden. Nicht erforderlich ist die Ankündigung *bestimmter* Folgen; diese ergeben sich aus dem Gesetz.

b) *Richtigkeitserfordernis*: „Die Mahnung muss sich auf den geschuldeten Gegenstand beziehen“ (Becker<sup>21</sup>): Schuld und Mahnung müssen übereinstimmen. Wenn daher der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung anmahnt, so kommt der Schuldner nicht in Verzug. Auf welche Leistung sich die Mahnung bezieht, entscheidet sich nach dem Vertrauensprinzip. Besonderes gilt bei Geldschulden: Verlangt der Gläubiger einen zu hohen Betrag, so ist darin – nach Treu und Glauben – regelmässig auch das Begehren enthalten, den tatsächlich geschuldeten geringeren Betrag zu bezahlen. Anders verhält es sich nur dann, wenn aus den Umständen, z.B. aus der Korrespondenz, zu schliessen ist, dass der Gläubiger den tatsächlich geschuldeten Betrag nicht, nicht einmal als Teilleistung, annehmen würde (BGE 46 II 85<sup>22</sup>). Der Schuldner muss dann die Zuvielmahnung nicht als Leistungsaufforderung betrachten, die Mahnung bleibt daher wirkungslos. Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch schon unter dem Gesichtspunkt des hypothetischen Gläubigerverzugs (oben I. Ziff. 5).

Die Mahnung muss grundsätzlich auch den *Umfang* der geforderten Leistung angeben und daher – bei Geldforderungen – beziffert sein. „Muss allerdings der Umfang der Leistung vom Schuldner oder unter seiner Mitwirkung noch ermittelt werden, genügt eine darauf gerichtete Aufforderung“ (Staudinger/Löwisch<sup>23</sup>; BGE 129 III 535 E. 3.2.2. [mit zu allgemeiner Formulierung] m.w.Nw.; ZR 1965, S. 232 ff. VIII.).

Nicht vorausgesetzt ist für den Verzug, dass der Schuldner die Richtigkeit der Mahnung erkennen kann: Entschuldbare Unkenntnis hinsichtlich Schuld und Schuldinhalt schliessen Verzug nicht aus. Ist jedoch die Unkenntnis dem

<sup>20</sup> SJZ 26 (1929/30), 29 Nr. 22; SJZ 90 (1994), 218 („payable immédiatement“); HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 8 zu Art. 102 OR; ROLF WEBER, Berner Kommentar, N 68 zu Art. 102 OR, m.w.Nw., auch auf abweichende Auffassungen.

<sup>21</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 12 zu Art. 102 OR.

<sup>22</sup> BECKER, wie vorstehende Anm.; ROLF WEBER, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 102 OR; BGH, MDR 67, 826; OTHMAR JAUERNIG/MAX VOLLKOMMER, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., München 2003, N 24 zu § 286 BGB.

<sup>23</sup> STAUDINGER/MANFRED LÖWISCH, 13. Aufl., N 31 zu § 284 a.F.; EMMERICH (FN 7), 235 f. m.w.Nw.

Gläubiger anzulasten, so entfällt Schuldnerverzug: weil es entweder an der Fälligkeit fehlt (oben I. Ziff. 2) oder weil der Schuldner zumindest ein Recht zur Leistungsverweigerung hat (so etwa, wenn der Zessionar einer Forderung die nötige Legitimation unterlässt, vgl. § 409 BGB).

3. Die Mahnung ist nach dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 OR eine *der Fälligkeit nachfolgende Erklärung*. Vor Fälligkeit kann nicht im technischen Sinne gemahnt werden. Eine vorzeitige Leistungsaufforderung kann jedoch als Mahnäquivalent zu werten sein (unten III./3. Ziff. 1 lit. b).

### III. Insbesondere die Mahnäquivalente

#### 1. Abmachung eines bestimmten Verfalltages (Art. 102 Abs. 2 OR, 1. Tatbestandsvariante)

„Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, . . . , so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug“ (Art. 102 Abs. 2 OR). Das bedeutet im Einzelnen:

1. „Bestimmt“ i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR ist ein Verfalltag nicht nur dann, wenn er kalendermässig festgelegt ist („Arbeitsbeginn am 3. Oktober“), sondern ebenso, wenn er sich auf andere Weise präzise feststellen lässt („spätestens Ende September“, „am Tage der Volljährigkeit des Schuldners“<sup>24</sup>, „nächste Ostern“<sup>25</sup>). Dem Bestimmtheitserfordernis nicht zu genügen vermögen sog. *Circa-Klauseln*, wie z.B. die Abrede, der Verkäufer habe die Ware „in ein paar Wochen“ (vgl. BIHE 1888, 29) oder „ca. Ende März“ zu liefern (vgl. BGE 54 II 30)<sup>26</sup>. Die mit solchen Klauseln verbundene Unsicherheit über den Leistungszeitpunkt geht zu Lasten des Gläubigers: Es obliegt nicht dem Schuldner, beim Gläubiger anzufragen, wann genau er nun Leistung will, sondern umgekehrt dem Gläubiger, (mittels Mahnung) Klarheit darüber zu schaffen, wann er die Leistung erwartet.

Im Einzelfall ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Parteien einen *bestimmten* Verfalltag abgemacht haben. Die Auslegung kann ergeben, dass auch scheinbar unbestimmte Klauseln einen bestimmten Verfalltag enthalten. „Bei der Klausel ‚Lieferung bis Mitte Mai‘ ist Verfalltag der 15. Mai“ (Becker<sup>27</sup>). Die

<sup>24</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 102 OR.

<sup>25</sup> S. ferner VON TUHR/ESCHER (FN 5), S. 138 f., weitere Beispiele und Hinweise bei SCHENKER (FN 5), Rz 184.

<sup>26</sup> SCHENKER (FN 5), Rz 189.

<sup>27</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 102 OR.

Klausel „Lieferung Ende August bis Anfang September“ wurde vom Zürcher Handelsgericht als Verfalltagsbestimmung mit dem 10. September als letztem Tag bezeichnet, weil unter der Anfangsperiode eines Monats im Verkehr gewöhnlich das erste Drittel des Monats verstanden werde<sup>28</sup>.

Wiederholt sei, dass die Nichtleistung an oder bis zu einem Verfalltag dann keinen Verzug begründet, wenn der Verfalltag seine Verbindlichkeit aus besonderem Grund verloren hat (oben I. Ziff. 2).

2. Nach Art. 102 Abs. 2 OR muss der bestimmte Verfalltag „*verabredet*“ sein. Das wird von der wohl herrschenden Lehre dahin interpretiert, es müsse bereits *bei Vertragsabschluss* feststehen, wann die Erfüllung zu erfolgen hat<sup>29</sup>. Folgt man dieser Ansicht, so kommt Art. 102 Abs. 2 OR nicht zum Tragen und es ist eine Mahnung erforderlich, wenn der Zeitpunkt der Leistung von einem *zukünftigen zeitlich unbestimmten Ereignis* abhängig gemacht ist<sup>30</sup>. Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Letztlich muss entscheidend sein, ob der Gläubiger vom Schuldner auch ohne Mahnung Leistung erwarten darf. Das wiederum hängt davon ab, ob der Schuldner nach der vertraglichen Abmachung selbständig abzuklären hat, ob bzw. wann das in Frage stehende künftige Ereignis eingetreten ist. Dass die hier vertretene Ansicht gesetzesgemäss ist, ergibt sich mittelbar auch aus Art. 102 Abs. 2 OR, 2. Tatbestandsvariante (unten 2. Ziff. 1).

Zur Illustration ein Beispiel:

Angenommen, eine Rechnung ist gemäss Vertrag „zahlbar binnen 30 Tagen nach Fakturamonat“. In einem solchen Fall geht die Parteimeinung offenbar dahin, der Schuldner müsse die Zahlung ohne weitere Mahnung spätestens nach Ablauf der 30 Tage vornehmen (also z.B. bis Ende Juni, falls die Rechnung im Mai gestellt wird). Es ist daher ein bestimmter Verfalltag anzunehmen<sup>31</sup>. Anders im folgenden Beispiel: Der Mieter einer Wohnung hat diese untervermietet mit der Abmachung, der Untermieter habe die Wohnung zurückzugeben, sobald das Obermietverhältnis gekündigt werde. Da der Untermieter nicht Adressat der Kündigung des Obermietverhältnisses ist und ihm

<sup>28</sup> BIHE 17, 203; zustimmend BECKER, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 102 OR; m.E. zweifelhaft.

<sup>29</sup> HERMANN BECKER, Berner Kommentar, N 28 zu Art. 102 OR; SCHENKER (FN 5), Rz 186, wohl auch BGE 32 II 215; a. A. ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 120 f. und 123 zu Art. 366 OR; HEINRICH MAYRHOFER, Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1986, 364. Dem im Berner Kommentar Gesagten stimme ich nicht mehr vollumfänglich zu.

<sup>30</sup> SCHENKER (FN 5), Rz 186.

<sup>31</sup> SJZ 55 (1959), 242.

selbstverständlich nicht zumutbar ist, dauernd entsprechende Abklärungen zu treffen, kommt er mit der Kündigung des Obermietverhältnisses nicht eo ipso in Verzug, sondern erst durch Mahnung von Seiten des Untervermieters.

## 2. Bestimmter Verfalltag zufolge Kündigung (Art. 102 Abs. 2 OR, 2. Tatbestand)

Eine Mahnung ist nach Art. 102 Abs. 2 OR auch dann nicht erforderlich, wenn sich ein bestimmter Verfalltag „infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung“ ergibt. Das oben zum „bestimmten Verfalltag“ Gesagte gilt sinngemäss auch hier. Zu präzisieren bleiben zwei andere Punkte:

1. Die *Kündigung* ist in einem weiten Sinne zu verstehen. „Gemeint ist jede Gestaltungserklärung, durch welche eine Leistungspflicht des Gestaltungsgegners begründet oder aktualisiert wird“ (KOLLER<sup>32</sup>). Im Vordergrund steht die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen; um eine Kündigung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR geht es aber beispielsweise auch dann, wenn der Käufer gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung die Ware abruf.

Beispiel 1:

In einem Mietvertrag über eine Wohnung ist abgemacht, dass die Parteien das Mietverhältnis mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist jeweils auf Ende März und Ende September kündigen können. Kündigt der Vermieter auf Ende März, so hat der Mieter die Wohnung auf diesen Zeitpunkt ohne weiteres zurückzugeben und kommt mit der Rückgabe in Verzug, wenn er den Termin nicht einhält. Dass der Vermieter noch speziell die Rückgabe der Mietsache anmahnt, ist nicht erforderlich. –

Beispiel 2:

V verkauft dem K Öl auf Abruf mit der Abmachung, dass das Öl innert drei Tagen seit dem Abruf zu liefern ist. Ruft K das Öl am 13. Mai ab, so hat V spätestens am 16. Mai zu liefern, ohne dass noch eine besondere Mahnung nötig wäre.

In den eben gemachten Beispielen ist der Verfalltag (Ende März, 16. Mai) *bei Vertragsabschluss* noch nicht bestimmt, denn er hängt von einem zeitlich unbestimmten künftigen Ereignis (Kündigung, Abruf) ab. Trotzdem ist ein bestimmter Verfalltag im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR, zweite Tatbestands-

<sup>32</sup> ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 127 zu Art. 366 OR.

variante, anzunehmen. Das bestätigt mittelbar das oben unter 1. Ziff. 2 Gesagte.

2. Nach dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 OR entfällt das Mahnerfordernis nur im Falle einer „vorbehaltenen“ (vertraglich vereinbarten) Kündigung. Ob auch eine Kündigung in Anwendung einer *gesetzlichen* Kündigungsmöglichkeit das Erfordernis – entgegen dem Gesetzeswortlaut – entfallen lässt, ist streitig<sup>33</sup>. Die Frage ist zu bejahen. Entscheidend ist, dass sich eine Mahnung nach dem Zweck des Mahnerfordernisses erübrigt, wenn dem Schuldner durch Kündigung der Wille des Gläubigers bekundet wird, die Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erhalten. *Der Verzicht auf das Mahnerfordernis lässt sich methodisch auf dem Wege teleologischer Reduktion von Art. 102 Abs. 1 OR in Verbindung mit analoger Anwendung von Art. 102 Abs. 2 OR begründen*<sup>34</sup>.

### 3. Weitere Fälle

Nebst Art. 102 Abs. 2 OR verzichten auch einzelne Sonderregeln auf das Mahnerfordernis, so etwa Art. 33 lit. c WKR. Dazu kommen ungeschriebene Sonderregeln. Schliesslich können die Parteien das Mahnerfordernis auch vertraglich beseitigen. Im Einzelnen:

1. **Sonderregeln.** – a) Nach Art. 33 lit. c WKR hat der Verkäufer die Ware, wenn der Verfalltag nicht vertraglich bestimmt wurde, „innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsabschluss“ zu liefern. Der Verkäufer muss die Leistungshandlung (Transport) von sich aus (ohne Mahnung) in Angriff nehmen und innert angemessener Frist zu Ende führen. Mit Ablauf der Frist ist die Ablieferung der Ware nicht nur fällig, vielmehr kommt der Verkäufer auch ohne weiteres in Verzug, wenn er den Termin nicht einhält.

b) Den beiden Mahnäquivalenten von Art. 102 Abs. 2 OR liegt die Überlegung zugrunde, dass eine Mahnung nach ihrem Sinn und Zweck dann nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner auch ohne Aufforderung zur Leistung weiss, wann er zu leisten hat. Dieser Gedanke muss zur Vermeidung von Wer-

<sup>33</sup> Zum Meinungsstand (im Jahre 1985) s. MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, N 24 zu Art. 323 OR; seither THEO GUHL/ALFRED KOLLER/ANTON K. SCHNYDER/ JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 32 Rz 5, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (FN 10), Rz 2971, und ROLF WEBER, Berner Kommentar, N 72 zu Art. 102 OR.

<sup>34</sup> S. zu diesem Vorgang ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 163, mit Hinweis auf BGE 61 II 95. Allgemein zur teleologischen Reduktion s. KRAMER, a.a.O., 161f.; aus der Rechtsprechung s. BGE 121 III 219.

tungswidersprüchen verallgemeinert werden. Auf das Mahnerfordernis ist daher überall dort zu verzichten, wo der Schuldner auch ohne Mahnung weiss, dass der Gläubiger Leistung erwartet. Ein Verzicht rechtfertigt sich insbesondere dann, wenn der Gläubiger dem Schuldner vor Fälligkeit der Leistung mitteilt, er erwarte zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Eintritt der Fälligkeit die Leistung (*vorzeitige Mahnung*); in dem betreffenden Zeitpunkt tritt ohne weiteres Verzug ein<sup>35</sup>. Dadurch werden keine schutzwürdigen Interessen des Schuldners verletzt. „Im Gegenteil: Es kann ihm nur recht sein, wenn er schon vor Fälligkeit weiss, wann von ihm Leistung erwartet wird“ (Koller<sup>36</sup>). Zu einem weiteren Fall – Ausübung eines gesetzlichen Kündigungsrechts – s. oben 2. Ziff. 2.

c) Eine Mahnung erübrigt sich ferner dann, wenn der Schuldner „eine Sache zurückzugeben hat, die er in Folge einer unerlaubten Handlung inne hat“; ein solcher Schuldner wird „von dem Zeitpunkt seiner Innehabung an als in Verzug befindlich betrachtet“ (*fur semper in mora est*. So § 154 des ersten Entwurfs zum aOR von Munzinger aus dem Jahre 1869. Dieser Paragraph wurde zwar später nicht ins aOR bzw. OR übernommen, doch ist unbestritten, dass er inhaltlich Geltung hat und hatte. Art. 940 ZGB ist mittelbarer Ausdruck davon.

2. **Vertraglicher Verzicht auf das Mahnerfordernis.** Der Schuldner kann vertraglich auf die Mahnung als Verzugsvoraussetzung verzichten, auch schlüssig. Schlüssige Verzichte gehen nahtlos in hypothetische – durch ergänzende Vertragsauslegung ermittelte – Verzichte über<sup>37</sup>. Massgebliches Prinzip ist alleweil das Vertrauensprinzip: Der Schuldner muss die Leistung dann selbständig – d.h. ohne Mahnung – erbringen, wenn er nach Treu und Glauben *nicht mit einer Leistungsaufforderung (Mahnung) durch den Besteller rechnen darf*. Dies trifft vorab „bei evidenter besonderer Dringlichkeit der Leistung“ zu (Medicus<sup>38</sup>), ferner – beim Werkvertrag – in Fällen, in denen der Unternehmer die Arbeit bei sich auszuführen hat, ohne dass der Besteller in den Arbeitsprozess einbezogen wäre<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Vgl. ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Rz 159; SYLVIE CHAVANNE, Le retard dans l'exécution des travaux de construction: selon le Code des Obligations et la norme SIA 118, Basel 1993, Rz 95; BGE 103 II 104 E. 1a, allerdings ohne Begründung; a.A. MEDICUS (FN 4), Rz 399; Klaus VYGEN/EBERHARD SCHUBERT/ANDREAS LANG, Bauverzögerung und Leistungsänderung: rechtliche und baubetriebliche Probleme und ihre Lösungen, Wiesbaden 1994, Nr. 39; JAN KREIKENBOHM, BauR 24 (1993), 649.

<sup>36</sup> ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 134 zu Art. 366 OR.

<sup>37</sup> ALFRED KOLLER (FN 16), Rz 600 und Kontext.

<sup>38</sup> MEDICUS (FN 4), Rz 402; VOLKER EMMERICH, JuS 1995, 124 Ziff. 2.

<sup>39</sup> S. im Einzelnen ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 142 ff. zu Art. 366 OR.

Beispiel:

A. K. beauftragt die Goldschmiedin X, einen Ring herzustellen. Irgendwelche Angaben über Ausführungsfrist oder Ablieferungstermin werden nicht gemacht. Die Arbeitsleistung ist daher sofort fällig, sofern sich aus den konkreten – dem A. K. erkennbaren – Umständen (z.B. Arbeitsüberlastung von X) nichts anderes ergibt. In einem solchen Fall darf X nicht erwarten, A. K. werde sie zur Leistung auffordern, vielmehr muss sie nach Treu und Glauben davon ausgehen, eine Mahnung werde nicht erfolgen. Sie hat daher die Arbeit am Ring sofort aufzunehmen und handelt pflichtwidrig, wenn sie dies nicht tut (Herstellungsverzug).

Am Gesagten ändert sich auch dann nichts, wenn dem Gläubiger (im Beispiel A. K.) an der sofortigen Leistung u.U. gar nichts liegt. Diese Sachlage ist auch bei sonstigen Verzugstatbeständen nicht selten. Man denke an den Fall, da der Besteller eines Werks – aus „Sicherheitsgründen“ (um allen Eventualitäten Rechnung zu tragen) – einen bestimmten Ablieferungszeitpunkt abgemacht hat, bei Eintritt dieses Zeitpunktes aber am Werk noch gar nicht interessiert ist. Verzug ist deshalb nicht ausgeschlossen. Doch handelt der Besteller u.U. rechtsmissbräuchlich, wenn er die Verzugsrechte durchsetzen will.