

## Fall 9 – Schuldnerverzug

K kauft von V am 16.01. einen Gebrauchtwagen, der auf dem Firmengelände des V steht, zu 8.000 €, wobei er den Kaufpreis sofort zahlt. Es wird vereinbart, dass V das Auto zulassen soll und dem K dann über ein Transportunternehmen anliefert und übereignet. Nachdem V bis zum 04.02. noch nichts von sich hören ließ, schrieb die von K beauftragte Sekretärin des K in dessen Namen an V: „Wir warten seit nunmehr zwei Wochen und möchten Sie höflichst bitten, uns das Auto unverzüglich zur Verfügung zu stellen, anderenfalls werden wir gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen.“ Da K am 01. und 10.02. Dienstreisen antreten muss, mietet er sich zu jeweils 100 € einen Mietwagen. Am 12.02. schickt K dem V ein Mahnschreiben. Am 21.02. schaltet K seinen Rechtsanwalt R ein. R mahnt V erneut, setzt eine Nachfrist bis zum 22.02. und erklärt dem V, dass sein Mandant sich weitere Schritte vorbehalten, wenn er bis Fristablauf nicht geliefert habe. Da V bis zum 26.02. nicht von sich hören lässt, wendet K sich an Jurastudentin J und bittet um Beantwortung folgender Fragen:

1. Kann K von V Ersatz der Rechtsanwaltsgebühren und Portokosten für die Erklärungen vom 04., 12. und 21.02. sowie Ersatz der Mietwagenkosten vom 01. und 10.02. verlangen?
2. K entdeckt auf dem Gebrauchtwagenmarkt ein vergleichbares Auto für 8.400 €. Was muss er tun, um Ersatz der Mehrkosten iHv. 400€ verlangen zu können?
3. Auf das Anraten der J setzt K dem V eine neue Frist. Fristende ist der 16.03. Am 15.03. übergibt der V das Auto dem Transportunternehmen. Dieses liefert das Auto am 19.03. bei K aus. Kann K Schadensersatz verlangen, wenn er am 18.03. das etwas teurere Auto kauft?

## Lösungsskizze

### Frage 1:

*Vorüberlegung:*

*K möchte den Wagen noch geliefert bekommen. Damit scheiden alle Schadensersatzansprüche „statt“ der Leistung aus (§§ 281, 282, 283 BGB), jedoch kann K den Schaden, der sich aus der Verzögerung der Lieferung ergibt, geltend machen. Dieser Verzugschaden ist nur nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB erstattungsfähig.*

**K könnte von V Ersatz des Verzögerungsschadens gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB verlangen.**

#### **A. Schuldverhältnis**

Zwischen K und V besteht ein Kaufvertrag i. S. v. § 433 BGB.

#### **B. Pflichtverletzung**

V müsste eine Pflicht in Gestalt des Verzugs mit seiner Leistungspflicht verletzt haben. Der Schuldner kommt gem. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers nicht leistet, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt.

#### **I. Nichtleistung trotz fälligem und durchsetzbarem Anspruch**

Ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch im Sinne des § 286 Abs. 1 BGB bestand hier in Form des Anspruchs auf Übergabe und Übereignung aus dem Kaufvertrag aus § 433 Abs. 1 BGB. K konnte sofort die Leistung verlangen (§ 271 Abs. 1 BGB) und auch durchsetzen (§ 320 BGB (-), da er den Kaufpreisanspruch bereits erfüllt hatte).

#### **II. Mahnung, § 286 Abs. 1 BGB**

Ferner müsste K den V gemahnt haben, § 286 Abs. 1 BGB. Eine **Mahnung** ist die an den Schuldner gerichtete bestimmte und eindeutige Aufforderung des Gläubigers, die

sein Verlangen zum Ausdruck bringt, der Schuldner möge die geschuldete Leistung nunmehr unverzüglich bewirken.

*Anmerkung:*

*Ob eine bestimmte und eindeutige Aufforderung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Beispielsweise liegt keine Mahnung vor bei höflichen Anfragen oder dem Übersenden der Rechnung (dann aber u. U. § 286 Abs. 3 BGB: 30-Tages-Frist). Dagegen ist eine Mahnung bei Übersenden einer „2. Rechnung“ gegeben. Entscheidend ist, ob der Schuldner sich „gewarnt“ sehen musste, die Leistung alsbald zu erbringen, um weitere ihm negative Folgen zu verhindern. Zuviel Höflichkeit schadet also! Unbestimmte oder bedingte Mahnungen sind unwirksam, ebenso Mahnungen, die vor Fälligkeit erfolgen oder die eine andere als die geschuldete Leistung anmahnen.*

*Ein Problem stellt sich bei Zuvielforderungen. Hier ist es erforderlich, dass der Schuldner die Erklärung als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen musste (Auslegungsfrage).*

Fraglich ist, welche Aufforderungen an den V hier als erste Mahnung zu verstehen ist. Frühestmöglicher Anknüpfungspunkt ist das **Schreiben** der Sekretärin vom 4. 2. Dies ist zwar sehr höflich verfasst, lässt aber auch durch die Drohung mit gerichtlichen Schritten eine eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung an V erkennen.

Die Mahnung muss als rechtsgeschäftsähnliche Handlung (Regeln über die Willenserklärungen entsprechend anwendbar) vom Gläubiger an den Schuldner erfolgen. Hier wird die Mahnung der S dem K analog § 164 Abs. 1 BGB zugerechnet. Die Mahnung geht dem V auch zu und erfolgte nach Fälligkeit.

*Anmerkung:*

*Die Mahnung muss grds. nach Fälligkeit erfolgen (Gesetzeswortlaut), kann anerkanntermaßen aber auch zeitgleich mit Fälligkeit erfolgen oder mit der die Fälligkeit auslösenden Handlung verbunden werden.*

K leistete bis einschließlich 26.02. nicht.

### **C. Vertretenmüssen**

V hat die unterbliebene Lieferung des Wagens gem. § 286 Abs. 4 BGB, wonach das Vertretenmüssen vermutet wird, mangels Entlastung zu vertreten.

### **D. Zwischenergebnis**

V befindet sich im Verzug.

### **E. Rechtsfolge**

K kann von V Ersatz des Verzögerungsschadens verlangen. Verzögerungsschaden ist der Schaden, der dem Gläubiger dadurch entstanden ist, dass der Schuldner nicht

rechtzeitig geleistet hat, d. h. darunter fallen alle auf den Verzug zurückzuführenden Schäden, vgl. § 249 Abs. 1 BGB. Dies bedeutet aber, dass nur Schäden erstattungsfähig sind, die zeitlich nach Verzugseintritt liegen. Den Verzugseintritt bestimmt die Mahnung. Damit sind erstattungsfähig alle adäquat verursachten Kosten nach dem 4. 2., nämlich:

- Dienstreise vom 10.2.
- Mahnkosten (Porto etc.) vom 12. 2. sowie weitere anfallende Mahnkosten
- Rechtsanwaltskosten vom 21. 2. (Diese waren auch erforderlich, da nach 2-maliger Mahnung dem K kein weiteres Warten mehr zumutbar war. Es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, die weitere Rechtsverfolgung gegen den Schuldner selbst zu betreiben (*Joussen*, Schuldrecht I, 6. Aufl. 2021, Rn. 557).

**Hinweis:** *Zwei Mahnung dürften noch angemessen sein, vor allem weil es hier um einen nicht unerheblichen Vermögenswert (8.000 €) geht. Vor dem Hintergrund des § 226 BGB dürfte die Anzahl der ersatzfähigen Mahnschreiben jedenfalls nicht ausufern.*

Nicht erstattungsfähig sind:

- Dienstreise vom 1. 2.
- Mahnkosten des die Mahnung auslösenden Schreibens vom 4. 2.!

## Frage 2:

*Vorüberlegung: K will statt des Wagens nun Geld, da er sich einen anderen Wagen kaufen möchte; Grund ist die Leistungsverzögerung, richtige Anspruchsgrundlage somit § 281 BGB.*

**K könnte wegen des mehr gezahlten Kaufpreises für den Ersatzwagen gegen V einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 400 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB haben.**

**Hinweis/Vorüberlegung:** *Hatte der Gläubiger – wie hier – vorgeleistet (K hat bereits 8.000€, in Summe mit dem Deckungskauf also 16.400€ gezahlt), kann er diese Gegenleistung nach Rücktrittsvorschriften zurückverlangen, um den Weg für den Differenzschadensersatz frei zu machen (vgl. § 325 BGB). Hier ist ausdrücklich nur nach den Mehrkosten iHv. 400€ gefragt. Unter äquivalenten Voraussetzungen zu §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB könnte K auch gem. §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB vom Kaufvertrag mit V zurücktreten, sodass er auch die bereits gezahlten 8.000€ zurückerhalten würde. Durch die Kombination von Schadensersatzanspruch und Rücktrittsrecht wird er rechnerisch so gestellt, wie er stünde, wenn der ursprüngliche Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre.*

### A. Schuldverhältnis

Ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch besteht (s. o.).

### B. Pflichtverletzung: Leistungsverzögerung

Eine Pflichtverletzung i. S. e. Leistungsverzögerung müsste vorliegen. Dies ist der Fall, wenn eine fällige und durchsetzbare Leistung nicht erbracht wird. K hat gegen V einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Autos aus dem Kaufvertrag, § 433 Abs. 1 S. 1 BGB. K liefert das Auto nicht. Eine Pflichtverletzung i. S. e. Leistungsverzögerung liegt vor.

### C. Angemessene Frist zur Leistung gesetzt

K müsste V weiter eine „angemessene Frist zur Leistung“ gesetzt haben.

#### I. Fristsetzung durch K

K setzte dem V eine Frist bis zum 22.2. durch R (§ 164 BGB).

**Hinweis:** *Die Mahnung vom 4.2. dürfte grds. ebenfalls den Anforderungen an eine Fristsetzung genügen. Allerdings wird diese durch die Fristsetzung vom 22.2. durch R überholt (§ 242 BGB: venire contra factum proprium).*

#### II. Angemessenheit der Frist

Diese Frist müsste angemessen gewesen sein, d. h. der Schuldner muss die Möglichkeit haben, noch vor Fristablauf leisten zu können.

Maßgebend sind die Umstände des Vertrages, z. B. die Dringlichkeit der Leistung und die übliche Dauer, die ein Schuldner für eine solche Leistung benötigt. Nicht

erforderlich ist jedoch, noch einmal eine volle Leistungszeit zu gewähren, da wegen der bereits vorhandenen Fälligkeit davon ausgegangen werden darf, dass der Schuldner bereit – zumindest teilweise – mit der Leistungshandlung begonnen hat. Bei normalen Geschäften wird man von einer angemessenen Frist von einer bis jedenfalls zwei Wochen ausgehen dürfen.

Hier war die Leistung nicht dringlich. Ob V bereits Vorbereitungen getroffen hat, ist fraglich. Die Fristsetzung von nur einem Tag dürfte vorliegend nicht angemessen gewesen sein.

Eine unangemessene Frist setzt jedoch eine angemessene in Lauf, da der Gläubiger die Angemessenheit kaum beurteilen kann, die Erklärung des Gläubigers analog § 140 BGB umgedeutet werden kann und sich der Schuldner nach Treu und Glauben nicht gänzlich von seiner Leistungspflicht frei machen können soll mit dem Argument, die Fristsetzung sei unangemessen (*Joussen, Schuldrecht I, 6. Aufl. 2021, Rn. 584*).

Dies bedeutet, dass jedenfalls nach zwei Wochen nach der unangemessenen Fristsetzung vom Ablauf der angemessenen Frist auszugehen ist. Damit liegt zum Zeitpunkt der Leistungshandlung am 15. 3. jedenfalls der erfolglose Fristablauf vor.

**Anmerkung:**

*An dieser Stelle könnte man fragen, ob nicht auch noch Verzug (§ 286 BGB) vorliegen muss. Das Gesetz nennt diesen nur noch als Voraussetzung für einen Ersatz des Verzögerungsschadens (§ 280 Abs. 2 BGB), nicht aber für den hier geltend gemachten Schadensersatz statt der Leistung. Da dieser der Sache nach weiter als der Verzögerungsschaden und in der Regel über diesen hinausreichen kann, könnte man – „erst recht“ – das Vorliegen der Voraussetzungen des § 286 BGB verlangen. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes setzt aber § 281 Abs. 1 S. 1 BGB den Eintritt des Schuldnerverzugs gerade nicht voraus. Allerdings enthält die Fristsetzung inhaltlich eine Leistungsaufforderung, in der man stets eine Mahnung i. S. d. § 286 Abs. 1 BGB sehen kann, so dass der Fall, dass der Schuldner zwar Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen kann, sich aber noch nicht nach § 286 BGB in Verzug befindet, nicht eintreten kann.*

*Nicht von Fallrelevanz ist hier, ob auch dann, wenn in AGB eine unangemessen kurze Frist gesetzt wird, eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird. Dies könnte man unter dem Gesichtspunkt des Verbots einer geltungserhaltenden Reduktion im Sinne von § 306 Abs. 2 BGB verneinen (so OLG Hamm, NJW-RR 1995, 503).*

#### **D. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB**

V hat diese Pflichtverletzung auch – mangels Vorbringens von Entlastungsumständen – zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

#### **E. Ergebnis**

K kann bereits jetzt Schadensersatz statt der Leistung in Höhe von 400 € verlangen.

*Beachte: Um jedoch Streitigkeiten über die Angemessenheit der Frist zu vermeiden, könnte er besser eine neue angemessene Frist setzen und den Schadensersatz nach Ablauf dieser Frist verlangen.*

### Frage 3:

Anmerkung:

*Für den Fall, dass der K dem V eine neue Frist setzt, muss er sich nach Treu und Glauben auch an dieser Frist festhalten lassen und kann von diesem Zeitpunkt an keinen Schadensersatz statt der Leistung mehr verlangen. Dieses Ergebnis dürfte sich vorzugsweise mit § 242 BGB begründen lassen (venire contra factum proprium). Wenig interessengerecht erscheint eine Lösung über eine konkludente Stundung, da dann mangels Fälligkeit für diesen Zeitraum der reine Verzugschaden entfielen.*

**K könnte gegen V Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 400 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB haben.**

#### **A. Schuldverhältnis und Pflichtverletzung**

K und V haben einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen.

V hat seine fällige Leistung noch nicht erbracht. K hat dem V auch eine angemessene Frist gesetzt.

#### **B. Erfolgloser Fristablauf**

Diese Frist muss auch erfolglos abgelaufen sein. Das erscheint hier deswegen fraglich, weil V die Erfüllungshandlung (Schickschuld: Übergabe an Transportperson) noch innerhalb der Frist durchgeführt hat und nur die Erfüllung i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB (der Erfolg) nicht mehr pünktlich eingetreten ist.

#### **I. Ansicht der Rechtsprechung**

Die gefestigte Rechtsprechung zu § 326 Abs. 1 BGB a. F. (= alte Fassung) ließ das Bewirken der Leistungshandlung genügen. Die Fristsetzung sollte für den Schuldner eine letzte Mahnung sein und ihm die Chance geben, vor den einschneidenden Rechtsfolgen des § 326 BGB a. F. noch leisten zu können. Diese Ansicht hat die h. L. unterschiedslos auf das neue Recht übertragen (RGZ 68, 333; BGHZ 12, 267; *Emmerich*, Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 18 III 4 (S. 286.) m. w. N.; *Palandt/Heinrichs*, 80. Aufl. 2021, § 281 BGB Rn. 12).

Nach dieser Auffassung hätte K keinen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### **II. Andere Ansicht**

Die Mindermeinung zum alten Recht stellte dagegen generell auf den Leistungserfolg ab (*Kornblum*, DB 1963, 291).

#### **III. Streitentscheid**

Der Gesetzeswortlaut spricht von der Erbringung der Leistung wie geschuldet. Das spricht eher dafür, auf die vertraglich geschuldete Leistung abzustellen, d. h. auf die jeweils vereinbarte Schuld. Im Interesse des Gläubigers wäre es, hier auf den Erfolg abzustellen, auf den sich auch die Mahnung beziehen dürfte. Allein der Verzug ändert jedoch nicht das Pflichtenprogramm des Vertrages. Insbesondere ändert sich nicht die vom Schuldner zu verlangende Handlung, auf die sowohl bei der Begründung des

Verzuges als auch bei dessen Beendigung abzustellen ist. Je nachdem, welche Schuld (Hol-, Bring- oder Schickschuld) vereinbart ist, endet der Verzug, wenn der Schuldner die von ihm vertraglich geschuldete Leistung vornimmt (siehe hierzu auch *Joussen*, SchuldR I, 6. Aufl. 2021, Rn. 596 f.).

Vorliegend vereinbarten K und V, dass V das Auto dem K über ein Transportunternehmen anliefert und übereignet. Zwischen V und K wurde eine Schickschuld vereinbart. Der Leistungserfolg tritt somit nicht nur durch die Übergabe des Autos an das Transportunternehmen, sondern erst durch die tatsächliche Anlieferung des Autos bei K ein. Der Leistungserfolg trat nicht innerhalb der Frist ein.

### **C. Ergebnis**

K kann daher von V keinen Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 400 € gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen.

## Gliederungsübersicht

### Frage 1:

K gegen V auf Ersatz des Verzögerungsschadens gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

- A. Schuldverhältnis
- B. Pflichtverletzung: Leistungsverzögerung
- C. Vertretenmüssen, § 286 Abs. 4 BGB
- D. Zwischenergebnis
- E. Rechtsfolge

### Frage 2:

K gegen V auf Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 400 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

- A. Schuldverhältnis
- B. Pflichtverletzung: Leistungsverzögerung
- C. Angemessene Frist zur Leistung gesetzt
  - I. Fristsetzung durch K
  - II. Angemessenheit der Frist
- D. Vertretenmüssen, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB
- E. Ergebnis

### Frage 3:

K gegen V Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i. H. v. 400 € aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 BGB

- A. Schuldverhältnis
- B. Erfolgloser Fristablauf
  - I. Ansicht der Rechtsprechung
  - II. Andere Ansicht
  - III. Streitentscheid
- C. Ergebnis