

Grundkurs BGB II

Arbeitsblatt 12 - Leistungsverzögerung

I. Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (§§ 280 I, II, 286 BGB)

Nach §§ 280 I, II, 286 BGB kann der Gläubiger vom Schuldner Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB verlangen. Es müssen also zunächst die Voraussetzungen von § 280 I BGB vorliegen, wobei die Pflichtverletzung des Schuldners in der Nichtleistung trotz Fälligkeit zu sehen ist. Der Schuldner muß sich zudem im **Schuldnerverzug** befinden.

1. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs

1. Fälligkeit und Mahnung

Nach § 286 I BGB kommt der Schuldner in Verzug, wenn die Leistung nicht erbracht wird, obwohl

- sie **fällig** ist (der Gläubiger sie also jetzt verlangen kann, § 271 I BGB [vgl. hierzu Arbeitsblatt 7, sub III.]) und
- der Gläubiger **nach** Eintritt der Fälligkeit eine **Mahnung** ausgesprochen hat.

Beispiel 1: K hat bei V ein Buch zu einem ihm bekannten Preis bestellt. V schickt es dem K zu und fügt einen Begleitbrief bei, in dem der Betrag, den K zu zahlen hat, mit dem Zusatz steht: „Zahlung erbeten bis 21.05.2004“.

Die Mahnung ist die unmißverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Im **Beispiel 1** hat V eine solche Mahnung ausgesprochen: Er hat den K eindeutig aufgefordert, die Leistung (Zahlung des Kaufpreises) zu erbringen. Diese **Leistungsaufforderung** ist das Charakteristische an der Mahnung. Wenn K nunmehr nach Erhalt des Buches nicht zahlt, befindet er sich im Verzug.

Beispiel 2: U hat für B ein Haus gebaut. Nach dem Vertrag zwischen U und B soll B den Werklohn zahlen, sobald U die Schlußrechnung erstellt hat. U schreibt an B einen Brief: „Die Schlußrechnung wird in wenigen Tagen fertig sein. Ich bitte Sie, auf jeden Fall pünktlich zu zahlen.“

U hat B unmißverständlich zur Leistung aufgefordert, indem er ihn gebeten hat, auf jeden Fall pünktlich zu zahlen. U hat damit eine Mahnung ausgesprochen. Diese Mahnung ist indes nicht geeignet, den B nach § 286 I BGB Verzug zu setzen. Denn wenn im Vertrag bestimmt ist, daß B erst zahlen soll, wenn U die Schlußrechnung erstellt hat, so wird der Werklohn erst mit Zugang dieser Rechnung überhaupt fällig. U hat im Beispiel 2 die Mahnung *vor* Erteilung der Schlußrechnung und damit *vor Fälligkeit* ausgesprochen. Die Mahnung muß aber *nach* Eintritt der Fälligkeit zugehen, damit der Schuldner in Verzug kommt.

▽ **Beachten Sie:** Die Mahnung ist **keine Willenserklärung**, da sie nicht auf Herbeiführung einer gewillkürten Rechtsfolge gerichtet ist. Die Folgen der Mahnung sind vielmehr solche, die bereits **kraft Gesetzes** eintreten. Da sie aber mit Willen des Gläubigers ausgesprochen wird, ist sie eine **geschäftähnliche Handlung**. Die Regeln über Willenserklärungen gelten für sie damit *analog*. So gerät der Schuldner beispielsweise, wenn die Mahnung unter Abwesenden ausgesprochen wird, erst ab dem Zeitpunkt in Verzug, da sie ihm *zugeht* (§§ 130 I 1 BGB analog).

Beispiel 3: U ist von seiner Ehefrau E geschieden und schuldet ihr Unterhalt in Höhe von monatlich 700 Euro. E fordert den U am 28. 8. 2002 auf, diese Zahlung jeden Monat im voraus zu leisten (§ 1585 I 2 BGB).

Die Schuld des U besteht in einer **wiederkehrenden Leistung**, nämlich in der Zahlung einer monatlichen Geldrente (§ 1585 I 1 BGB) als Unterhalt. Es wäre nun für E außerordentlich umständlich, wenn sie die Mahnung jeden Monat aufs Neue aussprechen müßte. Deshalb begründet die einmal ausgesprochene Mahnung Verzug für **alle künftigen Unterhaltsbeträge** (BGHZ 103, 62, 64 f.).

Der Hintergrund dieser Handhabung ist ein **prozeßrechtlicher**: Nach § 258 ZPO kann jemand, der eine wiederkehrende Leistung zu fordern hat, eine *Klage auf künftige wiederkehrende Leistung* erheben; d.h. er kann beantragen, den Beklagten (Schuldner) zu verurteilen, ab einem bestimmten Zeitpunkt in bestimmten Abständen die Leistung zu erbringen. E hätte also beantragen können, U ab dem 1. April 2004 zur Zahlung von monatlich 700 Euro zu verurteilen; aus diesem Urteil hätte sie jeden Monat aufs Neue vollstrecken können, ohne nochmals Klage erheben zu müssen. Wenn man aber mit ein und derselben Klage die wiederkehrende Leistung generell für die Zukunft betreiben kann, ist nicht einzusehen, warum das nicht auch für die Mahnung gelten soll. **Wichtige Ausnahme** (die hier nur der Vollständigkeit halber genannt wird; die Kenntnis dieser Ausnahme wird im zweiten Semester nicht verlangt!): Wird *vor* der Scheidung Trennungunterhalt angemahnt (§ 1361 BGB), so gilt die Mahnung nur für diejenigen Unterhaltsbeträge, die bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils anfallen; denn *nach* der Scheidung *wechselt der Unterhaltsanspruch seine Identität*: Er beruht nicht mehr auf § 1361 BGB, sondern auf §§ 1569 ff. BGB. Diese Änderung erschöpft sich nicht lediglich in einem Wechsel der „Hausnummer“ im BGB; vielmehr beruhen beide Ansprüche auf einer gänzlich verschiedenen Grundidee: *Vor* der Scheidung gilt der Grundsatz, daß die Ehegatten grundsätzlich noch füreinander verantwortlich sind, weil das Gesetz sich immer noch mit der Hoffnung trägt, die Ehegatten könnten wieder zusammenfinden; *nach* der Scheidung gilt genau das Umgekehrte: Grundsätzlich muß wieder jeder für sich selbst sorgen; nur ausnahmsweise kann Unterhalt verlangen, wenn einer der in §§ 1570-1576 BGB niedergelegten Unterhaltstatbestände erfüllt ist (BGHZ 103, 62, 66 f.).

2. Verzug ohne Mahnung nach § 286 II BGB

Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Mahnung entbehrlich: in den in § 286 II BGB abschließend aufgezählten Fällen ist es für den Gläubiger nicht erforderlich, den Schuldner zur Leistungserbringung aufzufordern.

a) Kalendermäßige Bestimmung der Leistungszeit

Beispiel 4: B schreibt am 7.05.2004 eine Klausur in der Übung im Strafrecht für Anfänger. A leiht ihm seine Textausgabe StGB und erklärt ihm, am 8.05.2004 brauche er die Gesetzessammlung unbedingt wieder. B sagt zu, an diesem Tag auf jeden Fall die Textausgabe zurückzubringen.

Unterstellt man, es sei hier ein Leihvertrag zustande gekommen (und nicht bloß ein Gefälligkeitsverhältnis ohne Rechtsbindungswillen), so ist B dem A nach § 604 BGB und außerdem nach § 985 BGB am 8.05.2004 zur Rückgabe verpflichtet. Wenn B das Buch nicht spätestens am 8.05.2004 zurückgibt, kommt er nach **§ 286 II Nr.1 BGB** auch ohne Mahnung in Verzug: Für die Leistung (Rückgabe der Textausgabe) war eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, nämlich eben jener 8.05.2004.

b) Kalendermäßige Bestimmbarkeit der Leistungszeit

Beispiel 5: V verkauft an K 100 Packungen Lebkuchen, die K an seine Kunden weiterveräußern will. Im Kaufvertrag ist vereinbart: „Zahlung 10 Tage nach Lieferung“.

Im Beispiel 5 ist die Leistungszeit für die Zahlung des Kaufpreises nicht nach dem Kalender bestimmt; denn der Zeitpunkt, an dem K zahlen soll, hängt vom Liefertermin ab, der seinerseits im Vertrag nicht bestimmt ist. K kann daher mit der Zahlung nicht nach § 286 II Nr.1 BGB in Verzug geraten.

Wohl aber ist Verzug nach § **286 II Nr.2 BGB** möglich: Die Lieferung ist ein „Ereignis“, ab dem sich die Frist für die Zahlung des Kaufpreises nach dem Kalender berechnen läßt. 10 Tage sind für die Zahlung auch eine „angemessene Zeit“. Liefert V etwa am 6.05.2004, so weiß K, daß er spätestens am 16.05.2004 zahlen muß. Die Mahnung ist daher im Beispiel 4 nach § 286 II Nr.2 BGB entbehrlich.

Beispiel 6: Nehmen Sie im Beispiel 5 an, daß im Vertrag vereinbart ist: „Zahlung *sofort* nach Lieferung“.

Im Beispiel 6 kann Verzug nach § 286 II Nr.2 BGB *nicht* eintreten; denn wenn die Zahlung *sofort* nach Lieferung geleistet werden soll, wird dem keine „angemessene Zeit“ ab dem Ereignis „Lieferung“ gewährt - mehr noch: ihm wird ab jenem Ereignis *überhaupt keine Zeit* gewährt (Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1390; Gsell, ZIP 2000, 1861, 1868; Huber, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 31, 154 f.).

Einige Autoren erblicken hierin einen Verstoß gegen die **Zahlungsverzugsrichtlinie** der Europäischen Union (Richtlinie 2000/35/EG). Nach deren Art. 3 lit. a) stellen die EU-Mitgliedstaaten sicher, daß Verzugszinsen spätestens ab dem Tag zu zahlen sind, der auf den vertraglich festgelegten **Zahlungstermin** folgt. Als „Zahlungstermin“ in diesem Sinne sei es auch anzusehen, wenn nach dem Vertrag die Zahlung „sofort“ nach Lieferung zu erfolgen habe (Ernst/Gsell, ZIP 2001, 1389, 1390; U. Huber, JZ 2000, 957, 960; ders., in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 31, 154 f.; Zimmer, NJW 2002, 1, 10). Die Gesetzesbegründung hat diese Forderung - vertretbar - zurückgewiesen (Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 146; ebenso Heinrichs, BB 2001, 157, 158, 161); sie weist mit Recht darauf hin, daß der Schuldner nach Erhalt der Lieferung immer noch etwas Zeit braucht, um die Zahlung zu bewirken, etwa die Überweisung in Auftrag zu geben. Welche Frist ihm hierfür in angemessener Weise einzuräumen ist, steht nicht auf den Tag genau fest, so daß von einem **Zahlungstermin** keine Rede sein kann.

Beispiel 7: Nehmen Sie im Beispiel 5 an, daß im Vertrag vereinbart ist: „Zahlung *4 Stunden* nach Lieferung“.

Im Beispiel 7 läßt sich die Leistungszeit im Anschluß an das „Ereignis“ nicht nach dem Kalender, wohl aber nach der Uhr berechnen. Vom Wortlaut des § 286 II Nr.2 BGB ist dieser Fall nicht erfaßt. Im Schrifttum wird vorgeschlagen, § 286 II Nr.2 BGB in der Weise *richtlinienkonform auszulegen*, daß die Vorschrift auch diesen Fall (Berechnung der Leistungszeit nach der Uhr) erfaßt. Danach würde Verzug auch im Beispiel 7 eintreten, wenn 4 Stunden nach Lieferung die Zahlung nicht erfolgt ist (Dauner-Lieb, in: dies./Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Anwaltkommentar zum neuen Schuldrecht, § 286 Rn.31). Ob dem zu folgen ist, erscheint zweifelhaft: Die Richtlinie verlangt, daß die Verzugsfolgen (jedenfalls der Anspruch auf Verzugszinsen; dazu unten 2.) mit dem *Tag* eintreten, der dem „Zahlungstermin“ folgt. Die Richt-

linie rechnet also in Tagen, nicht in Stunden. Dann muß auch das deutsche Recht nicht in Stunden rechnen: Verzug tritt auch nach § 286 II Nr.2 BGB erst mit dem *Tag* ein, der auf den Ablauf der Leistungszeit folgt. Wenn aber das Ende der Leistungszeit ein Tag ist, läßt er sich auch kalendermäßig bestimmen. § 286 II Nr.2 BGB ist daher so zu lesen, wie er dasteht: Die Leistungszeit muß sich nach dem Kalender berechnen lassen. Auf Leistungszeiten „nach der Uhr“ braucht § 286 II Nr.2 BGB nicht erstreckt zu werden.

c) *Erfüllungsverweigerung*

Beispiel 8: Rechtsanwalt R hat für seinen Mandanten M einen Prozeß geführt und verloren. R hatte den M auf die Risiken des Prozesses nachdrücklich hingewiesen; M aber hatte auf Klageerhebung bestanden. Als nun R dem M seine Honorarrechnung präsentiert, erwidert M, R habe wohl „einen an der Waffel“: Wenn man im Prozeß „auf der ganzen Linie versagt“ habe, könne man doch nicht auch noch Geld fordern. R könne jedenfalls „sich auf den Kopf stellen und mit den Ohren wackeln“ - er, M, werde nicht bezahlen.

Im Beispiel 8 kommt M mit der Zahlung seines Honorars (§§ 675, 611 I BGB) nach **§ 286 II Nr.3 BGB** in Verzug, ohne daß R ihn mahnen muß. Denn M hat die Leistung **ernsthaft und endgültig verweigert**. In dieser Situation ergibt es für R keinen Sinn, den M nochmals zur Leistung aufzufordern.

▽ **Beachten Sie:** Bevor Sie auf § 286 II Nr.3 zurückgreifen, müssen Sie immer fragen, ob nicht dem Sachverhalt eine Erklärung des Gläubigers entnommen werden kann, die sich als Mahnung qualifizieren läßt. Im Beispiel 7 hätte man z.B. fragen müssen, ob R den M schon dadurch gemahnt hat, daß er ihm eine Rechnung gestellt hat. Das ist grundsätzlich zu *verneinen*, wenn die Rechnung nicht mit der Aufforderung verknüpft ist, den Rechnungsbetrag zu zahlen: **Wenn der Gläubiger die Leistung haben will, muß er das ausdrücklich sagen.** Wenn R den M explizit zur Zahlung aufgefordert hätte, also eine Mahnung zu bejahen wäre, hätte man des weiteren fragen müssen, ob diese Mahnung *nach Eintritt der Fälligkeit* ausgesprochen wurde. Da nämlich der Rechtsanwalt nach § 18 BRAGO selbst das Honorar berechnen muß, wird dieses i.S. des § 271 I BGB *erst fällig, wenn dem Mandanten die Rechnung zugegangen ist*. Wenn R zugleich mit der Rechnung zur Zahlung auffordert, erfolgt die Mahnung mit hin nicht *nach*, sondern *zugleich mit* der Fälligkeit. Die h.M. (Palandt-Heinrichs, BGB, § 286 Rn.16 mwN.) hält es für zu umständlich, dem Gläubiger zuzumuten, nach Rechnungstellung noch eine gesonderte Mahnung auszusprechen: **Der Gläubiger darf** vielmehr die **Mahnung mit der fälligkeitsbegründenden Handlung verbinden**. So darf der Rechtsanwalt oder Arzt zusammen mit der Rechnung zur Zahlung des Honorars auffordern; der Käufer, der Ware auf Abruf kauft, darf mit dem Abruf der Ware sogleich zur Lieferung auffordern, die Mahnung also gleich mit aussprechen.

d) *Die „Gummiklausel*

Nach **§ 286 II Nr.4 BGB** kommt der Schuldner schließlich in Verzug, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist. Diese Vorschrift bildet einen **Auffangtatbestand**, der erst zur Anwendung kommt, wenn sich ein Verzug anderweitig nicht begründen läßt. Bisher faßt man darunter vor allem die Fälle der **Selbstmahnung** und der **Eilbedürftigkeit**:

Beispiel 9: U ist von seiner Ehefrau geschieden und schuldet ihr Unterhalt. Er vereinbart mit ihr eine monatliche Zahlung von 500 Euro und sagt ihr zu, sie könne sich darauf verlassen, daß das Geld an jedem Monatsersten pünktlich auf ihrem Konto eintreffen werde.

Im Beispiel 9 ist eine Mahnung nach § 286 II Nr.4 BGB entbehrlich: U hat sich zu seiner Schuld bekannt und von sich aus zugesagt, sie zu erfüllen. U hat sich sozusagen **selbst gemahnt**. In einer solchen Situation ist es für die Unterhaltsgläubigerin E schlichtweg sinnlos, selbst noch eine Mahnung auszusprechen; wenn U nicht pünktlich zahlt, gerät er auch ohne Mahnung in Verzug (OLG Köln NJW-RR 2000, 73).

Beispiel 10: E ist Eigentümer eines Wohnhauses. Als zu Winterbeginn die ersten Fröste einsetzen, gefriert das Wasser in der Wasserleitung. Dadurch bersten die Wasserrohre im Keller des Hauses. E ruft bei Handwerker H an und schildert ihm die Dringlichkeit der Reparatur. H sagt die Reparatur für den gleichen Tag zu, erscheint aber den ganzen Tag lang nicht, während der Keller im Haus des E immer voller mit Wasser läuft.

E hat den H niemals gemahnt; jedoch befindet sich H nach § 286 II Nr.4 BGB auch ohne Mahnung im Verzug: Dem H mußte klar sein, daß E die Reparatur auf der Stelle benötigte. Bei solchen **eilbedürftigen Leistungen** erkennt der Schuldner auch ohne Mahnung, daß seine Leistung umgehend benötigt wird; hier erscheint eine Mahnung überflüssig.

Die Fälle des § 286 II BGB lassen sich auf einen bedeutenden **Grundgedanken** zurückführen: *Die Mahnung soll dem Schuldner vor Augen führen, daß der Gläubiger die Leistung jetzt benötigt und wünscht.* Daraus folgt zweierlei:

- Wo dem Schuldner auch ohne besondere Aufforderung des Gläubigers klar ist oder sein muß, daß der Gläubiger die Leistung jetzt (Eilbedürftigkeit) oder zu einem bestimmten Termin (kalendermäßige Bestimmung oder Bestimmbarkeit der Leistungszeit) haben will, bedarf es der Mahnung nicht.
- Wo der Schuldner sich auch ohne besondere Aufforderung des Gläubigers zu seiner Leistungsbereitschaft äußert, sei es positiv (Selbstmahnung), sei es negativ (Erfüllungsverweigerung), erscheint es für den Gläubiger überflüssig, den Leistungswunsch selbst noch einmal zum Ausdruck zu bringen.

Diese Erkenntnisse spielen vor allem bei der Konkretisierung des § 286 II Nr.4 BGB eine wichtige Rolle; denn je stringenter die Vorschrift auf diese beiden Grundgedanken zurückgeführt wird, desto eher wird es gelingen zu verhindern, daß auf ihrem Wege der Verzugstatbestand willkürlich ausgeweitet wird.

3. Verzug durch Fälligkeit und Zugang einer Rechnung (§ 286 III BGB)

Nach § **286 III BGB** gerät der Schuldner **spätestens** in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet.

a) Verhältnis zu § 286 I, II BGB

Mit dem Wort „spätestens“ ist klargestellt, daß die Möglichkeit, den Verzug nach § 286 I, II BGB zu begründen, nicht ausgeschlossen wird, sondern Absatz III nur eine weitere Möglichkeit der Verzugsbegründung enthält. Wenn also eine Mahnung (Absatz I) oder deren Entbehrlichkeit (Absatz II) belegt werden können, *bevor* 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung verstrichen sind, liegt Verzug bereits nach § 286 I oder II BGB vor.

b) Anwendungsbereich

Abweichend vom bisherigen Recht spricht § 286 III BGB nicht mehr von Geldforderungen, sondern von **Entgeltforderungen**. Die Leistung des Schuldners muß also der Vergütung einer solchen des Gläubigers dienen. Auch wenn § 286 III BGB anders als § 284 III BGB a.F. nicht mehr ausdrücklich auf Geldforderungen beschränkt ist, scheidet eine Anwendung auf andere als Geldforderungen aus (ebenso *Dauner-Lieb*, in: *dies./Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Anwaltkommentar zum neuen Schuldrecht, § 286 Rn.42; *Krause*, Jura 2002, 217, 220); denn eine Rechnung und namentlich eine *Zahlungsaufstellung* sind bei anderen Forderungen kaum denkbar. Im Gesetzgebungsverfahren wurde bewußt das Wort „Forderungsaufstellung“ durch das Wort „Zahlungsaufstellung“ ersetzt; dies deutet klar darauf hin, daß § 286 III BGB nur für Geldschulden gelten soll.

c) Begriff der „Rechnung“ und „Zahlungsaufstellung“

Von der Mahnung unterscheiden sich Rechnung und Zahlungsaufstellung dadurch, daß sie anders als jene *nicht die Aufforderung an den Schuldner enthalten, zu leisten*. Sie enthalten lediglich die Angabe des Betrags, den der Schuldner zu entrichten hat.

d) Das Verhältnis von Rechnung und Fälligkeit

Die 30-Tages-Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, da **sowohl** Fälligkeit eingetreten **als auch** eine Rechnung zugegangen ist. Die **Rechnung** (bzw. Zahlungsaufstellung) kann daher (anders als die Mahnung nach § 286 I BGB) schon **vor Fälligkeit** erteilt werden (*Fabis*, ZIP 2000, 865, 868); die Frist beginnt aber dann eben erst mit der Fälligkeit.

Beispiel 11: U baut für B ein Haus. Im Vertrag ist vereinbart, daß die Zahlung des Werklohns fällig sein soll, sobald ein neutraler, von beiden Parteien gemeinsam bestimmter Gutachter festgestellt hat, daß das Haus ohne Mängel errichtet worden ist. U stellt den Bau fertig. Am 20.04.2004 geht dem B eine Schlußrechnung des U zu, in der U unter Auflistung der einzelnen Leistungspos-ten einen Gesamtpreis von 300.000 Euro errechnet. Am 12.05.2004 stellt der Gutachter fest, daß das Haus keine Mängel aufweist.

Im Beispiel 11 ist die Zahlung des Werklohns am 12.05.2004 fällig geworden, nämlich mit der Feststellung des Gutachters, daß das Haus mangelfrei errichtet wurde. Die Rechnung ist dagegen schon am 20.04.2004 zugegangen. Die Frist von 30 Tagen beginnt mit dem späteren dieser beiden Ereignisse, nämlich mit Eintritt der Fälligkeit am 12.05.2004. Sie endet 30 Tage später, nämlich am 11.06.2004. B gerät daher am 12.06.2004 auch ohne Mahnung in Verzug.

Abweichend hiervon wird im Schrifttum teilweise behauptet, die 30-Tages-Frist beginne *immer* mit Zugang der Rechnung, ende aber nicht vor Eintritt der Fälligkeit (*Dauner-Lieb*, in: *dies./Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), Anwaltkommentar zum neuen Schuldrecht, § 286 Rn.59, dort auch zur nachfolgend referierten Begründung).

Im Beispiel 11 hätte dies bedeutet: Die Frist beginnt mit dem 21.04.2004 (§ 187 I BGB!) und endet am 19.05.2004. Ab dem 20.05.2004 befände sich B auch ohne Mahnung im Verzug. Wäre der Gutachter erst am 2.06.2004 tätig geworden, so würde sich der Verzugseintritt bis hierher hinauschieben, da erst dann die Fälligkeit vorläge (vgl. Beispiel 2); B wäre dann ab dem 3.06.2004 im Verzug.

Diese Deutung hat mit dem Wortlaut des § 286 III BGB nicht mehr viel zu tun; denn aus den im Gesetz vorgesehenen „30 Tagen“ werden dann auf einmal deutlich mehr, wenn sich der

Eintritt der Fälligkeit entsprechend verzögert. Gleichwohl soll diese Auslegung des § 286 III BGB geboten sein, und zwar mit Rücksicht auf **Art. 3 lit. a** der **Zahlungsverzugsrichtlinie**: Danach stellen die Mitgliedstaaten sicher, daß Verzugszinsen spätestens ab dem Tag zu zahlen sind, der auf den vertraglich festgelegten **Zahlungstermin** oder auf das Ende der vertraglich festgelegten Zahlungsfrist folgt. Wenn also nach dem Vertrag die Zahlung fällig sei, müsse am nächsten Tag Verzug eintreten.

Diese Argumentation ist kaum nachzuvollziehen. Würde man sie konsequent durchführen, so müßte Verzug auch *vor* Ablauf von 30 Tagen nach Zugang der Rechnung eintreten, wenn die Fälligkeit vorher einträte - im Beispiel 11 etwa am 13.04.2004, obwohl an diesem Tag noch keine 30 Tage seit Zugang der Rechnung verstrichen waren. Der Fehler liegt darin, daß als Maßstab der richtlinienkonformen Auslegung Art. 3 lit. a) der Zahlungsverzugsrichtlinie herangezogen wird. § 286 III BGB dient aber der Umsetzung von **Art 3 I lit. b** jener Richtlinie. Danach tritt der Verzug innerhalb von 30 Tagen nach Zugang einer Rechnung ein, wenn *kein* Zahlungstermin und *keine* Zahlungsfrist vertraglich festgelegt wurden. Eben dies ist im Beispiel 11 der Fall: Die Feststellung des Gutachters, daß das Haus mangelfrei sei, ist weder ein Zahlungstermin noch eine Zahlungsfrist, weil eben bei Vertragsschluß niemand weiß, wann genau der Gutachter tätig werden wird. Für solche Fälle ist die 30-Tages-Frist gedacht: Sie ist nach der Richtlinie ebenso wie nach § 286 III BGB die Frist, zu welcher *selbst dem unkundigen Schuldner klar sein muß, daß er nunmehr zahlen muß*. Die 30-Tages-Frist beschreibt einen *Extremstandpunkt zugunsten des Schuldners*. Diese ratio legis ist nur gewahrt, wenn die 30 Tage an die *kumulativen* Voraussetzungen von Rechnungszugang *und* Fälligkeit anknüpfen.

4. Rechtsfolge des Verzugs: Ersatz des Verzögerungsschadens

a) Beispiele

Die bedeutendste **Rechtsfolge** des Verzugs ist in **§ 280 II BGB** niedergelegt: Der Verzug ist Grundlage für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung. Unter diesem Gesichtspunkt werden alle diejenigen Schäden ersetzt, die dem Gläubiger dadurch entstehen, daß die Leistung **zu spät** erbracht wird. Beispiele:

- Der Geldschuldner zahlt bei Fälligkeit nicht. Der Gläubiger ist daher gezwungen, einen Kredit aufzunehmen oder außerstande, einen bereits aufgenommenen Kredit zurückzuzahlen. Dann kann der Gläubiger die Zinsen, die er für diesen Kredit *ab dem Zeitpunkt* bezahlen mußte, da der *Schuldner in Verzug geriet*.
- Der Verkäufer liefert bei Fälligkeit nicht. Der Käufer ist daher gezwungen, zwischenzeitlich eine Ersatzsache anzumieten. Dann kann der Käufer die Miete, die er für diese Sache bezahlt hat, für den Zeitraum, ab dem der Verkäufer in Verzug geraten ist, von diesem ersetzt verlangen.
- Der Handwerker, der vom Hauseigentümer mit Ausbesserungsarbeiten an seinem Haus beauftragt worden ist, bleibt seine Leistung schuldig. Der Hauseigentümer muß daher von seinem Mieter nach § 536 BGB eine Mietminderung hinnehmen. Den Mietausfall kann der Hauseigentümer vom Handwerker für den Zeitraum ersetzt verlangen, ab dem dieser in Verzug geraten ist.

b) Zur Abgrenzung: Schadensersatz statt der Leistung und Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung

Vom Schadensersatz **statt** der Leistung **unterscheidet** sich der Schadensersatz wegen **Verzögerung** der Leistung dadurch, daß im Falle der §§ 280 I, II, 286 BGB (Verzögerungsschaden) das ursprüngliche Leistungsprogramm sich nicht ändert: Es ist nach wie vor möglich und vom Gläubiger gewünscht, daß der Schuldner die versäumte Leistung später noch erbringt. Konsequenz wird der Verzögerungsschaden nicht dadurch behoben, daß die Leistung später noch erbracht wird: Der Verspätungsschaden ist in diesen Fällen bereits eingetreten. Dagegen wird das Leistungsprogramm im Rahmen der §§ 280 I, III, 281 BGB (Schadensersatz statt der Leistung) *verändert*: Der Schuldner hat nunmehr *alternativ* Erfüllung *oder* Schadensersatz zu leisten. Entscheidet sich der Gläubiger für den Schadensersatz, so nimmt er die Leistung des Schuldners, soweit sein Ersatzverlangen reicht, *endgültig nicht mehr in Anspruch*. Er liquidiert statt dessen eine Vermögenseinbuße, die er deshalb erleidet, weil die Leistung des Schuldners *endgültig ausbleibt*.

c) Prüfungsschema

Für die **Klausur** empfehle ich Ihnen das folgende **Prüfungsschema**:

- **Obersatz**: G (Gläubiger) könnte gegen S (Schuldner) einen Anspruch auf Schadensersatz wegen der Verzögerung der Leistung aus §§ **280 I, II, 286 BGB** haben (den Schaden bitte genau benennen; also z.B.: auf Erstattung der Kosten für den Mietwagen, der Hotelübernachtung usw.)
- Es muß ein **Schuldverhältnis** vorgelegen haben (§ 280 I 1 BGB), das den Schuldner zu einer *Leistung* verpflichtete (§ 241 I BGB).
- S muß eine **Pflicht verletzt** haben (§ 280 I 1 BGB). Diese Pflichtverletzung besteht ganz einfach darin, daß die Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht wurde.
- S muß diese Pflichtverletzung **zu vertreten haben** (§ 280 I 2 BGB).
- Es müssen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen; S muß sich also im **Verzug** befinden. Es sind also jetzt die Voraussetzungen des § 286 I-III zu prüfen. **Beachten Sie**: Zwar setzt Verzug voraus, daß der Schuldner die Verzögerung zu vertreten hat (§ 286 IV BGB). Daß dies der Fall ist, haben Sie aber schon oben beim Vertretenmüssen (§ 280 I 2 BGB) festgestellt: Dort haben Sie ja gerade gefragt, ob der Schuldner die Pflichtverletzung (Nichtleistung trotz Fälligkeit) und damit die Leistungsverzögerung zu vertreten hat. Sie sollten also, wenn Sie § 286 BGB durchprüfen, § 286 IV BGB zwar erwähnen, aber mit einem Satz unter verweis auf die obigen Ausführungen feststellen, daß die Verzögerung von S zu vertreten ist.
- Es muß **durch** die Verzögerung der Leistung ein **Schaden** (*Verzögerungsschaden*) entstanden sein.

b) In Sonderheit: Verzögerungsschaden bei Rücktritt vom Vertrag

Beispiel 12: V verkauft an K mit notariellem Vertrag ein Grundstück; der Kaufpreis soll am 1.02.2004 auf dem Konto des V eingehen. Nachdem K am 1.02.2004 noch nichts bezahlt hat, fordert V ihn mehrfach vergeblich zur Zahlung auf.

a) Als selbst das nichts fruchtet, vertraut V die Sache seinem Anwalt an. Dieser schreibt an K einen Brief, in dem er ihm nachdrücklich eine „allerletzte“ Nachfrist setzt, um den Vertrag doch noch zu erfüllen. K reagiert wieder nicht; V tritt daher am 1.06.2004 vom Kaufvertrag zurück und verkauft das Grundstück an einen Dritten. Er verlangt von K Ersatz des Honorars, das er an seinen Anwalt hat bezahlen müssen.

b) In Anbetracht der ausgebliebenen Zahlung des K nimmt V am 1.02.2004 Bankkredit in Anspruch, um ein Investitionsvorhaben zu realisieren, für dessen Finanzierung er den von K zu zahlenden Kaufpreis vorgesehen hatte. V verlangt, nachdem er zurückgetreten ist, von K Erstattung der Zinsen, die er vom 1.02. bis zum 1.06.2004 auf den Kredit entrichten mußte.

Daß dem V im Beispiel 12 ein Rücktrittsrecht nach § 323 I BGB zusteht, steht außer Zweifel: K hat gleich mehrere Nachfristen verstreichen lassen, ohne die Erfüllung des Kaufvertrags auch nur im Ansatz in Angriff zu nehmen. Ebenso steht angesichts mehrfacher Mahnungen seitens des V fest, daß K sich mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug befindet (§ 286 I BGB). V hat daher gegen K dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens nach §§ 280 I, II, 286 BGB.

Das bedeutet aber noch nicht, daß V Ersatz sämtlicher Schäden verlangen kann, welche aus der Verzögerung der Kaufpreiszahlung resultieren. Denn V ist vom Vertrag *zurückgetreten* und kann daher Erfüllung des Kaufvertrags nicht mehr verlangen. Da der Verzögerungsschaden nur die Nachteile aus der *zeitweisen* Nichterfüllung kompensieren soll, ist seine Ersatzfähigkeit nach erklärtem Rücktritt nicht selbstverständlich.

aa) Allerdings kann K die Kosten des anwaltlichen Mahnschreibens (Beispiel 12a) ersetzt verlangen (BGHZ 88, 46, 50). Tritt eine Partei von einem gegenseitigen Vertrag zurück, so richtet sich die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB. Diese Vorschriften sind in ihrer früheren ebenso wie in ihrer neuen Fassung trotz zahlreicher erheblicher Unterschiede im Kern darauf angelegt, die Parteien so zu stellen, als wäre der Vertrag nie geschlossen und durchgeführt worden; es soll der *status quo ante* wiederhergestellt werden. Wäre der Vertrag nie geschlossen worden, so hätte V keinen Anwalt einschalten müssen, um die Erfüllung anzumahnen.

bb) Ein Ersatz der Darlehenszinsen (Beispiel 12b) kommt dagegen *nicht* in Betracht (BGH WM 1998, 1883, 1885; OLG Düsseldorf WM 1979, 1220). Hätte nämlich K den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt und V seinen Bankkredit mit diesem Geld getilgt, so hätte V bei der Rückabwicklung nach § 346 I BGB als Nutzungen aus der von K erlangten Summe die dadurch ersparten Bankzinsen herausgeben müssen. § 346 I BGB weist die Nutzungen und Gebrauchsvorteile für den Fall des Rücktritts rückwirkend demjenigen zu, der die nutzungsträchtige Leistung erbracht hat bzw. hätte erbringen müssen, mithin beim Kaufpreis dem Käufer. Daher kann der Verkäufer den Ersatz von Verzugsschäden in Gestalt von Zinsbelastung zugunsten eines dritten Kapitalgebers nicht verlangen (zutreffend *Huber*, JZ 1984, 409, 410 f.). Dies Ergebnis läßt sich abermals auf die Grundüberlegung zurückführen, welche Lage bestünde, wenn der Vertrag zwischen V und K niemals geschlossen worden wäre: In diesem Fall hätte V seine Finanzierungslücke ebenfalls nicht mit dem von K zu zahlenden Kaufpreis schließen können, sondern sich das benötigte Kapital anderweitig beschaffen müssen. Zwar mag es sein, daß V das Grundstück dann gleich an jemand anders verkauft und sich daher den Zinsdienst an seine Bank gespart hätte; entscheidend ist aber, daß er diese Ersparnis *nicht aus einem gerade von K gezahlten Kaufpreis* und daher nicht aufgrund einer Zuwendung gerade des K hätte ziehen können. Wenn die Rücktrittsregeln den *status quo ante* wiederherstellen sollen, darf V daher keinen Anspruch auf Erstattung dieser entgangenen Ersparnis haben.

c) Haftungsverschärfung

Während des Verzugs ist die Haftung des Schuldners verschärft:

- Nach § 287 S.1 BGB hat der Schuldner während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten; etwaige Haftungserleichterungen (z.B. §§ 521, 599, 690) kommen ihm nicht mehr zugute.
- Nach § 287 S.2 BGB haftet der Schuldner auch für Zufall, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre. Der Schuldner haftet etwa für den zufälligen Untergang des geschuldeten Gegenstandes, ebenso aber für jegliche andere Störung, die während des Verzugs ohne Zutun einer Partei auftritt.

2. Verzugszinsen

Beispiel 13: K bestellt bei Versandhändler V einen Anzug nach Katalog. Der Anzug wird ihm ins Haus geliefert und per Nachnahme sofort bezahlt. Sofort probiert K den Anzug an und merkt, daß er ihm nicht paßt. K widerruft daher fristgerecht den Kaufvertrag nach §§ 312d I 1, 355 I BGB und sendet den Anzug an V zurück mit der Aufforderung, ihm den Kaufpreis von 500 Euro zu erstatten. V bleibt die Zahlung schuldig.

a) Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchshöhe

Geldschulden sind während der Zeit des Verzugs zu verzinsen (§ 288 I BGB). Beim **Zinssatz** ist danach zu unterscheiden, ob am Schuldverhältnis ein Verbraucher beteiligt ist oder nicht:

- Ist ein Verbraucher beteiligt (egal ob als Gläubiger oder als Schuldner), so beträgt der Zinssatz 5% über dem Basiszinssatz, § 288 I 2 BGB. Der Basiszinssatz ergibt sich jeweils aus § 247 I BGB.
- Ist *kein* Verbraucher beteiligt, so beträgt der Zinssatz 8% über dem Basiszinssatz, § 288 II BGB.

Als **Anspruchsgrundlage** zitieren Sie im Obersatz *nur* § 288 I BGB, *nicht* auch noch §§ 280 I, II, 286 BGB. Die *Anspruchsvoraussetzungen* entnehmen Sie § 286 BGB: Der Schuldner muß sich im Verzug befinden. Für *diesen* Fall erlangt nun auch § 286 IV BGB eigenständige Bedeutung: Da eine zu vertretende Pflichtverletzung (§ 280 I BGB) nicht zu den Anspruchsvoraussetzungen des § 288 BGB gehört, müssen Sie das Erfordernis einer zu vertretenden Leistungsverzögerung § 286 IV BGB entnehmen.

Im Beispiel 13 ist der Kaufvertrag mit Zugang des Widerrufs in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden; V schuldet nach §§ 357 I 1, 346 I BGB Rückzahlung des Kaufpreises. K hat den V zur Rückzahlung aufgefordert und damit eine Mahnung ausgesprochen. Wenn V nunmehr nicht leistet, gerät er nach § 286 I BGB in Verzug.

Hinweis: Wenn Sie das Beispiel 13 ganz genau betrachten, werden Sie feststellen, daß K die Aufforderung zur Rückzahlung (= Mahnung) zugleich mit dem Widerruf des Kaufvertrags ausgesprochen und an V übersandt hat. Die Mahnung ist damit nicht nur zeitgleich mit Eintritt der *Fälligkeit* zugegangen, sondern zeitgleich mit der *Entstehung des Rückgewähranspruchs überhaupt*: Vor Zugang des Widerrufs bestand ein wirksamer Kaufvertrag, aufgrund dessen V den Kaufpreis behalten durfte. Jetzt haben Sie zwei Möglichkeiten:

- Entweder Sie argumentieren, der Gläubiger könne die Mahnung nicht nur mit der fälligkeitsbegründenden Handlung verbinden, sondern ebenso mit derjenigen Erklärung, welche den Anspruch erst zur Entstehung bringe. Denn im einen wie im anderen Fall sei es für den Gläubiger zu umständlich, direkt nach der einen Erklärung (Widerruf) noch einmal eigens eine Aufforderung zur Leistung (Rückgewähr des Kaufpreises) auszusprechen. Dann wäre, wie oben vorgeschlagen, V nach § 286 I BGB im Verzug.
- Oder Sie wenden ein, eine Mahnung vor oder zeitgleich mit Entstehung des Anspruchs könne niemals die Verzugsfolgen auslösen. Dann gerät V aber nach §§ 357 I 2, 286 III BGB spätestens 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung in Verzug.

b) Der Verzugszins als Schadenspauschale

Der Verzugszins verkörpert einen *pauschalisierten Ersatz des Zinsschadens* bei Geldforderungen. Das legt den Gedanken nahe, dem Schuldner im Prozeß den Nachweis zu gestatten, daß der tatsächliche Schaden des Gläubigers geringer sei. Dieser Nachweis steht ihm jedoch nach der bewußten Entscheidung des Gesetzgebers *nicht* offen: Eine dahin lautende Vorschrift in einem Vorentwurf zum neuen BGB wurde wieder gestrichen. Daß die Verzugszinsen nach §

288 I, II BGB in jedem Fall *mindestens* beansprucht werden können, ergibt sich mittelbar auch aus § 288 IV BGB: Danach ist die Geltendmachung eines *weiteren* Schadens nicht ausgeschlossen. Es wird also dem Gläubiger der Nachweis eines höheren Schadens ausdrücklich gestattet, nicht aber dem Schuldner der Nachweis eines niedrigeren. Das bedeutet im Umkehrschluß, daß der Schuldner mit der Behauptung, der Gläubiger habe einen niedrigeren oder gar keinen Schaden erlitten, nicht gehört wird (allgM: *Dauner-Lieb*, in: *dies./Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), *Anwaltkommentar zum neuen Schuldrecht*, § 288 Rn.4; *Ernst/Gsell*, ZIP 2001, 1389, 1392; *Teichmann*, BB 2001, 1485, 1490; v. *Wilmowsky*, JuS 2002, Heft 1, Beilage S. 7.).

Daß der Entscheidung des Gesetzgebers, den Nachweis eines geringeren Schadens *nicht* zuzulassen, jedenfalls im Anwendungsbereich des § 288 I 2 BGB auch eine erhebliche soziale Komponente innewohnt, zeigt das oben gebildete Beispiel 13. Die Vorschrift verkörpert (auch) eine besondere Form des Verbraucherschutzes:

- Einem *Unternehmer* wird es selten Schwierigkeiten bereiten, bei Verzögerung einer ihm geschuldeten Leistung einen Zinsschaden von 5 oder gar 8% über dem Basiszinssatz nachzuweisen (vgl. *Kahlert*, ZRP 2001, 340): Der weit überwiegende Teil der gewerblichen Wirtschaft arbeitet auf irgendeine Art und Weise mit Bankkredit; der Unternehmer ist in diesem Fall infolge des Verzugs gehindert, den Kredit früher zurückzuzahlen. Das gilt namentlich dann, wenn ihm die Bank einen *Kontokorrentkredit* eingeräumt hat: Dann entsteht durch das Ausbleiben der Zahlung ein höherer Sollsaldo zu seinen Lasten, der in der Regel mit hohen Sätzen zu verzinsen ist.
- Dagegen ist es *Privatpersonen*, namentlich *Verbrauchern*, häufig *nicht* möglich, einen Zinsschaden in dieser Höhe nachzuweisen (*Heinrichs*, BB 2001, 157, 163; *Kahlert*, ZRP 2001, 340, 341); ja vielmehr würde dem Schuldner hier vielfach der Nachweis eines geringeren Schadens gelingen, wenn man ihn denn zuließe: Wenn der Verbraucher nicht gerade seinerseits bei seiner Bank das Konto überzogen hat und deshalb Zinsen für erlaubte (Dispositonszinsen) oder unerlaubte (Überziehungszinsen) Inanspruchnahme seines Girokontos ohne ein entsprechendes Guthaben bezahlen muß, erwächst ihm kein Zinsschaden, der auch nur annähernd die Höhe des § 288 I 2 BGB erreicht. Durch eigene Kapitalanlage kann er niemals Zinsen in dieser Höhe erwirtschaften; denn die für Privatanlagen zur Verfügung stehenden Anlageformen werfen Zinsen in dieser Höhe nicht ab.

Würde man in einer solchen Situation dem Geldschuldner, im Beispiel 13 dem Versandhändler V, den Nachweis eines geringeren Schadens eröffnen, so bliebe der Zahlungsverzug gegenüber einem Verbraucher häufig sanktionslos. Ist der Geldschuldner ein Unternehmer, so würde ihm auf diese Weise ein Anreiz geschaffen, Zahlungen, welche er Verbrauchern schuldet, zu verzögern: Er könnte den geschuldeten Geldbetrag einsetzen, um Finanzierungslücken zu überbrücken und Sollzinsen in weitaus größerer Höhe zu ersparen, als er dem Verbraucher jemals erstatten müßte. Eben dies will der Gesetzgeber verhindern, indem er dem Geldschuldner den Nachweis eines geringeren Schadens abschneidet.

II. Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 BGB) und Rücktritt (§ 323 BGB)

1. Das System der Rechtsfolgen

Der Gläubiger kann außerdem bei Verzögerung der Leistung vom Schuldner **Schadensersatz statt der Leistung** beanspruchen. Anspruchsgrundlage ist §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB. Voraussetzung ist, daß

- der Schuldner eine **Pflicht verletzt**, § 280 I 1 BGB. Die **Pflichtverletzung** besteht abermals darin, daß die **Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht** wird.
- der Schuldner die Pflichtverletzung **zu vertreten** hat, § 280 I 2 BGB.

- der Gläubiger dem Schuldner *nach* Eintritt der Fälligkeit eine angemessene **Frist setzt**, § 281 I 1 BGB, und diese fruchtlos verstreicht.

Ebenso kann der Gläubiger vom Vertrag **zurücktreten**. Grundlage für dies Rücktrittsrecht ist § 323 I BGB. Voraussetzung ist lediglich, daß

- die Leistung fällig ist
- der Gläubiger dem Schuldner *nach* Eintritt der Fälligkeit eine angemessene **Frist setzt** und diese fruchtlos verstreicht.

2. Grundfall

Beispiel 1: V verkauft an K ein berühmtes Gemälde für 1 Mio. Euro. K bezahlt den Kaufpreis und wartet darauf, daß V ihm das Gemälde ausliefert. Als nichts geschieht, schreibt K dem V, er sehe der Lieferung binnen 2 Wochen ab Zugang dieses Schreibens entgegen. Auch diese Zeit verstreicht fruchtlos.

- a) Kann K jetzt vom Kaufvertrag zurücktreten?
- b) K hätte das Bild für 1,1 Mio. Euro an D weiterverkaufen können. Kann K den entgangenen Gewinn von 100.000 Euro von V ersetzt verlangen?

a) K kann nach § 323 I BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn die Leistung des V (Übereignung und Übergabe des Bildes) fällig war, V sie gleichwohl nicht erbracht hat und K erfolglos eine angemessene Frist gesetzt hat.

- Die Leistung des V war fällig: K konnte die Lieferung des Bildes sofort verlangen (§ 271 I BGB). V hat diese Leistung gleichwohl nicht erbracht.
- K hat dem V nach Eintritt der Fälligkeit (nämlich nach Vertragsschluß) eine Frist gesetzt. Diese ist mit 2 Wochen auch angemessen lang. V hat auch innerhalb dieser Frist nicht geleistet; daher hat K jene Frist erfolglos gesetzt.

Ergebnis: K kann nach § 323 I BGB vom Kaufvertrag zurücktreten.

b) K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von 100.000 Euro aus §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB haben.

- V hat eine Pflicht verletzt, nämlich trotz Fälligkeit nicht geleistet.
- V hat diese Pflichtverletzung zu vertreten (Vorsatz, § 276 I 1 BGB): V wußte, daß er zur Lieferung verpflichtet und daß diese Verbindlichkeit fällig war, und hat gleichwohl nicht geliefert.
- K hat dem V erfolglos eine Frist gesetzt, die dem V 2 Wochen und damit einen angemessenen Zeitraum für die Lieferung beließen.
- Dem K ist Gewinn aus einer beabsichtigten und realisierbaren Weiterveräußerung in Höhe von 100.000 Euro entgangen. Damit hat K einen Schaden erlitten.

Ergebnis: K kann von V Zahlung von 100.000 Euro aus §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB verlangen.

3. Teilleistung

Beispiel 2: E leiht dem L seinen „Schönfelder“, damit L an der Freien Universität Berlin eine Übungsklausur zur Examensvorbereitung schreiben kann. Als L den „Schönfelder“ wieder zurückgibt, fehlen die Seiten mit der ZPO. E verlangt von L, die fehlenden Seiten bis in einer Woche zurückzubringen. L bleibt die Rückgabe jedoch weiterhin schuldig. Dem E gelingt es nicht, die ZPO-Seiten einzeln nachzukaufen. Er kauft sich daher nach Ablauf der einen Woche einen neuen „Schönfelder“ für 45 Euro und verlangt von L, ihm dieses Geld zu erstatten.

Der „Schönfelder“ ist - für alle, die es noch nicht wissen - eine dicke rote Gesetzessammlung, die alle Jurastudierenden spätestens ab dem 4. Semester überall offen mit sich herumtragen, um nicht mit Menschen verwechselt zu werden (☺☺). Die Eigenart dieser Gesetzessammlung

besteht darin, daß die Seiten als Loseblätter einzeln herausgenommen werden können. Indem L also den „Schönfelder“ ohne die ZPO-Seiten zurückgegeben hat, hat er eine **Teilleistung** bewirkt: Die Rückgabe der entliehenen Sache (§ 604 BGB) ist erst dann vollständig geleistet, wenn L *alle* Seiten wieder an E zurückgegeben hat.

Die restliche Leistung ist L trotz angemessener Fristsetzung schuldig geblieben. E hat daher nach §§ **280 I, III, 281 I 1, 2 BGB** einen Anspruch auf **Schadensersatz statt der ganzen Leistung** (sog. großen Schadensersatz), wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Ein wesentliches Element einer Gesetzessammlung ist die *Vollständigkeit*: Wer mit dieser Sammlung arbeitet, will die wichtigsten deutschen Gesetze in einem Band zum Nachschlagen haben und nicht in mehreren verschiedenen Gesetzbüchern blättern müssen. Die ZPO ist ein für die rechtliche Praxis außerordentlich wichtiges Gesetz. Zudem kann E die fehlenden Seiten nicht einfach nachkaufen. Dies alles spricht für die Annahme, daß E *kein Interesse* an der Rückgabe des um die ZPO-Seiten beraubten „Schönfelder“ hat. E kann sich daher einen neuen „Schönfelder“ kaufen und dem L die Kosten dafür nach §§ 280 I, III, 281 I 1, 2 BGB in Rechnung stellen.

▽ **Beachten Sie:** Nach § **281 V BGB** muß E, wenn er in dieser Form Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, dem L die bereits erhaltene Teilleistung nach den Vorschriften der §§ 346 ff. BGB zurückgewähren. E muß dem L den unvollständigen „Schönfelder“ also wieder aushändigen. Sehr *zweifelhaft* erscheint aber, ob E dem L den unvollständigen „Schönfelder“ auch *übereignen* muß. Denn selbst wenn L den „Schönfelder“ *überhaupt nicht* herausgegeben hätte, bestünde eine solche Pflicht des E nicht. Nach § 281 IV BGB ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Sobald E also an L mit dem Begehren herantritt, ihm die 45 Euro zu erstatten, kann er die Rückgabe seines ursprünglichen „Schönfelder“ nicht mehr verlangen. Das heißt aber nicht, daß L nunmehr Eigentümer wird; es ist lediglich der Herausgabeanspruch aus § 604 BGB auf Dauer ausgeschlossen. Wenn also L die Rückgabe im ganzen schuldig bleibt, wird er nicht Eigentümer. Wenn aber nun E im Beispiel 2 Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, wird L im Ergebnis so gestellt, als habe er überhaupt nichts zurückgegeben. Dann bleibt L zwar auf Dauer Besitzer des „Schönfelder“, hat aber ebenfalls keinen Anspruch gegen E auf dessen Übereignung.

Beispiel 3: Angenommen, im Beispiel 2 gibt L den „Schönfelder“ zunächst überhaupt nicht zurück. E setzt dem L eine einwöchige Frist zur Rückgabe. Nach einer Woche bringt L den „Schönfelder“ ohne die ZPO-Seiten. E kauft sich daraufhin einen neuen „Schönfelder“ und verlangt wiederum die Kosten von 45 Euro von L ersetzt.

Betrachtet man den Wortlaut des § 281 I BGB, so ist dieser Fall nicht anders zu lösen als Beispiel 2: L hat die fällige Rückgabe des „Schönfelder“ trotz Fristsetzung nur teilweise erbracht, und an dieser Teilleistung hat E kein Interesse, so daß E Schadensersatz statt der ganzen Leistung beanspruchen kann.

Gleichwohl wird im Schrifttum behauptet, der Gläubiger, der bei Fälligkeit nichts und nach Fristsetzung lediglich eine Teilleistung erhalten habe, habe an dieser Teilleistung lediglich dann „kein Interesse“, wenn er dem Schuldner erfolglos eine *weitere* Frist gesetzt habe (*Altmeppen*, DB 2001, 1131, 1132). Danach könnte E im Beispiel 3 die 45 Euro erst nach nochmaliger erfolgloser Fristsetzung verlangen. Diese Ansicht kann jedoch aus mehreren Gründen nicht richtig sein:

- Wenn der Schuldner die Teilleistung bereits bei Fälligkeit erbringt (wie dies im Beispiel 2 der Fall war), genügt eine einzige Fristsetzung des Gläubigers, um den Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung auszulösen (immer vorausgesetzt, der Gläubiger hat an der Teilleistung kein Interesse). Dann darf ein Schuldner, der bei Fälligkeit noch *gar nichts* und erst nach Fristsetzung eine Teilleistung erbringt (und damit seine Erfüllungspflicht in noch stärkerem Maße verletzt), nicht besser stehen: Auch ihm gegenüber muß eine einzige Fristsetzung ausreichen.
- Nach § 266 BGB ist der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt. Das Ziel dieser Vorschrift besteht darin, den Gläubiger davor zu bewahren, daß er die Leistung gewissermaßen portionsweise entgegennehmen muß; für den Gläubiger wäre eine solche Entgegennahme mit erhöhten Aufwendungen verbunden, weil er jedes Mal Zeit oder Arbeitskapazitäten für die Entgegennahme disponieren müßte. Die Wertung dieser Vorschrift würde nun ausgehöhlt, wenn eine Teilleistung nach Fristsetzung das Erfordernis einer weiteren Fristsetzung auslösen würde. Denn wenn man diesen Ansatz konsequent zu Ende denkt, kann der Schuldner auf jede neuerliche Fristsetzung des Gläubigers abermals mit einer Teilleistung reagieren und so abermals das Erfordernis einer neuerlichen Fristsetzung auslösen; damit wird im Ergebnis dem Gläubiger die portionsweise Entgegennahme der Leistung angesonnen.

Am Beispiel 3 läßt sich diese Gefahr besonders deutlich illustrieren: L hat den „Schönfelder“ bei Fälligkeit nicht zurückgegeben. Wenn er nun innerhalb einer von E gesetzten Frist den leeren Ordner zurückgibt, müßte E nach der hier abgelehnten Ansicht eine weitere Frist setzen, damit L die Blätter mit den Gesetzestexten bringt. L könnte innerhalb der Frist die Blätter mit dem BGB bringen und damit den E zu einer weiteren Fristsetzung zwingen. Wenn L nun innerhalb dieser Frist die Blätter mit dem StGB nachliefert, wäre E zu einer weiteren Fristsetzung gezwungen; und wenn L dann die Blätter mit der ZPO bringt, nochmals zu einer Fristsetzung und so weiter, bis E seinen „Schönfelder“ endlich komplett hat.

Diese Folgen erscheinen so unausgewogen, daß sie vom Gesetzgeber nicht ernsthaft gewollt sein können. Es muß daher dabei bleiben, daß aus dem Erfordernis des Interessewegfalls *nicht* das Erfordernis einer weiteren Fristsetzung folgt, wenn innerhalb der ersten Nachfrist nur eine Teilleistung erbracht wird (wie hier *Canaris*, DB 2001, 1815, 1816; *Dauner-Lieb*, in: *dies./Heidel/Lepa/Ring* (Hrsg.), *Anwaltkommentar zum neuen Schuldrecht*, § 323 Rn.13). Es geht allein um eine quantitative Beschränkung des Ersatzanspruchs: Soweit der Gläubiger mit der Teilleistung, die er erhalten hat, etwas anfangen kann, kann er ihretwegen keinen Schadensersatz fordern.

4. Schlechtleistung

a) Kleiner und großer Schadensersatz

Beispiel 4: V verkauft an K einen Gebrauchtwagen. Der Wagen wird bezahlt und dem K übereignet und übergeben.

- a) Die Antenne für das Autoradio ist verbogen.
- b) Der Wagen kann nie über weitere Strecken als 20 km gefahren werden, weil die Kühlanlage defekt ist und der Motor daher leicht überhitzt.

K setzt dem V in beiden Fällen erfolglos eine Frist von zwei Wochen, um die Mängel zu beseitigen. Innerhalb dieser Frist geschieht nichts. Kann K sich von einem Dritten zu einem höheren Preis ein anderes Auto gleichen Typs kaufen und die Mehrkosten von V ersetzt verlangen?

In beiden Varianten des Beispiels 4 ist der Wagen, den K gekauft hat, mangelhaft. Zunächst hatte K nach §§ 437 Nr.1, 439 I einen Anspruch auf *Nacherfüllung*, und zwar in der Form der *Nachbesserung* (Beseitigung der Mängel). Eine *Nachlieferung* kommt beim Gebrauchtwagen

genkauf nicht in Betracht, da es sich insoweit um eine Stückschuld handelt. Da V die Nacherfüllung nicht innerhalb der – angemessenen – Frist von 2 Wochen erbracht hat, stellt sich die Frage nach den Sekundärrechten des K – im Beispiel 4 nach einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Die Voraussetzungen der §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB liegen an sich vor: V hat bei Fälligkeit entgegen § 433 I 2 BGB nicht mangelfrei geliefert und damit eine Pflicht verletzt und dies mangels abweichender Angaben im Sachverhalt auch zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Eine von K gesetzte Nachfrist hat er fruchtlos verstreichen lassen.

Es ist indes nicht so, daß V seine Leistung *gar nicht* erbracht hätte; er hat sie lediglich *nicht wie geschuldet* erbracht. In diesem Fall kann er *auf jeden Fall* nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB Schadensersatz *nur wegen des Mangels* verlangen. Er kann in Variante a bei einem Drittunternehmer eine neue Antenne einsetzen lassen, in Variante b die Kühlanlage bei einem Drittunternehmer reparieren lassen und dem V die Kosten in Rechnung stellen. Wenn K sich jedoch ein *anderes Auto* kauft und die Mehrkosten ersetzt haben will, so gibt er zu erkennen, daß er die Leistung des V gänzlich ablehnen und ihretwegen Schadensersatz fordern will. Er verlangt also Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung. Ein solcher Anspruch steht ihm nach § 281 I 3 BGB nicht zu, sofern die Pflichtverletzung unerheblich ist.

In Variante a ist die Pflichtverletzung unerheblich: Wegen einer verbogenen Antenne ein anderes Auto zu kaufen, wenn der Wagen im übrigen voll funktionsfähig ist, ist absolut unverhältnismäßig. In Variante b dagegen ist die Pflichtverletzung erheblich: Aufgrund des Defekts in der Kühlanlage ist der Wagen nur sehr eingeschränkt benutzbar. K kann daher Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen – hier in Gestalt des Mehrpreises für einen Ersatzwagen, den er von einem Dritten gekauft hat.

Hinweis: Die gleichen Überlegungen gelten für das *Rücktrittsrecht*. § 323 I BGB läßt den Rücktritt zwar grundsätzlich zu; wenn die Leistung aber bei Fälligkeit erbracht wurde, jedoch nicht vertragsgemäß ist, kann der Gläubiger nach § **323 V 2 BGB** vom ganzen Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Es besteht daher eine systematische Parallele in §§ 281 und 323:

- Bei *Teilleistungen* kann nach § 281 I Satz 2 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt und nach § 323 V Satz 1 BGB vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden, wenn der Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse hat.
- Bei *Schlechtleistungen* kann nach § 281 I Satz 3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt und nach § 323 V Satz 2 BGB vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden, es sei denn, die Pflichtverletzung ist unerheblich.

Wichtiger Hinweis: § 281 I Satz 1 BGB spricht ganz allgemein vom Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung; § 281 I Sätze 2 und 3 BGB sprechen von einem Anspruch auf Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung. Der Gläubiger kann selbst dann, wenn die Voraussetzungen des § 281 I 2 oder 3 BGB vorliegen, *wählen*,

- ob er die Teilleistung oder die Schlechtleistung *behält* und nur wegen des ausgebliebenen teils bzw. des Mangels Schadensersatz verlangt (sog. *kleiner Schadensersatz*). Anspruchsgrundlage ist in diesem Fall einfach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB; die Sätze 2 und 3 des § 281 I BGB brauchen wir für diese Rechtsfolge nicht.
- oder ob er die Teil- bzw. Schlechtleistung *ablehnt* und Schadensersatz statt der *ganzen* Leistung fordert (sog. *großer Schadensersatz*). Erst hierfür erlangt § 281 I Satz 2 und 3 BGB Bedeutung: Anspruchsgrundlage für den großen Schadensersatz bei *Teilleistungen* ist §§ 280 I, III, 281 I 1, 2 BGB; bei *Slechtleistungen* §§ 280 I, III, 281 I 1, 3 BGB.

b) In Sonderheit: Die Teillieferung als „Schlechtlieferung“?

Das Konzept des Gesetzgebers ist also klar: Bei der *Teilleistung* hängen Schadensersatz und Rücktritt bezüglich des gesamten Vertrags davon ab, daß der Gläubiger an ihr *kein Interesse* hat; bei der *Slechtleistung* kommt es darauf an, ob die Pflichtverletzung erheblich ist. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet dies Konzept freilich dann, wenn der Gesetzgeber auf die Idee kommt, Teil- und Schlechtleistung tatbestandlich gleichzusetzen. Dazu das folgende:

Beispiel 5: K bestellt bei V 100 Flaschen Wein zum Stückpreis von 3 Euro. V liefert 90 Flaschen; die restlichen 10 bleibt er trotz wirksamer Fristsetzung schuldig.

- a) Kann K die restlichen 10 Flaschen zum Stückpreis von 4 Euro bei einem anderen Händler kaufen und die Mehrkosten von 10 Euro von V ersetzt verlangen?
- b) Kann K dem V die 90 Flaschen zurückgeben, bei einem anderen Händler 100 Flaschen zum Stückpreis von 4 Euro kaufen und dem V die Mehrkosten von 100 Euro in Rechnung stellen?
- c) Kann K vom Kaufvertrag im ganzen zurücktreten?

Nach § 434 III BGB steht es einem Sachmangel (und damit einer Schlechtlieferung) gleich, wenn der Verkäufer eine zu geringe Menge liefert. Die Zuweniglieferung löst daher die gleichen Rechtsfolgen aus wie ein Sachmangel, nämlich die Rechte des Käufers aus § 437 BGB. K konnte daher im Beispiel 5 zunächst nach §§ 437 Nr.1, 439 I BGB Nacherfüllung in Form der Nachlieferung, nämlich Lieferung der fehlenden 10 Flaschen verlangen. Da er diese schuldig geblieben ist, hat K insoweit Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung: Er kann in Variante a wegen der fehlenden 10 Flaschen nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB die Mehrkosten aus dem Deckungsgeschäft mit dem anderen Händler (10 Euro) ersetzt verlangen (kleiner Schadensersatz). Ebenso hätte K wegen dieser 10 Flaschen vom Kaufvertrag zurücktreten können (§ 323 I BGB).

Zweifelhaft erscheint, ob K vom *gesamten* Vertrag zurücktreten (Variante c) und Schadensersatz statt der *gesamten* Leistung verlangen kann, d.h. alle 100 Flaschen bei einem anderen Händler kaufen und dem V die 90 gelieferten Flaschen zurückgeben darf. Zunächst ist festzustellen, welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen. Das hängt davon ab, ob die Zuweniglieferung

- im Sinne der §§ 281 I Satz 2, 323 V Satz 1 BGB als *Teilleistung* oder
- im Sinne der §§ 281 I Satz 3, 323 V Satz 2 BGB als *Slechtleistung* zu behandeln ist.

Die Rechtsfolgen dieser beiden denkbaren Auffassungen lassen sich schaubildartig wie folgt darstellen:

<u>Teilleistung</u>	<u>Schlechtleistung</u>
<i>Anwendbar: §§ 281 I 2, 323 V 1 BGB</i>	<i>Anwendbar: §§ 281 I 3, 323 V 2 BGB</i>
<i>Voraussetzung für Rücktritt vom ganzen Vertrag und/oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung: K hat an den bereits geleisteten 90 Flaschen <u>kein Interesse</u>.</i>	<i>Voraussetzung für Rücktritt vom ganzen Vertrag und/oder Schadensersatz statt der ganzen Leistung: Die Pflichtverletzung des V ist <u>nicht nur unerheblich</u>.</i>
<i>Ergebnis für <u>Beispiel 5b/c</u>: K hat mangels abweichender Angaben im Sachverhalt durchaus Interesse auch an den 90 Flaschen. Daher <u>kein</u> Rücktritt vom ganzen Kaufvertrag; <u>kein</u> Anspruch auf Schadensersatz wegen der gesamten 100 Flaschen</i>	<i>Ergebnis für <u>Beispiel 5b/c</u>: Wenn von 100 Flaschen 10 nicht geliefert werden, ist dies nicht mehr nur unerheblich: Es fehlen immerhin 10% der Lieferung. K kann daher vom gesamten Vertrag zurücktreten und Schadensersatz wegen aller 100 Flaschen verlangen, muß aber nach § 281 V BGB die gelieferten 90 Flaschen zurückgeben.</i>

Die Frage, ob die Zuweniglieferung, die durch § 434 III BGB *tatbestandlich* einem Sachmangel gleichgestellt ist, auch ihren *Rechtsfolgen* als Teilleistung oder als Schlechtleistung zu behandeln ist, ist daher auch für das praktische Ergebnis von entscheidender Bedeutung. Um so ärgerlicher ist die absolut *widersprüchliche* Behandlung des Falles in der *Gesetzesbegründung*:

- Für den *Rücktritt* soll die Zuweniglieferung als *Schlechtleistung* behandelt werden; es sollen §§ 281 I Satz 3, 323 V Satz 2 anzuwenden sein mit der Folge, daß K von ganzen Vertrag zurücktreten kann, sobald die Menge, die für eine vollständige Lieferung noch fehlt, nicht mehr nur unerheblich ist. Danach könnte K im Beispiel 5, Variante c vom ganzen Vertrag zurücktreten (Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 14/6040, S. 187).
- Für den *Schadensersatz statt der ganzen Leistung* soll es dagegen dabei bleiben, daß der Ersatzanspruch sich grundsätzlich nur auf die fehlenden 10 Flaschen beschränke; Schadensersatz statt der gesamten Lieferung bleibe die Ausnahme (Begründung zum Regierungsentwurf, aaO. S. 139 f.). Und an anderer Stelle (S. 216) wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorgehoben, daß ein Anspruch auf Nacherfüllung der Gesamtmenge nur in Betracht kommt, wenn nach dem Inhalt des Kaufvertrags sämtliche Stücke aus einer Partie stammen müssen; in der Regel reiche der primäre Erfüllungsanspruch bezüglich der Restmenge aus. Mit alledem ist die für das Rücktrittsrecht angebotene Lösung der Gesetzesbegründung schlicht unvereinbar.

In der Sache kann für den Ersatzanspruch ebenso wie für das Rücktrittsrecht allein eine Lösung überzeugen, nämlich die Anwendung der Regeln über die *Teilleistung* (für das Rücktrittsrecht im Ergebnis ebenso *Canaris*, ZRP 2001, 329, 334 f.). Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Aus dem Grundsatz der Privatautonomie folgt nicht nur, daß man frei Verträge schließen kann, sondern auch umgekehrt, daß man an die Verträge, die man geschlossen hat, gebunden ist: *Die Bindung an den Vertrag ist notwendiges Korrelat freien Vertragsschlusses*; nur wenn und weil das Individuum beim Abschluß in freier Selbstbestimmung gehandelt hat, tritt die Bindung ein. Daraus folgt aber, daß die Parteien am Vertrag trotz eingetretener Störungen festhalten müssen, soweit es für sie zumutbar ist; das ist der gemeinsame Grundgedanke von § 281 I Satz 2 und Satz 3 BGB. Bei einer Teillieferung ist dem Gläubiger das Festhalten am Vertrag zumutbar, solange er mit der Teilleistung noch etwas anfangen kann. Wegen einer erheblichen Minderlieferung dem Gläubiger das Recht zu geben, vom gesamten

Vertrag Abstand zu nehmen, erscheint unter diesen Umständen unverhältnismäßig. Von einem Interessewegfall kann im Beispiel 5 keine Rede sein. K kann daher nicht die 90 Flaschen zurückgeben und sich mit 100 Flaschen anderswo neu eindecken (Variante b) und auch nicht vom ganzen Vertrag zurücktreten (Variante c).

5. Das relative Fixgeschäft

Beispiel 6: Pizzabäcker P bestellt beim italienischen Großhändler G 100 Dosen Tomatenmark, zu liefern am 5.05.2004 mittags um 12.00 Uhr fix. P erklärt dem G, er sei dringend auf eine pünktliche Lieferung angewiesen, weil er am gleichen Abend eine größere Partygesellschaft mit Pizza versorgen müsse. Im Vertrag ist die Geltung deutschen Rechts unter Ausschluß des UN-Kaufrechts vereinbart. Morgens um 9.00 Uhr ruft G bei P an und teilt ihm mit, daß die Lieferung nicht pünktlich eintreffen werde, weil der Fahrer des G von einer Polizeistreife mit Alkohol am Steuer erwischt worden sei und daher die Fahrt nicht habe fortsetzen können. Er habe einen anderen Fahrer auf den Weg geschickt, der gegen 16.00 Uhr bei P ankomme.

- a) P erwidert, die dann verbleibende Zeit reiche nicht hin, um die Pizza für die Party fertigzustellen. Er storniere daher den Vertrag. G besteht auf Abnahme und Zahlung des Tomatenmarks.
- b) P deckt sich bei einem anderen Großhändler mit Tomatenmark ein und verlangt in einem weiteren Telefonat um 11.00 Uhr die Mehrkosten von G ersetzt.

a) G könnte gegen P einen Anspruch auf Abnahme und Zahlung aus § 433 II BGB haben. Ein Kaufvertrag ist zustande gekommen, der Anspruch damit entstanden. Der Anspruch könnte aber nach § 346 BGB erloschen sein. Dafür muß P den Rücktritt *erklärt* haben (§ 349 BGB), und es muß ihm ein Rücktritts*grund* zur Seite stehen.

Hinweis: § 346 BGB spricht ausdrücklich nur davon, daß die Parteien im Falle des Rücktritts die wechselseitig empfangenen Leistungen zurückzugewähren haben. Daraus folgt aber im Wege eines *Erst-recht-Schlusses*: Wenn die Parteien schon die bereits erbrachten Leistungen zurückgewähren müssen, müssen sie erst recht die noch nicht erbrachten Leistungen nicht mehr erbringen. Man kann das gleiche Ergebnis auch über den aus § 242 BGB abgeleiteten *dolo-agit-Einwand* begründen: Wer nach wirksamem Rücktritt einer Partei noch Erfüllung des ursprünglichen Vertrages verlangt, begehrt eine Leistung, die er nach § 346 I BGB ohnehin sogleich wieder zurückgewähren müßte. Für die **Klausur** empfehle ich der Einfachheit halber den **Obersatz**: „Der Anspruch könnte nach § 346 I BGB erloschen sein“. Von Vorteil ist es, wenn Sie dem Leser im Anschluß daran kurz (nämlich mit den soeben hier angestellten Überlegungen) erläutern, warum Sie in § 346 I BGB die Rechtsfolge „Erlöschen des Anspruchs“ hineinlesen.

Ein Rücktrittsgrund könnte sich aus § 323 I BGB ergeben.

- Der zwischen P und G geschlossene Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag.
- Dazu müßte G eine fällige Leistung schuldig geblieben sein. Als P den Rücktritt erklärte, nämlich am 5.05.2004 morgens um 9.00 Uhr, war die Leistung des G noch nicht fällig. Doch stand zu diesem Zeitpunkt bereits fest, daß die Lieferung auch bei Fälligkeit um 12.00 Uhr nicht eintreffen würde. Daher ist die fehlende Fälligkeit nach § 323 IV BGB unschädlich.
- Allerdings hat P den Rücktritt erklärt, ohne dem G vorher eine Nachfrist zu setzen. Doch könnte vorliegend die Nachfrist nach § 323 II Nr.2 BGB entbehrlich sein. P hat den G unter Angabe des Grundes darauf hingewiesen, daß er auf eine pünktliche Lieferung besonders angewiesen sei. Damit hat P den Fortbestand seines Leistungsinteresses von der rechtzeitigen Lieferung abhängig gemacht; es liegt ein sog. *relatives Fixgeschäft* vor. Daß es einer Fristsetzung nicht bedurfte, stand bereits bei Vertragsschluß fest, als die Fixleistung vereinbart wurde; somit stand dies auch am 5.05.2004 morgens um 9.00 Uhr fest, so daß auch insoweit der Rücktritt nach § 323 IV BGB schon vor Fälligkeit gerechtfertigt ist. Damit ist der Rücktritt des G nach § 323 I, IV BGB gerechtfertigt. Durch die Erklärung des Rücktritts ist der Anspruch des G auf Abnahme und Zahlung erloschen.

b) P könnte gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB haben.

- G hat freilich zum Zeitpunkt des Ersatzverlangens am 5.05.2004 um 11.00 Uhr noch keine Pflicht verletzt. Die Pflichtverletzung besteht nämlich in den Fällen des § 281 BGB in der Nichtleistung trotz Fälligkeit; um 11.00 Uhr war die Leistung des G aber noch nicht fällig. Doch ist in diesem Fall § 323 IV BGB analog heranzuziehen: Schadensersatz statt der Leistung kann schon vor Fälligkeit verlangt werden, wenn feststeht, daß bei Fälligkeit die Leistung nicht erbracht werden (und daher der Schuldner definitiv seine Pflicht zur Leistung bei Fälligkeit verletzen) wird.
- G hat die Pflichtverletzung zu vertreten; denn die Leistungsverzögerung ergibt sich daraus, daß sein Fahrer, den er als Erfüllungsgehilfen eingeschaltet hat, sich unter Alkoholeinfluß ans Steuer gesetzt hat und deshalb von der Polizei aus dem Verkehr gezogen worden ist. Das Verhalten des Fahrers ist mindestens fahrlässig (§ 276 I 1 BGB); G muß es sich nach § 278 S.1 BGB wie eigene Fahrlässigkeit zurechnen lassen.
- Eine Fristsetzung ist nicht erfolgt; sie war aber nach § 281 II 2.Alt. BGB entbehrlich: Wenn P den Fortbestand seines Leistungsinteresses von der rechtzeitigen Lieferung abhängig gemacht hat, bestehen „besondere Gründe“, die eine sofortige Geltendmachung des Ersatzanspruchs rechtfertigen. Das relative Fixgeschäft ist, auch wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz steht, ein besonderer Anwendungsfall jener „besonderen Gründe“ i.S. des § 281 II 2.Alt. BGB.
- Ein Schaden ist dem G dadurch entstanden, daß er sich zu einem teureren Preis anderweitig eindecken mußte. Dieser Schaden ist ein typischer Schaden *statt der Leistung*.

Ergebnis: P kann von G nach §§ 280 I, III, 281 BGB Ersatz der Mehrkosten aus dem Deckungsgeschäft verlangen.

6. Die Gestaltungswirkung des Ersatzverlangens

Literaturhinweis: Schwab, JR 2003, 133 ff.; Mattheus, in: Schwab/Witt (Hrsg., Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 50, 96 f.; Finn, ZGS 2004, 32 ff.

Wenn die Nachfrist abgelaufen ist (§ 281 I 1 BGB) und damit alle Voraussetzungen für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen, ist der Gläubiger keinesfalls darauf festgelegt, Schadensersatz zu verlangen. Er kann vielmehr nach wie vor auf Erfüllung bestehen. Irgendwann muß freilich der Schuldner wissen, was er denn leisten soll – Erfüllung oder Schadensersatz. Der Gesetzgeber reagiert auf diese Interessenlage in § 281 IV BGB: Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Das Ersatzverlangen hat somit *Gestaltungswirkung*: Es bringt den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen.

Beispiel 7: Gemüsehändler G bestellt beim Bauern B 100 kg Karotten zum Weiterverkauf an seine Kunden, zu liefern am Mittwoch, den 2.05.2004, morgens. B liefert zum Termin morgens um 8.00 Uhr, aber nur 50 kg. G erklärt dem B, wenn er nicht innerhalb von zwei Stunden den Rest liefere, könne er seinen „Mist“ behalten.

- a) Noch am selben Tag um 12.00 Uhr verlangt G Schadensersatz, nachdem B dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist.
- b) Am Freitag, den 4.05.2004, hat B immer noch nichts geliefert. Kann G jetzt Schadensersatz verlangen?
- c) Nehmen Sie an, G hat dem B eine Nachfrist bis zum 4.05.2004, morgens um 8 Uhr gesetzt. Als B immer noch nichts liefert, schreibt G an B, er behalte sich alle Rechte vor. In der Folgezeit läßt G nichts mehr von sich hören. B möchte wissen, ob er nun noch liefern oder Schadensersatz leisten muß. Kann er den G zu einer Entscheidung zwingen?

a) In Variante a hat B eine Teilleistung erbracht: Er hat zu wenig geliefert. Diese Minderlieferung wird nach § 434 III BGB einem Sachmangel gleichgestellt. Die Rechte des G bestimmen sich damit nach §§ 437 Nr.3, 280 ff. BGB.

aa) B hat eine Pflicht verletzt, indem er bei Fälligkeit, nämlich morgens um 8.00 Uhr, einen Teil der geschuldeten Leistung nicht erbracht hat. Diese Pflichtverletzung hat er mangels abweichender Angaben im Sachverhalt zu vertreten (§ 280 I 2 BGB). Der Ersatzanspruch des G scheidet jedoch daran, daß die gesetzte Nachfrist zu kurz war: Zwar sind im Einzelhandel, der auf schnellen Warenumsatz angelegt ist, kurze Nachfristen durchaus angemessen; wenigstens einen Tag hätte G dem B aber für die Restlieferung belassen müssen. Selbst wenn die zu kurze Nachfrist nicht gänzlich wirkungslos ist, sondern eine objektiv angemessene Frist in Lauf setzt (dazu sogleich b), war diese jedenfalls am selben Tag um 12.00 noch nicht abgelaufen. G hat damit keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr.3, 280 I, III, 281 I 1 BGB.

bb) Fraglich ist, ob G wenigstens noch Erfüllung verlangen kann. Da die Teillieferung einer mangelhaften gleichsteht (§ 434 III BGB), handelt es sich insoweit um einen Nacherfüllungsanspruch nach § 439 I BGB. Dieser Anspruch könnte jedoch nach § 281 IV BGB ausgeschlossen sein: G hat – wenn auch unberechtigt – Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

Würde man bei diesem Ergebnis stehenbleiben, so hätte dies zur Konsequenz, daß G *gar nichts* mehr verlangen könnte:

- Keine Erfüllung, da nach § 281 IV BGB ausgeschlossen.
- Keinen Schadensersatz, da Nachfrist nach § 281 I 1 BGB noch nicht abgelaufen.

Dieses Ergebnis wäre für G unangemessen hart und entspricht auch nicht dem Geist der Schuldrechtsreform: Nach früherem Recht war mit Fristablauf der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen (§326 I 2 HS 2 BGB a.F.). Der Gläubiger konnte niemals zwischen Erfüllung und Schadensersatz wählen, sondern bekam immer nur entweder das eine oder das andere. Solange also die Voraussetzungen eines Ersatzanspruchs nicht vorlagen, blieb es beim ursprünglichen Erfüllungsanspruch, selbst wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangte. Das neue Recht beläßt dem Gläubiger nach Fristablauf die Möglichkeit, zwischen Erfüllung und Schadensersatz zu wählen. Der Gläubiger soll also besser gestellt werden als früher. Damit trägt es sich nicht, wenn ein unberechtigtes Ersatzverlangen ihm auch den Erfüllungsanspruch abschneidet. § 281 IV BGB ist daher *einschränkend auszulegen*: Der Erfüllungsanspruch erlischt nur dann, wenn der Gläubiger *berechtigt* Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Das ist im Beispiel 7, Variante a nicht der Fall. Daher bleibt dem G sein Erfüllungsanspruch erhalten. G kann von B nach §§ 437 Nr.1, 439 I BGB Lieferung der restlichen 50 kg Karotten verlangen.

b) In Variante b hat B eine Pflicht verletzt und dies auch zu vertreten (wie oben a). Die von G gesetzte Nachfrist ist zu kurz; doch *wäre eine Nachfrist von 2 Tagen angemessen gewesen*, weil der Einzelhandel seine Waren rasch umsetzt und sodann darauf angewiesen ist, alsbald die Regale wieder füllen zu können. In dieser Situation ist die zu kurze Nachfrist des G nicht etwa gänzlich wirkungslos; vielmehr *setzt sie eine objektiv angemessene Nachfrist in Kauf*. Die objektiv angemessene Nachfrist war jedenfalls nach 2 Tagen abgelaufen. G hat somit dem B i.S. des § 281 I 1 BGB erfolglos eine angemessene Nachfrist gesetzt und kann daher von B Schadensersatz statt der Leistung verlangen.

c) Möglicherweise kann B den G nach § 264 II BGB zwingen, sich binnen einer von B gesetzten angemessenen Frist zwischen Erfüllung und Schadensersatz zu entscheiden mit der Folge, daß nach erfolglosem Ablauf der Frist nunmehr B selbst die Entscheidung treffen darf.

Wenn die von G gesetzte Nachfrist fruchtlos abgelaufen ist, muß G nicht unbedingt Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Vielmehr hat er die Wahl, ob er Schadensersatz oder nach wie vor Erfüllung verlangt. § 264 II BGB ist folglich anwendbar, wenn es sich bei der Wahl zwischen Erfüllung und Schadensersatz um eine *Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers* handelt. Die Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers ist abzugrenzen von einem *ius variandi* des Gläubigers. Der Unterschied zwischen beidem besteht in folgendem (vgl. bereits Arbeitsblatt 7, sub I 3 a):

- Bei der *Wahlschuld* ist der Gläubiger an die einmal getroffene Wahl *gebunden* (§ 263 II BGB); die Wahl hat somit *rechtsgestaltenden Charakter*.
- Beim *ius variandi* kann der Gläubiger sich auch nach der Wahl eines Rechtsbehelfs umentscheiden und auf den anderen übergehen; er ist also nicht an die Wahl gebunden.

Überträgt man diese Differenzierung auf das Verhältnis von Erfüllung und Schadensersatz statt der Leistung, wie es in § 281 IV BGB niedergelegt ist, so handelt es sich bei der Wahl zwischen diesen beiden Ansprüchen um eine *Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers*:

- Wenn der Gläubiger *Schadensersatz* statt der Leistung verlangt, ist er daran nach § 281 IV BGB gebunden; die Wahl hat damit rechtsgestaltenden Charakter, weil der Erfüllunganspruch fortan ausgeschlossen ist.
- Wenn der Gläubiger *Erfüllung* verlangt, ist damit der Anspruch auf Schadensersatz zwar nicht endgültig ausgeschlossen, aber *suspendiert*: Der Gläubiger kann, wenn er nach erfolglosem Ablauf der Nachfrist auf Erfüllung besteht, Schadensersatz nur nach erneuter Fristsetzung verlangen. Das ergibt sich aus einer *entsprechenden Anwendung des § 281 IV BGB*: Die darin enthaltene Wertung, daß der Schuldner sich auf die Erklärung des Gläubigers, was er denn nun haben will, verlassen können, beansprucht auch für den Fall des Erfüllungsbegehrens Gültigkeit.

Damit erweist sich § 264 II BGB als anwendbar: B kann im Beispiel 7, Variante c dem G eine Frist setzen, innerhalb derer G sich zwischen Erfüllung und Schadensersatz entscheiden muß. Versäumt G, die Wahl innerhalb dieser Frist zu treffen, so trifft B sie an seiner Stelle.

Wichtiger Hinweis: Die hier vertretene Ansicht, die bei weitem nicht unumstritten ist (gegen sie z. B. *Finn*, ZGS 2004, 32, 37 mit Fn. 37; *MK-Ernst*, BGB, 4. Aufl. 2003, § 281 Rn. 70), hat zur Konsequenz, daß der *Schuldner nach Fristablauf den Gläubiger nicht mehr durch bloßes Angebot der Primärleistung in Annahmeverzug setzen kann* (insoweit im Ergebnis ebenso und mit eingehenden Überlegungen *Finn*, a. a. O. S. 33 ff.). Folgt man der hier vertretenen Ansicht, so muß der Schuldner vielmehr *alternativ Erfüllung oder Schadensersatz anbieten*. Insoweit genügt allerdings ein wörtliches Angebot (§ 295 S. 1, 2. Alt. BGB); denn für die Leistung des Schuldners ist eine Mitwirkungshandlung erforderlich, weil der Gläubiger die Wahl zwischen Erfüllung und Schadensersatz treffen muß. **Folge:** Begibt sich der Schuldner mit der Leistung zum Gläubiger und bietet er nur die Primärleistung an, so gerät der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn er sie ablehnt. Weder die Leistungsgefahr (§ 300 II BGB) noch die Preisgefahr (§ 326 II 1 2. Alt. BGB) gehen auf den Gläubiger über.

7. Der Anspruch des vertragsbrüchigen Schuldners auf die Gegenleistung nach Ausspruch des Ersatzverlangens

§ 281 IV BGB besagt, daß der *Leistungsanspruch des Gläubigers* erlischt, sobald der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung verlangt hat. Die Frage, welches Schicksal der Anspruch des vertragsbrüchigen *Schuldners* auf die *Gegenleistung* nimmt, ist im Gesetz völlig unregelt geblieben. Daß Leistung und Gegenleistung untrennbar miteinander verknüpft sind, kommt für den Fall der *Unmöglichkeit* in § 275 I BGB (Leistungsanspruch erlischt) und § 326 I 1 HS 1 BGB (Gegenleistungsanspruch erlischt) zum Ausdruck. In diesen Vorschriften ist die Wertung enthalten, daß der Anspruch auf die Gegenleistung nicht ohne den Anspruch

auf die Leistung bestehen kann. Diese Wertung überzeugt auch für die Fälle des § 281 BGB (ebenso Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 281 Rn.51). Man sollte dann allerdings nicht ohne Anbindung an den Gesetzestext argumentieren, der Anspruch auf die Gegenleistung entfalle wegen jener untrennbaren Verknüpfung (so aber Palandt-*Heinrichs* aaO.), sondern diejenige Norm heranziehen, welche jene Verknüpfung im Gesetzestext zum Ausdruck bringt: Wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt, erlischt der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung *analog § 326 I 1 HS 1 BGB*.

8. Zur Schadensberechnung

Beispiel 8 (BGH NJW 1997, 2378): V verkauft an K mit notariellem Vertrag ein Grundstück für 170.000 Euro. Dieser Betrag entspricht dem Verkehrswert des Grundstücks zur Zeit des Kaufabschlusses. Zugunsten des K wird eine Auflassungsvormerkung bewilligt und in das Grundbuch eingetragen. Die Eintragung des K als Eigentümer soll nach Bezahlung des Kaufpreises erfolgen. Nach mehrfacher Mahnung, den Kaufpreis zu bezahlen, setzt V dem K eine letzte (angemessene) Frist, die fruchtlos verstreicht. Daraufhin verkauft V das Grundstück, dessen Verkehrswert mittlerweile auf 200.000 Euro angestiegen ist, für 220.000 Euro an D. V verlangt nunmehr folgende Positionen von K ersetzt:

Maklerkosten im Zuge des mit D geschlossenen Kaufvertrags	17.000 Euro
Zinsschaden	15.000 Euro
Kosten der Löschung der Auflassungsvormerkung des K	600 Euro
Steuerberaterkosten für den Kaufvertrag mit D	<u>900 Euro</u>
Gesamt	33.500 Euro
Dringt er mit diesem Anspruch durch?	

Dem Grunde nach hat V gegen K einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB: K hat den fälligen Kaufpreis nicht bezahlt und damit eine Pflicht verletzt; angesichts der mehrfachen Mahnung des V muß man davon ausgehen, daß K vorsätzlich nicht bezahlt hat und bereits deshalb die Nichtzahlung zu vertreten hat; eine von V gesetzte angemessene Nachfrist ist fruchtlos verstrichen.

Fraglich ist aber, ob dem V ein Schaden entstanden ist. Auf den ersten Blick scheint diese Feststellung leicht zu treffen zu sein: Hätte K erfüllt, so wären dem V keine Kosten im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag mit D entstanden. Die rechtzeitige Zahlung des K hätte dem V zudem rechtzeitig liquide Mittel zugeführt, durch die ein Zinsschaden hätte vermieden werden können.

Hinweis: Der Anspruch auf Ersatz von Zinsschäden ist an sich ein typischer *Verzögerungsschaden*, der nicht nach §§ 280 I, III, 281, sondern nach §§ 280 I, II, 286 BGB ersetzt wird. Zinsschäden können freilich, wie das Beispiel 8 zeigt, ebenso dadurch auftreten, daß die Verbindlichkeit *überhaupt nicht* erfüllt wird. In einem solchen Fall kann der Gläubiger wählen, ob er den Zinsschaden eigenständig als Verzögerungsschaden nach §§ 280 I, II, 286 BGB oder aber als Schadensposten innerhalb des Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 280 I, III, 281 I 1 BGB geltend macht.

Gleichwohl könnte man geneigt sein, dem V einen Anspruch auf Schadensersatz mit der Begründung abzuspochen ihm sei *kein Schaden entstanden*: Der Mehrerlös aus dem Geschäft mit D betrage 50.000 Euro, die Summe der Schadensposten nur 33.500 Euro. V stehe dadurch, daß K den Vertrag nicht erfüllt habe, nicht schlechter, sondern sogar noch besser da als wenn K erfüllt hätte: Im letzteren Fall hätte er einen Reinerlös von 170.000 Euro erzielt; nunmehr habe er einen solchen von 186.500 Euro. Der BGH folgt dem in dieser Allgemeinheit nicht, sondern befürwortet eine differenzierende Beurteilung:

Soweit der Mehrerlös darauf beruht, daß zwischenzeitlich - ohne weiteres Zutun des Verkäufers - der *Verkehrswert gestiegen ist*, ist dieser auf den Ersatzanspruch anzurechnen. Das überzeugt, wenn man sich folgendes vergegenwärtigt: Wäre der Vertrag von K ordnungsgemäß erfüllt worden, so hätte V das Grundstück zum vereinbarten Preis von 170.000 Euro abgeben müssen, hätte also nicht mehr an der Wertsteigerung teil, die das Grundstück in der Folgezeit erfahren hat. Gerade *weil* K nicht erfüllt hat, ist V - unerwartet - selbst in den Genuß dieser Wertsteigerung gekommen. Daher korrespondiert dieser Vermögensvorteil unmittelbar mit den durch die Nichterfüllung entstandenen Nachteilen: Wenn man so will, ist K insoweit dadurch, daß er sich durch seine Vertragsuntreue die Früchte der Wertsteigerung hat entgehen lassen, „genug gestraft“. Die Wertsteigerung von 170.000 auf 200.000 Euro, also 30.000 Euro, ist auf den Ersatzanspruch anzurechnen.

Soweit der Verkäufer (hier: V) im Rahmen des Deckungsverkaufs (hier: des Verkaufs an D) einen Erlös erzielt, der den Verkehrswert übersteigt, findet nach (ebenfalls zutreffender) Ansicht des BGH eine Anrechnung nicht statt. Denn *insoweit* läßt sich ein spezifischer Zusammenhang zwischen Nichterfüllung des K und Vermögensvorteil durch Mehrerlös nicht herstellen. Vielmehr kann ein solcher Mehrerlös nur auf zwei Ursachen beruhen:

- Entweder V hat *überobligationsmäßige Anstrengungen* entfaltet, z.B. besonders lange nach einem Käufer gesucht oder besonders raffinierte Verhandlungsstrategien eingesetzt, um den Preis möglichst nach oben drücken zu können
- Oder der Erwerber (hier: D) hatte ein *gesteigertes Interesse am Erwerb des Grundstücks*, das in ihm die Bereitschaft weckte, einen Preis jenseits des Verkehrswertes zu bezahlen.

Im ersteren Fall beruht der Mehrerlös auf dem Verhandlungsgeschick des V, dessen Früchte ihm erhalten bleiben sollen; im letzteren Fall beruht er auf einem Umstand, der aus der Sicht des K blanker Zufall ist und den er nicht steuern konnte, so daß nicht einzusehen ist, warum ihm die Früchte des gesteigerten Erwerbsinteresses des D in den Schoß fallen sollten (insoweit zustimmend *Lange*, JZ 1998, 98). Freilich könnte man in diesem Zusammenhang einwenden, das gesteigerte Erwerbsinteresse des D wäre im Falle der Vertragstreue des K diesem zugute gekommen; K sei – ebenso wie schon bezüglich der Steigerung des Verkehrswerts ausgeführt wurde – dadurch „genug gestraft“, daß er sich die Chance eines so günstigen Verkaufs habe entgehen lassen. Mit dieser Begründung könnte man ebenso wie bei der Verkehrswertsteigerung *für* eine Anrechnung des Mehrerlöses auf den Schadensersatzanspruch plädieren. Indes ist nicht ausgemacht, ob D sich mit seinem gesteigerten Erwerbsinteresse auch an K gewandt hätte und ob K sich dies Interesse ebenfalls und in gleichem Umfang zunutze gemacht hätte, um einen höheren Kaufpreis zu erzielen. Deshalb sollte man in der Tat mit dem BGH von einer Anrechnung des Mehrerlöses oberhalb des Verkehrswerts absehen.

Auf den Schaden von 33.500 Euro sind daher 30.000 Euro Mehrerlös anzurechnen (aber auch nicht mehr). V kann von K Zahlung von 3.500 Euro verlangen.

Übersicht: Rechtsfolgen der Leistungsverzögerung

Konstellation:
 ■ Leistung ist **möglich**
 ■ Leistung ist aber trotz Fälligkeit nicht erbracht worden

Konsequenzen:

Schadensersatz		Rücktritt, § 323 BGB	Haftungsverschärfung, § 287 BGB
<p>Schadensersatz statt der Leistung, §§ 280 I, III, 281 BGB Voraussetzungen: ■ § 280 I 1: Pflichtverletzung ■ § 281 I 1: Fälligkeit und Fristsetzung ■ § 280 I 2: Vertretensemüssen Ausnahme: § 281 II: Fristsetzung entbehrlich Bei Teilleistung oder Schlechtleistung: § 281 I 2, 3</p>	<p>Ersatz des Verzögerungsschadens, §§ 280 I, II, 286 BGB Voraussetzungen: ■ Verzug Insbesondere Anspruch auf Verzugszinsen, § 288 BGB</p>	<p>Voraussetzungen: § 323 I: Fälligkeit und Fristsetzung Ausnahme: § 323 II: Fristsetzung entbehrlich Ausnahme: § 323 III: Fälligkeit entbehrlich Teilleistung oder Schlechtleistung: § 323 V</p>	<p>■ Wegfall von Haftungserleichterungen, Satz 1 ■ Zufallshaftung, Satz 2</p>