

## § 11 Der Schuldnerverzug

**Weiterführende Literatur:** Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 23; Krause, Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht, Jura 20002, 217, 299; Meier/Grünebaum, Die Höhe des Verzugszinses nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MDR 2002, 746; Oepen, Probleme des modernisierten Verzugstatbestandes, ZGS 2002, 349; Pohlmann, Vom Verzug zur verspäteten Leistung? In Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 273 ff; Timme, Die Neuregelung des Schuldnerverzuges gem. § 286 BGB, JA 2002, 656.

### 1. Einführung

Eine Pflichtverletzung kann auch durch die Verzögerung der Leistung begründet werden. Dabei kann die Verzögerung sowohl in der Sphäre des Schuldners als auch des Gläubigers liegen. Im vorliegenden Abschnitt soll zunächst nur der praktisch bedeutsame Schuldnerverzug behandelt werden. Die Erörterung des Gläubigerverzugs bleibt dem nächsten Kapitel vorbehalten.

Dem durch die Verzögerung der Leistung geschädigten Gläubiger bewährt das Gesetz mehrere Möglichkeiten der Reaktion: Er kann prinzipiell

- Verzögerungsschaden nach §§ 280, 286 BGB geltend machen,
- Schadensersatz statt der Leistung, § 281 BGB begehren,
- Ersatz vergeblicher Aufwendung nach § 284 BGB verlangen oder
- Rücktritt vom Vertrag gemäß §§ 323f BGB erklären.

### 2. Der Verzögerungsschaden, §§ 280 Abs. 1 und 2 i.V.m. 286 BGB

Unter Schuldnerverzug versteht man die vom Schuldner zu verantwortende **Verzögerung** der Leistung. Dabei behält der Gläubiger trotz des Schuldnerverzugs seinen Erfüllungsanspruch gegen den Schuldner, er kann jedoch den ihm **durch die Verspätung entstandenen Schaden** über §§ 280, 286 ff BGB geltend machen.

Die **Abgrenzung** des Schuldnerverzuges zur **Unmöglichkeit** liegt in der (wenngleich verspäteten) Erfüllbarkeit der Leistung, d.h.:

- ist die Leistung nicht nachholbar, liegt kein Verzug, sondern Unmöglichkeit vor;
- tritt die Unmöglichkeit während des Verzuges ein, endet dadurch der Verzug. Der Gläubiger kann den bisher entstandenen Verzögerungsschaden nach den Verzugsregeln, den Schaden aus dem Untergang der Sache nur nach den Unmöglichkeitregeln geltend machen.

## 2.1 Voraussetzungen

Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges ergeben sich aus § 280 Abs. 1 u. 2 i.V.m. § 286 BGB:

- (1) Schuldverhältnis;
- (2) Pflichtverletzung in Form einer Leistungsverzögerung;
- (3) Mahnung;
- (4) Schaden;
- (5) Kausalität;
- (6) Vertretenmüssen.

### 2.1.1 Schuldverhältnis

Nach § 280 Abs. 1 BGB muss zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis bestehen. Darunter sind sowohl rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche als auch gesetzliche Schuldverhältnisse zu verstehen. Unerheblich ist, ob es sich um gegenseitige oder nur um einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte handelt.

### 2.1.2 Die Pflichtverletzung in Form der Leistungsverzögerung

Die Pflichtverletzung setzt zunächst das Bestehen einer wirksamen Leistungspflicht nach § 241 Abs. 1 BGB voraus (nicht erfasst wird zunächst -vgl. § 278 S. 1- die Nebenleistungspflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB, Brox/Walker § 23 Rdnr. 3). Mit anderen Worten: Der Schuldner muss die an sich mögliche Leistung, zu der er vertraglich oder kraft Gesetzes verpflichtet ist, nicht erbracht haben.

Der Leistungsanspruch des Gläubigers muss vollwirksam und fällig sein. Eine wirksame Leistungspflicht des Schuldners fehlt, wenn seine Verpflichtung wegen einer rechtshindernden Einwendung nicht entstanden ist oder aufgrund einer rechtsvernichtenden Einwendung nicht durchsetzbar ist.

Die Forderung des Gläubigers muss durchsetzbar, mithin einredefrei und **fällig** sein. Eine Leistung ist fällig, wenn der Gläubiger sie verlangen kann, der Schuldner sie erbringen muss. Die Fälligkeit ergibt sich:

- aus Gesetz,  
**Bsp:** Räumungsfrist nach § 721 ZPO
- aus der Parteivereinbarung oder  
**Bsp:** Vereinbarung: „zahlbar innerhalb 30 Tagen“ – bis zum Ablauf der Frist ist die Nichtleistung keine Pflichtverletzung
- aus den Umständen;

- ist der Leistungszeitpunkt danach nicht bestimmbar, ist die Leistung sofort fällig, § 271 Abs. 1 BGB.

Die Fälligkeit tritt nicht ein, wenn der Schuldner eine (berechtigte) Einrede gegen den Anspruch erhebt.

**Bsp:** Einrede des nichterfüllten Vertrages, § 320; Zurückbehaltungsrecht, § 273; Stundung, § 821 BGB.

### 2.1.3 Die Mahnung

Die Fälligkeit einer Forderung reicht i.d.R. noch nicht, um die für den Schuldner sich ergebenden Folgen des Schuldnerverzugs herbeizuführen. Durch die **Mahnung** soll dem Schuldner noch einmal nachdrücklich zu Bewusstsein gebracht werden, dass eine weitere Verspätung für ihn nachteilige Folgen haben kann. Dementsprechend bestimmt § 286 Abs. 1 BGB, dass der Verzug erst durch eine Mahnung eintritt. Die Mahnung ist die bestimmte Aufforderung an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen. Sie ist an keine bestimmte Form gebundenes Gestaltungsrecht, könnte also auch mündlich erfolgen; aus Beweisicherungsgründen ist jedoch die Schriftform vorzuziehen.

Verschiedene Detailfragen zur Mahnung:

- Die Mahnung wird wirksam mit ihrem Zugang.
- Der Schuldner muss aus ihr hinreichend deutlich entnehmen können, welche bestimmte Leistung der Gläubiger verlangt. Eine Fristsetzung ist nicht erforderlich.
- Welche Nachfrist im Einzelfall angemessen ist, muss ggf. unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien objektiv ermittelt werden (BGH NJW 1985, 2640). Auch eine zu kurze Fristsetzung ist nicht wirkungslos; durch sie wird vielmehr eine angemessene Frist in Gang gesetzt.
- Ein Hinweis auf die Verzugsfolgen oder auf Rechtsnachteile ist nicht erforderlich. Allerdings muss der Gläubiger zu erkennen geben, dass das weitergehende Verzögerung Folgen haben werde.
- Die bloße Übersendung einer Rechnung oder Rechnungskopie genügt i.d.R. nicht.
- Nach h. M. ist die Mahnung auch dann wirksam, wenn sie nicht erst **nach** der Fälligkeit (so der Wortlaut des § 286 Abs. 1 S. 1), sondern bereits **zum Zeitpunkt** der Fälligkeit erfolgt; unwirksam ist sie jedoch, wenn sie **vor Fälligkeit** erklärt wird.
- Klageerhebung oder Mahnbescheid stehen der Mahnung gleich, § 286 Abs. 1 S. 2. BGB.

Vom Grundsatz, dass der Verzug erst durch Mahnung eintritt, kennt das Gesetz eine Reihe von Ausnahmen. Die wichtigsten Fälle der Entbehrlichkeit sind in § 286 Abs. 2 BGB geregelt. Eine Mahnung ist demnach entbehrlich, wenn

- die Leistung nach dem Kalender bestimmt ist, Abs. 2 Nr. 1 (= dies interpellat pro homine);
- der Leistung ein Ergebnis voranzugehen hat und eine angemessene Zeit in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis aus berechnen lässt, Abs. 2 Nr. 2;  
**Bsp:** Vereinbarungen wie „Die Leistung ist zwei Wochen nach Kündigung fällig“ oder „eine Woche nach Lieferung“;
- Der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, Abs. 2 Nr. 3;  
**ratio:** die Mahnung soll keine sinnlose Förmerei sein, wenn der Schuldner eindeutig und endgültig seine Leistungsunwilligkeit zum Ausdruck bringt;
- aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Verzugesintritt gerechtfertigt ist, Abs. 2 Nr. 4.  
**Bsp(e):** Zusage einer schnellstmöglichen Leistungserbringung (z.B. bei einem Wasserrohrbruch oder beim Abschleppen eines Pannensfahrzeugs); der Schuldner entzieht sich einer Mahnung, in dem er seine Leistung für „spätestens morgen“ ankündigt.

Eine weitere Ausnahme vom Grundsatz, dass Verzug nicht ohne Mahnung eintritt, enthält § 286 Abs. 3: Danach kommt der Schuldner einer **Entgeltforderung** auch ohne Mahnung spätestens dann in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung leistet (Fristberechnung nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB).

#### 2.1.4 Vertretenmüssen

Schließlich muss der Schuldner die Nichtleistung zu vertreten haben, § 280 Abs. 1 S. 2. Der Schuldner kommt nämlich nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Zu vertreten hat der Schuldner nach

- § 276, eigenes Verschulden einschließlich einer übernommenen Garantie oder eines Beschaffungsrisikos;
- § 278, Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen.

Die Beweislast liegt beim Schuldner. Von dem vermuteten Verschulden kann sich der Schuldner exkulpieren, wenn er nachweist, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

**Bsp(e):** Fälle der höheren Gewalt; schwere Erkrankung des Schuldners, sofern er persönlich zu leisten hat; Unkenntnis der geänderten Adresse des Gläubigers.

Der Schuldner ist dann nach § 242 BGB verpflichtet, den Gläubiger von dem Leistungshindernis und seiner voraussichtlichen Dauer in Kenntnis zu setzen. Unterlässt er das schuldhaft, haftet er aus dieser neuerlichen Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz.

## 2.2 Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges sind in §§ 280, 287, 288 BGB geregelt. Der Verzug beginnt **mit Zugang der Mahnung**.

Bei kalendermäßig festgelegter oder berechenbarer Leistungszeit (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 u. 2) beginnt er mit dem Ablauf des Tages, an dem die Leistung zu erbringen war. Verzug nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 tritt mit der Vornahme der verzugsbegründenden Handlung ein, nach Nr. 4 mit dem Eintritt des Ereignisses, das die Mahnung überflüssig macht.

### 2.2.1 Weiterbestehen der Leistungspflicht

Der Gläubiger kann nach wie vor **Erfüllung** verlangen.

### 2.2.2 Ersatz des Verzögerungsschadens

Neben dem primären Erfüllungsanspruch kann der Gläubiger Ersatz des **durch den Verzug entstandenen Schadens** verlangen, § 280 Abs. 1 u. 2 i.V.m. § 286 BGB. Unter **Verzögerungsschaden** (= Verspätungs- oder Verzugschaden) versteht man dabei nur den Schaden, der durch die zeitliche Verzögerung entstanden ist. (Nicht hierunter fällt der sog. Nichterfüllungsschaden, wie z.B. der Deckungskauf -dieser bleibt §§ 281, 283 vorbehalten). Der Gläubiger ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn die Leistung rechtzeitig erbracht worden wäre; ersetzt wird also das „Positive Interesse“ nach §§ 249 ff BGB.

**Bsp(e):** Kosten der Rechtsverfolgung wie die Kosten der Beauftragung eines Rechtsanwalts oder die Kosten von Mahnschreiben, sofern die Mahnung nach Eintritt des Verzugs erfolgt (= i.d.R. ab 2. Mahnung); nicht ersatzfähig sind die Kosten der den Verzug begründenden Erstmahnung! Inkassokosten; Kosten einer verfrühten Kreditaufnahme.

Ist der Schuldner mit einer **Sachleistung** in Verzug, ist der Gläubiger so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Leistung stehen würde. Das bedeutet beispielsweise, er hat Anspruch auf die durch den Verzug verursachten Aufwendungen (wie z.B. die Miete für eine Ersatzwohnung bei verspäteter Fertigstellung), Folgeschäden und den entgangenen Gewinn.

Ist bei **Geldschulden** die Höhe des Verzugszinses nicht vereinbart, kann der Gläubiger den gesetzlichen Zinssatz von 5 % bzw. 8 % über Basiszins (§ 288 Abs. 1 u. 2 BGB) verlangen. Dieser gesetzliche Zinssatz braucht nicht als Schaden nachgewiesen zu werden; er steht unwiderleglich fest. Hat der Gläubiger einen höheren Schaden (in der Praxis häufig), z.B. weil er einen Bankkredit zu einem höheren Zinssatz aufgenommen hat, kann er auf Nachweis diesen höheren Zinssatz verlangen (da vermutet wird, der Gläubiger werde die Geldschuld zur Tilgung dieses Kredits verwenden).

### **2.2.3 Die Haftungsverschärfung**

Während des Schuldnerverzuges treffen den Schuldner ggf. weitere Haftungsrisiken:

- Nach § 287 S. 1 BGB hat er jede Fahrlässigkeit zu vertreten. Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist gering. Sie bezieht lediglich die Verletzung von Nebenpflichten i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB ab Verzugsbeginn mit ein.
- Nach § 287 S. 2 BGB ist der Schuldner auch für eine durch Zufall einschließlich höherer Gewalt (Palandt zu § 287 Rdnr. 3) eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich.

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schuldner beweist, dass der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre, § 287 S. 2, 2. Hs. BGB.

## **3. Weitergehende Ansprüche**

Überdies kann der Gläubiger im Falle des Schuldnerverzugs -sofern die einschlägigen Voraussetzungen vorliegen- nach den eigenständigen Anspruchsgrundlagen des § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen, des § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendung begehren oder gemäß §§ 323f BGB Rücktritt vom Vertrag erklären.

Zur Vertiefung des vorher Besprochenen und zur Einführung in diese Rechtsbehelfe mag folgender Fall dienen:

### **Fall: Was für ein Saftladen!**

G ist Inhaber eines gutgehenden Getränkehandels. Um für das bevorstehende Frühjahrgeschäft gerüstet zu sein, bestellt er bereits im Januar direkt beim Saftersteller S 500 Kisten Orangensaft der Marke S (à 6 Tetrapack Behältnissen; künftig kurz: Flaschen) zum Preis von 1.500 € zzgl. MwSt. Vereinbart wurde dabei u.a. Anlieferung durch S spätestens am 21.03. und „Zahlung auf Rechnung nach Erhalt der Ware“.

Da die Orangensaftbestände bei G bereits fast aufgebraucht sind und die Lieferung noch nicht eingetroffen ist, ruft er am Morgen des 21.03. besorgt bei S an. Ein Mitarbeiter von S beschwichtigt G und kündigt umgehende Auslieferung an. Unglücklicherweise treten die gewerblichen Mitarbeiter des S noch am gleichen Tag mittags in einen unbefristeten Streik (den die Gewerkschaft schon lange vorher angekündigt hatte), so dass vorläufig überhaupt keine Auslieferungen bei S mehr erfolgen. Kurz nachdem G vom Streik durch eine Nachrichtenmeldung im Radio Kenntnis erlangt hat, erhält S ein Fax von G mit folgendem Inhalt: „Ich fordere Sie nachdrücklich auf, die bestellten 500 Kisten Orangensaft umgehend auszuliefern“. Ab dem 22.03. steht kein Orangensaft der Marke S mehr in den Regalen des G. Als die Lieferung von S am 26.03. immer noch nicht eingetroffen ist, kauft er noch am gleichen Tag beim Getränkegroßhändler H 500 Kisten Orangensaft der Marke S, zum Preis von 2.000 € zzgl. MwSt.

Aufgrund hoher Nachfrage sind die von H bezogenen Flaschen fast alle verkauft, als die Lieferung des S am 01.04. bei G eintrifft und er sie auch annimmt.

G überlegt nun, ob er von S Gewinnausfall für die Zeit vom 22. bis 26.03. fordern kann. Nachweislich hätte er aus dem Verkauf von Orangensaft der Marke S in diesem Zeitraum Mehreinnahmen von 200 € erzielt. Zum anderen möchte G die Mehrkosten für den Deckungskauf bei H von S ersetzt erhalten. Bestehen diese Ansprüche?

1. G könnte gegen S einen Schadensersatzanspruch aus **Fixhandelskauf** gemäß § 376 Abs. 1 HGB geltend machen.

- (1) Voraussetzung wäre zunächst, dass es sich bei dem zugrundeliegenden Kaufvertrag um ein **ein- oder beiderseitigen Handelskauf** handelt. Gemäß § 343 Abs. 1 HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Ein Handelskauf läge also vor, wenn G und/oder S Kaufleute wären und der geschlossene Vertrag zum Betrieb des jeweiligen Handelsgewerbes gehören würde. Gemäß § 1 Abs. 1 HGB ist „Istkaufmann“, wer ein Handelsgewerbe betreibt, wobei § 1 Abs. 2 HGB darunter jeden Gewerbebetrieb, der einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb benötigt, versteht. Dies ist auf jeden Fall Saftersteller S. Vermutlich trifft dies auch auf G zu, jedoch lassen sich aufgrund der Angaben im Sachverhalt (Inhaber eines gutgehenden Getränkehandels) keine

eindeutigen Schlüsse ziehen. Da das Rechtsgeschäft für S als Anspruchsgegner zweifelsfrei zum Rahmen seines Gewerbebetriebs gehört, handelt es sich hier zumindest um einen einseitigen Handelskauf.

- (2) Weiterhin müsste es sich bei dem in Rede stehenden Geschäft um ein **Fixgeschäft** gehandelt haben. Bei Fixgeschäften ist zu unterscheiden zwischen dem (gesetzlich nicht geregelten) **absoluten Fixgeschäft** und dem **relativen Fixgeschäft**, § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Auf ein Verschulden an der Fristüberschreitung kommt es bei beiden Arten nicht an.

Ein absolutes Fixgeschäft liegt vor, wenn eine nachträgliche Leistung nicht mehr als verspätete Erfüllung angesehen werden kann, sondern keine Erfüllung mehr ist (mit der Rechtsfolge §§ 275 Abs. 1, 280, 281 BGB). Dies liegt hier nicht vor.

Ein relatives (= einfaches oder gewöhnliches) Fixgeschäft, wie es auch dem § 376 HGB zugrundeliegt, setzt voraus, dass die Parteien den Leistungszeitpunkt als so wesentlich ansehen, dass damit der Vertrag stehen und fallen soll (BGH NJW 67, 415, BGH WM 89, 1150, BGHZ 110, 96). Lässt eine Vereinbarung Zweifel, spricht das gegen ein Fixgeschäft. Im Geschäftsverkehr haben sich sog. **Fixklauseln** eingebürgert, deren Vereinbarung ein Indiz für den Parteienwillen geben, wie „fix“, „prompt“, „präzis“, „genau“ (oder fob oder c&f nach Incoterms), jeweils mit Angabe eines Zeitpunkts. Als nicht ausreichend werden hingegen Formulierungen wie „umgehend“, „schleunigst“, „ohne Nachfrist“ oder „spätestens bis...“ (str.) angesehen. Im vorliegenden Fall wurde Anlieferung spätestens am 21.03. vereinbart. Diese Formulierung spricht nicht eindeutig für ein Fixgeschäft. Auch lässt sich dem Sachverhalt kein anderer Hinweis, der für ein Fixgeschäft spräche, entnehmen. Mit Haupt (HGB-Kommentar, zu § 376, Anm. 2) soll daher gelten: „Ist ein klarer Parteiwille nicht festzustellen, macht auch die nachdrücklichste Vereinbarung mit genauester Terminangabe (bis ...) das Geschäft nicht zum Fixgeschäft.“

**Fazit:** Mithin liegt kein Fixgeschäft vor; es besteht folglich kein Anspruch aus § 376 HGB.

2. G könnte gegen S ein Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns und der Mehrkosten aus dem Deckungsgeschäft aus Schuldnerverzug gem. § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 280 Abs. 2, **286 BGB** zustehen.

- (1) Erste Voraussetzung wäre das Bestehen eines **Schuldverhältnisses**. Ein Kaufvertrag ist unzweifelhaft ein vollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis.
- (2) Weiterhin verlangt § 280 Abs. 1 BGB das Vorliegen einer **Pflichtverletzung in Form einer Leistungsverzögerung**. Diese könnte in



einer **nicht fristgerechten Leistung** zu sehen sein. Das bedeutet, der Schuldner muss die an sich mögliche Leistung, zu der er vertraglich oder gesetzlich verpflichtet war, nicht rechtzeitig erbracht haben.

Die Parteien hatten im Januar einen Kaufvertrag über 500 Kartons Orangensaft zum Preis von 1.500 Euro geschlossen. Demgemäß war S zur Lieferung verpflichtet.

Die Lieferung muss auch **fällig** gewesen sein. Ist nichts Besonderes vereinbart, ist gem. § 271 Abs. 1 BGB eine Leistung sofort fällig. Die Parteien haben hier Anlieferung „spätestens am 21.03.“ vereinbart, so dass S zwar hätte früher liefern können, zum genannten Termin jedoch hätte liefern müssen. Die Lieferverpflichtung war daher am 21.03. fällig.

- (3) Um dem Schuldner die nachteiligen Folgen des Schuldnerverzuges noch einmal deutlich vor Augen zu führen, fordert § 286 Abs. 1 BGB grds. noch eine **Mahnung**. Unter Mahnung versteht man eine eindeutige und bestimmte Aufforderung zur Leistung. Sie wird durch eine nicht formgebundene, einseitige, empfangsbedürftige Erklärung ausgeübt. Fraglich ist, ob das Fax des G eine Mahnung darstellt:

Unschädlich ist, dass das Fax keine Nachfrist enthält. Ähnlich wie bei einer zu kurz gesetzten Frist wird die Mahnung damit nicht wirkungslos; wie dort wird beim Fehlen einer Nachfrist eine „angemessene Frist“ in Gang gesetzt.

Ein Hinweis auf Verzugsfolgen oder auf Rechtsnachteile enthält das Fax nicht; sie sind für eine Mahnung beim Schuldnerverzug auch nicht erforderlich.

Unschädlich ist ebenfalls, dass G die Mahnung bereits am Nachmittag des 21.03. versandt hat; eine Mahnung ist nur dann unwirksam, wenn sie vor Fälligkeit erfolgt, nicht hingegen nach oder zum Zeitpunkt der Fälligkeit.

Im Übrigen wäre im vorliegenden Falle die Mahnung sogar nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen, da die Lieferung kalendermäßig auf den 21.03. vereinbart war.

- (4) Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen eines **Schadens**. Wäre G fristgerecht beliefert worden, hätte er einen Mehrgewinn erzielen können und hätte er keinen Deckungskauf vornehmen müssen.
- (5) Letzte Voraussetzung des Anspruchs ist eine **Kausalität** zwischen Pflichtverletzung und Schaden. Hätte S rechtzeitig geliefert, wäre der Schaden überhaupt nicht eingetreten.

**Zwischenergebnis:** Damit sind alle Voraussetzungen für den Ersatz des Verzögerungsschadens aus §§ 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 280 Abs. 2, 286 BGB erfüllt.

S könnte jedoch dagegen **einwenden**, dass er die Verzug **nicht zu vertreten** habe, § 280 Abs. 1 S. 2, § 286 Abs. 4 BGB. Zu vertreten hat ein Schuldner eigenes Verschulden, § 276 BGB und das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, § 278 BGB. Gemäß § 276 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei Fahrlässigkeit als Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden wird.

Fraglich ist mithin, ob S den Streik zu vertreten hat oder ob der Streik für S ein unverschuldetes Leistungshindernis (also einen Entschuldigungsgrund) darstellt. Als Entschuldigungsgründe sind beispielsweise anerkannt: schwere Krankheit des Schuldners, Unkenntnis der geänderten Anschrift eines Gläubigers, Betriebsstörungen durch Naturereignisse oder höhere Gewalt.

Streiks sind keine überraschend auftretenden Leistungsstörungen. Die Gefahr eines rechtmäßigen Streiks kündigt sich zeitlich an. Während der Geltung eines Tarifvertrages ist ein rechtmäßiger Streik ausgeschlossen. Frühestens mit Ablauf der Friedenspflicht sind die Arbeitnehmer überhaupt zu Streikmaßnahmen berechtigt. Scheitern die Tarifverhandlungen, bringt der Schlichter kein Schlichtungsergebnis zustande, können die Gewerkschaften ihre Mitglieder zur Urabstimmung über die Durchführung von Streiks aufrufen. Erst mit der Verkündung des positiven Abstimmungsergebnisses können Streikmaßnahmen ergriffen werden. Für einen Unternehmer ist ein Streik mithin üblicherweise nicht überraschend. Droht ein Streik oder muss er damit rechnen, dass sein Betrieb oder Vorlieferanten bestreikt werden, muss er vielmehr rechtzeitig Vorsorge dafür treffen, dass Liefertermine, die er eingegangen ist, auch eingehalten werden. S hat folglich fahrlässig gehandelt, indem er die Auslieferung nicht rechtzeitig vor dem Streikbeginn vornahm.

**Zwischenergebnis:** Der Entlastungsbeweis ist gescheitert; die anspruchsbegründenden Voraussetzungen sind hingegen erfüllt.

Als **Rechtsfolge des Schuldnerverzuges** kann der Gläubiger nach wie vor Erfüllung und daneben auch Ersatz des entstandenen Verzögerungsschadens verlangen. Der Verzug begann mit Ablauf der kalendermäßig bestimmten Frist (hier: 21.03.) und endet für die Zukunft, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt (hier die nachträgliche Leistungserbringung am 01.04., also am 31.03.).

Inhalt und Umfang des Verzugsschadens richten sich nach §§ 249 ff BGB. Der entgangene Gewinn (§ 252 BGB) ist als Verzögerungsschaden anerkannt. Unter den Begriff „entgangener Gewinn“ fallen alle Vermögensvorteile, die im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses noch nicht zum Vermögen des Geschädigten gehörten, die ihm aber ohne dieses Ereignis zugeflossen wären (BGH NJW 2000, 2670). Abzustellen ist auf die konkret festzustellende Gewinnminderung (BGHZ 54, 53). Mithin steht G ein Ersatz des Gewinnausfalls zu. Allerdings hat G einige Tage (vom 22. bis 26.04.) mit dem Deckungskauf gewartet. Dies legt ein Mitverschulden

gemäß § 254 BGB des G an der Schadenshöhe nahe. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt lässt sich hier keine quotenmäßige Verteilung vornehmen.

Fraglich ist, ob beim Schuldnerverzug der Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB auch die Mehrkosten (und ggf. weiteren Aufwendungen wie Regie- und Transportkosten) für einen sog. Deckungskauf umfassen. Mit Verzögerungsschaden i.S.d. § 280 Abs. 2 BGB ist nur der Schaden gemeint, der allein durch die zeitliche Verzögerung entstanden ist. Dieser Anspruch besteht **neben dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch**. Er bleibt auch bestehen, wenn dem Gläubiger nachträglich ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus § 281 BGB erwächst (BGH NJW 1975, 1740).

Nicht ersetzt wird hingegen der sog. Nichterfüllungsschaden i.S.d. § 280 Abs. 3 i.V.m. 281–283 BGB, der **an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tritt** (hierzu unten Zif. 3). Denn ein Deckungskauf wird gerade durchgeführt, um die ursprüngliche Leistung zu ersetzen. Er dient also als Ersatz dafür, dass der Gläubiger nicht so gestellt ist, wie er stehen würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (gl. Ansicht Palandt-Heinrichs zu § 286 Anm. 44).

**Zwischenergebnis:** Zwar liegen die Voraussetzungen der §§ 280, 286 BGB vor, jedoch ersetzt der Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB keinen Nichterfüllungsschaden.

3. G könnte seinen Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten aus dem Deckungskauf auf § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ **281**, 323, 325 BGB stützen. (Wäre dieser Anspruch begründet, ginge der Verzögerungsschaden nach § 280, 286 bei Anwendung der schadensrechtlichen Differenztheorie im Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 BGB auf; vgl. Lorenz/Riehm Rdnr. 288.)

(1) Die einzelnen Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB wurden bereits geprüft (vgl. oben Zif. 2) und liegen sämtlich vor, so dass hierauf nicht erneut eingegangen werden soll.

(2) Nach §§ 281 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten, wenn er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung bestimmt hat und diese fruchtlos abgelaufen ist.

Fraglich ist, ob das Fax vom 21.04. diese Voraussetzungen erfüllt. Zwar könnte man die Aufforderung „umgehend“ zu liefern als Fristsetzung auslegen (§§ 133, 157 BGB), wengleich nur mit dem Inhalt, dass dadurch eine angemessene Nachfrist in Lauf gesetzt wird (RGZ 75, 354, 357). Das Mahnschreiben (vgl. auch oben Zif. 2 (3)) braucht auch nicht auf mögliche Rechtsfolgen für den Fall der Nichteinhaltung der Nachfrist (wie z.B. Rücktritt) hinzuweisen, muss aber mehr sein als nur ein höfliches Drängen auf Vertragserfüllung. Eine Frist von zwei Tagen kann bei ganz außergewöhnlicher Eilbedürftigkeit bereits ausreichend sein (OLG Köln NJW-RR

1993, 949). Diese besondere Eilbedürftigkeit (wie bei Termingeschäften, z.B. im Messebau) liegt hier sicherlich nicht vor, jedoch ist eine Frist von 8 Tagen unter Kaufleuten (s.o. Zif. 1 (1)) im Regelfall ausreichend.

- (3) Weiterhin müsste G **vom Vertrag zurückgetreten** sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, da er die Lieferung vom 01.04. vorbehaltlos angenommen hat.

**Zwischenergebnis:** Mithin ist auch § 281 BGB nicht zielführend, da G die Lieferung angenommen hat.

4. G könnte anstelle des Schadensersatzanspruches statt der Leistung einen auf das positive Interesse gerichteten **Aufwendungsersatzanspruch** aus §§ 280 i.V.m. § 281, **284** BGB gegen S geltend machen. § 284 BGB gilt für alle vertraglichen und gesetzlichen Ansprüche, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um eine Nicht-, eine nicht rechtzeitige - oder eine Schlechtleistung handelt (Canaris Fs für Wiedemann S. 29). Die Vorschrift des § 284 BGB enthält jedoch keine eigenen Voraussetzungen, sondern verweist insofern auf die Voraussetzungen der §§ 280, 281 BGB. Diese liegen –wie oben dargelegt vgl. Zif. 3- nicht vor, so dass auch der Aufwendungsersatzanspruch scheitert.
5. Als letzter möglicher Rechtsbehelf käme **Rücktritt** nach § 323 BGB in Frage. Der Anspruch ist jedoch im vorliegenden Falle aus zwei Gründen nicht zielführend: Zum einen gewährt § 323 weder einen Anspruch auf Erstattung des entgangenen Gewinns noch der Mehrkosten aus dem Deckungsgeschäft, zum anderen hat G die verspätete Lieferung angenommen.

**Endergebnis:** G hat keinen Anspruch auf Erstattung der Mehrkosten aus dem Deckungskauf gegen S. Er kann lediglich den entgangenen Gewinn (s.o. Zif. 2) geltend machen.

[**Anmerkung:** Praktisch bedeutet dies, dass G zwei Fehler gemacht hat:

- Wenn es ihm um die termingerechte Erfüllung (und die erleichterte Durchsetzung seiner Sekundäransprüche) gegangen wäre, hätte er den Kaufvertrag als Fixgeschäft abschließen müssen.
- Den anderen Fehler beging G bei der rügelosen Annahme der Ware am 01.04.: Sein Interesse an der ursprünglichen Lieferung war ja durch den Deckungskauf erloschen. Er hätte also nach dem Deckungskauf die Erfüllung des Vertrages vom Januar ausdrücklich ablehnen müssen. Dann hätte er die Anlieferung am 01.04. als neues Angebot betrachten können, das er annimmt.]