

Mahnkosten als Verzugschaden

Gestaltungsmöglichkeiten und rechtliche Grenzen

Von Ref. jur. **André Berbuier**, Offenburg, Ref. jur. **Tobias Kröger**, Karlsruhe, Rechtsanwalt **Frank Hofmann**, Freiburg*

Die Abwälzung von Mahnkosten auf den Schuldner als Verzugschaden stellt seit geraumer Zeit ein Rechtsproblem von enormer Praxisrelevanz dar. Besonders die Überwälzung der anwaltlichen Gebühren für die außergerichtliche Mahnung wird vom Mandanten häufig gewünscht. Die Autoren erläutern in ihrem Beitrag die verschiedenen Konstellationen und loten Möglichkeiten und rechtliche Grenzen der Gestaltung für den Gläubiger aus.

I. Einleitung

Der Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens ist seit der Schuldrechtsmodernisierung in den §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB geregelt und gibt dem Gläubiger einer Forderung die Möglichkeit, die ihm durch Verzögerung der Leistung (sog. Schuldnerverzug) entstandenen Vermögenseinbußen ersetzt zu bekommen. Systematisch handelt es sich um einen Schadensersatz neben der Leistung, der unabhängig von der Hauptleistung eingefordert werden kann.¹

Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Der Schuldnerverzug berechtigt den Gläubiger daher beispielsweise zur Einforderung von Verzugszinsen. Diese sind in § 288 BGB grundsätzlich auf 5 bzw. 8 Prozentpunkte über dem jeweils geltenden Basiszinssatz p.a. gedeckelt.² Weiter besteht beispielsweise die Möglichkeit des Kostenersatzes für entgangenen Gewinn³ und unter bestimmten Voraussetzungen auch für Deckungsgeschäfte.⁴

In der anwaltlichen Praxis weit häufiger und aufgrund seines Umfanges zumindest weit wichtiger als der Zinsschaden ist dagegen der Ersatz außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten. Für die vorgerichtliche Mahnung bzw. das Erstschreiben durch den Anwalt entsteht schon vor der gerichtlichen Auseinandersetzung eine Geschäftsgebühr nach § 14 RVG, Nr. 2300 Anl. 1 RVG, meist in Höhe von 1,3 Gebühren. Die Geschäftsgebühr entsteht gemäß Vorbem. 2.3 Anl. 1 RVG schon bei Entgegennahme der Information durch den Mandanten.⁵ Anders als die Anwaltskosten im gerichtlichen Verfahren – wie z.B. Verfahrens- oder Terminsgebühren – sind die Geschäftsgebühren nicht von den in § 91 ZPO benannten „Kosten des Rechtsstreits“ erfasst.⁶ Auch wenn § 15a

RVG in Verbindung mit Nr. 2400 Anl. 1 RVG die Anrechnung zwischen Geschäfts- und Verfahrensgebühr anordnet, bleibt die Geschäftsgebühr trotzdem mit mindestens der Hälfte der Regelgebühr (daher meist 0,65 als Hälfte aus der Regelgebühr 1,3 bei Anrechnung) als materiellrechtlicher Kostenersatzanspruch erhalten und muss insoweit als Nebenforderung im Prozess geltend gemacht werden.⁷

Die Anwaltskosten sind schon wegen der Degression im Gebührensystem des RVG⁸ besonders bei kleinen bis mittleren Streitwerten ein nicht unerheblicher Kostenfaktor, über den sich der Gläubiger vor Einschaltung des Rechtsanwaltes Gedanken machen muss. Gerade im Betrieb kleinerer und mittelständischer Unternehmen ist es bei der Geltendmachung einer Forderung oft von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung, dass auch die vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten am Ende vom Gegner ersetzt werden.

Die Mahnkosten sind aber nur über §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ersatzfähig, soweit sich der Schuldner zum Zeitpunkt der Beauftragung des Anwalts schon im Verzug befindet. Dass die sog. „Erstmahnkosten“ grundsätzlich nicht ersatzfähig sind, weil die Mahnung den Schuldner erstmals in Verzug setzt, ist höchstrichterlich geklärt und weitläufig bekannt.⁹

Entscheidend ist für den Gläubiger daher der genaue Zeitpunkt des Verzugesintritts. Diesbezüglich entstehen gerade bei Werkunternehmern, namentlich bei kleinen und mittelständischen Handwerksbetrieben, besondere Probleme. Da diese Unternehmen meist weder über ein automatisiertes Mahnwesen, noch über strukturierte Forderungsabteilungen verfügen, stellt sich die Frage, wie hier eine effektive Forderungsbeitreibung gestaltet werden kann. Unternehmer versuchen in diesem Zusammenhang nicht selten den Verzugesintritt im Voraus einseitig festzulegen, oder Mahn- und Rechnungsschreiben miteinander zu verknüpfen, um sich den Auf-

* *André Berbuier* ist Rechtsreferendar am Landgericht Offenburg, *Tobias Kröger* ist Rechtsreferendar am Landgericht Karlsruhe, *Frank Hofmann* ist Rechtsanwalt und Repetitor in Freiburg i. Br.

¹ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 286 Rn. 40 f.

² Derzeit -0,38 %, vgl. <http://basiszinssatz.info> (28.12.2013).

³ BGHZ 107, 67 (71); 126, 305 (313).

⁴ BGH NJW 1989, 1215.

⁵ Vgl. *Teubel*, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 6. Aufl. 2013, Anl. 1 Vorbem. 2.3 Rn. 3.

⁶ Vgl. v. *Seltmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum RVG, Ed. 22, Stand: 1.11.2013, Anl. 1, Vorbem. 3 Rn. 12.

⁷ *Winkler*, in: Mayer/Kroiß, Kommentar zum RVG, 6. Aufl. 2013, § 15a Rn. 13; § 15a RVG gibt dem Anwalt ein Wahlrecht, welche Gebühr er auf welche anrechnen will. Er kann also entweder die Geschäfts- oder die Verfahrensgebühr um ½ kürzen. Ihm ist lediglich verwehrt, insgesamt mehr als den Betrag zu verlangen, der sich aus der Summe der beiden Gebühren abzüglich des anzurechnenden Betrags ergibt. Wegen der Möglichkeit der Geltendmachung im Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 f. ZPO, spräche einiges dafür, nach Möglichkeit die Geschäftsgebühr zu kürzen. Andererseits wird die Geschäftsgebühr meist schon einige Zeit vor Beginn des Gerichtsverfahrens beim Mandanten abgerechnet. Buchhalterisch ist es daher für den Anwalt wohl meist einfacher, die Anrechnung auf die Verfahrensgebühr vorzunehmen, weswegen auch der materiellrechtliche Kostenersatzanspruch im Regelfall die volle Geschäftsgebühr enthalten wird.

⁸ Vgl. Anl. 2 RVG, auch v. *Seltmann* (Fn. 6), § 22.

⁹ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 44; BGH NJW 1989, 324; BayObLG NJW-RR 1993, 280.

wand einer gesonderten Mahnung und Fristsetzung zu ersparen. Inwieweit dies zulässig und zur Begründung des Verzugs Eintritts und damit Ersatzfähigkeit von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten ausreichend ist, soll im Folgenden behandelt werden. Insoweit wollen die Verfasser die denkbaren Konstellationen aus Sicht des Gläubigers beleuchten.

II. Materiellrechtlicher Rahmen

1. Die Voraussetzungen des Kostenanspruches nach § 286 BGB

Fall 1: Der Handwerker H hat bei Bauherrn B im Erdgeschoss von dessen Wohnhaus Innenausbauarbeiten verrichtet. Auftragsgemäß hat er Türrahmen eingesetzt und Holzverkleidungen angebracht. Nach Fertigstellung und Abnahme der Arbeiten übergibt H dem B im Abnahmetermin eine Rechnung über Brutto € 8.000,00. Nachdem B nach zwei Wochen immer noch nicht bezahlt hat, beauftragt H den Rechtsanwalt R, das Geld bei B einzutreiben. R schreibt B an und berechnet dafür eine 1,3 Geschäftsgebühr nach § 14 RVG, Nr. 2300 Anl. 1 RVG aus € 8.000,00 in Höhe von € 661,16 (€ 535,60 zzgl. € 20,00 Telekommunikationspauschlage, zzgl. Umsatzsteuer 19 % = € 105,56).

Voraussetzung der Ersatzfähigkeit von Anwaltskosten als Verzögerungsschaden im Sinne der §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB ist, dass auf eine wirksame und einredefreie Forderung trotz Fälligkeit dieser Forderung und einer entsprechenden Mahnung nicht geleistet wird.¹⁰ Die Mahnung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die Leistung zu erbringen.¹¹ Die Mahnung selbst ist grundsätzlich nicht an eine bestimmte Form gebunden, sofern in ihr nur eindeutig zum Ausdruck kommt, dass der Gläubiger nunmehr unbedingt die Leistung erhalten möchte. Insofern ist ein vielzitiertes Urteil des Landgerichts Frankfurt nur konsequent, wenn es statuiert, dass auch eine Mahnung in Versen wirksam ist.¹² Dem Gläubiger dürfte aber weniger an solch dogmatischen und belletristischen Überlegungen gelegen sein, als an der Frage, ob auch schon in der Zusendung einer Rechnung eine wirksame Mahnung gesehen werden kann. Die Zusendung einer Rechnung kann diesbezüglich unterschiedliche Wirkungen haben, die anhand einiger Beispielfälle verdeutlicht werden sollen.

Im *Fall 1* sind die Voraussetzungen des Verzuges noch nicht vollständig erfüllt. H hat nach dem Sachverhalt gegen B zwar eine einredefreie und nach Abnahme im Sinne des § 641 BGB auch fällige Forderung, es fehlt aber insoweit an einer wirksamen Mahnung. Grundsätzlich sind sowohl die Mahnung als auch die Rechnung rechtsgeschäftsähnliche

Handlungen.¹³ Im Gegensatz zur Mahnung fehlt zumindest der „reinen“ Rechnung das Element der zweifelsfreien Leistungsaufforderung. Auch vorliegend fehlt der Rechnung eine Leistungsaufforderung, weshalb H zunächst eine Mahnung an B schicken und in dieser eindeutig zur Leistung auffordern müsste. Andernfalls könnte er die RA-Kosten nicht von B ersetzt verlangen und hätte diese insoweit selber zu tragen. Die sog. „Erstmahnkosten“ des Anwalts sind über § 286 BGB nicht ersatzfähig. Auch reicht die Übergabe oder Zusendung einer Rechnung nicht aus, sofern sich nicht aus besonderen Umständen etwas anderes ergibt. Bereits das Reichsgericht hatte seinerzeit entschieden, dass eine Rechnung noch keine Mahnung darstellt.¹⁴ Dies gilt im Grunde auch heute noch.¹⁵

2. Zahlungsziel auf der Rechnung

Fall 2: Wie *Fall 1*, nur schreibt H auf seine Rechnung: „Zu zahlen innerhalb von 7 Tagen“

a) Rechnung als Mahnung

Fraglich ist, ob eine Rechnung dann zugleich als „Mahnung“ angesehen werden kann, wenn in ihr eine Zahlungsfrist bestimmt ist. Diesbezüglich hat der Bundesgerichtshof im Jahr 2008 entschieden, dass die erstmalige Zusendung einer Rechnung mit Zahlungsziel im Verkehr üblicherweise nicht als Mahnung verstanden werden dürfe.¹⁶ Insofern konstatiert der Bundesgerichtshof aber nicht abschließend, dass eine Rechnung mit Zahlungsziel niemals eine Mahnung darstellen kann, sondern bescheidet vielmehr die rechtliche Wirkung der Rechnung aus Gründen des Verkehrsschutzes. Er betont dabei zum einen, dass für eine Mahnung jedes eindeutige und bestimmte Leistungsverlangen ausreichend ist, ohne dass der Schuldner auf die Verzugsfolgen eigens hingewiesen werden müsste.¹⁷ Zum anderen könne die Mahnung mit einer die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden.¹⁸

Die Auffassung ist aufgrund ihrer Widersprüchlichkeit auf Kritik gestoßen. Die Entscheidungsgründe des Urteils aufnehmend, fragt *Gsell* zutreffend, weshalb dann in der Rechnung mit Zahlungsziel keine Mahnung zu sehen sei.¹⁹ Der Bundesgerichtshof begnügt sich insofern mit dem Hinweis, dass die Zusendung einer Rechnung nur in Ausnahmefällen eine Mahnung darstellen würde. Daneben verdeutliche bereits die Vorschrift des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB, dass eine weitergehende Belehrung in einer Rechnung derselben erst den Charakter einer Mahnung verleihen könnte. Man kann die Rechtsprechung dahingehend verstehen, dass der Bundesgerichtshof die Grenzen zwischen einer „einfachen“ Rechnung und einer „qualifizierten“ Rechnung im Sinne des § 286 Abs. 3

¹³ *Ernst* (Fn. 10), § 286 Rn. 78.

¹⁴ RGZ 118, 346 (354).

¹⁵ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 18; BGH NJW 2008, 50.

¹⁶ BGHZ 174, 77; BGH NJW 2008, 50 (51).

¹⁷ BGH NJW 2008, 50; BGH NJW 1998, 2132.

¹⁸ BGH NJW 2008, 50; so im Übrigen auch schon RGZ 50, 255 (261); BGH WM 1970, 1141.

¹⁹ *Gsell*, NJW 2008, 52 = Anm. zu BGH NJW 2008, 50.

¹⁰ *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 18.

¹¹ *Grüneberg* (Fn. 1), § 286 Rn. 16; BGHZ 47, 357; BGH NJW 1987, 1547.

¹² LG Frankfurt NJW 1982, 650.

S. 1 BGB eindeutig ziehen wollte, um gerade den Anwendungsbereich des § 286 Abs. 3 S.1 BGB nicht zu verwischen.²⁰ Diese Überlegung ist aber nicht mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift in Einklang zu bringen. Der Hinweis auf die dreißigtägige Frist des § 286 Abs. 3 BGB ist entgegen der Anklänge in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht die Regel, sondern die Ausnahme. In Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie bestimmt die Vorschrift wörtlich, dass der Schuldner unter den dort angegebenen Voraussetzungen spätestens nach 30 Tagen in Verzug gerät. Nach dem Inhalt der Richtlinie sollte damit aber keine Stundung ipso iure geschaffen werden, sondern ein Instrument um die Zahlung zu beschleunigen. Die Vorschrift des § 286 Abs. 3 BGB soll den Schuldner nicht privilegieren, sondern vielmehr motivieren.

Der Bundesgerichtshof verfestigt durch seine Auslegung der „Erstreckung“ den Schuldnerschutz, ohne dass dies aus der Natur des Verzuges folgt. Der Gläubiger ist nach § 271 BGB ohne gesonderte Vereinbarung berechtigt die Leistung sofort zu verlangen. Aus der Fälligkeit der Leistung folgt indes nicht, dass dem Schuldner noch eine gewisse Leistungsfrist zustehen würde.²¹ Durch die Mahnung ist es dem Schuldner nicht mehr möglich darauf zu vertrauen, dass der Gläubiger nicht oder noch nicht bereit sei die Leistung in Empfang zu nehmen.²² Die Folgen dieser Rechtsprechung laufen den Interessen des Gläubigers diametral entgegen. Der mahnende Gläubiger wird in jedem Fall benachteiligt. Sofern er eine Rechnung mit Zahlungsziel an seinen Schuldner verschickt, stellt dies nach der obigen Rechtsprechung keine Mahnung dar, vielmehr kann in dem Zahlungsziel zu seinem Nachteil das Angebot einer Stundungsvereinbarung gesehen werden, dass der Schuldner stillschweigend nach § 151 BGB annehmen kann.²³ Der Gläubiger kann aber auch nicht auf die Rechnungserteilung verzichten, da ihm der Schuldner dann ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB entgegenhalten könnte, was ebenfalls zu einer Verzögerung der Leistung führt. Es verbleibt einzig der mühsame Weg, dass der Gläubiger eine Rechnung mit Zahlungsziel erteilt und gleichzeitig in gesondertem Schreiben diesen Betrag unverzüglich anmahnt, sofern er sicher sein möchte.

Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, kann H die Anwaltskosten in *Fall 2* ebenfalls nicht von B verlangen. Die Angabe eines Zahlungsziels auf der Rechnung beinhaltet nach wohl herrschender Meinung demnach keine Mahnung, die den B in Verzug setzen würde.

b) Zahlungsziel als Bestimmung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Daneben wäre es denkbar, dass die Zusendung einer Rechnung mit Zahlungsziel eine Mahnung entbehrlich machen würde, da dann im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Zeit nach dem Kalender bestimmt wäre. Technisch würde es sich um eine einseitige Bestimmung des Verzugszeitpunktes

handeln. Die Regelung des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB setzt aber eine anfängliche oder nachträgliche Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger voraus.²⁴ Nur vereinzelt wird dies in Zweifel gezogen.²⁵ Die Entbehrlichkeit der Mahnung kann demnach nur Rechtsfolge einer konsensualen Vereinbarung sein. Eine solche Vereinbarung liegt regelmäßig dann vor, wenn bereits im Vertrag ein bestimmtes Zahlungsziel vereinbart wurde. Dogmatisch wird es sich dabei meist um ein relatives Fixgeschäft handeln. Ein relatives Fixgeschäft konkretisiert die Leistung dahingehend, dass eine verzögerte Leistung nach dem Vertragsinhalt keine ordnungsgemäße Leistungserbringung darstellt. Die Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes wäre an § 309 Nr. 4 BGB zu messen, wenn dieses durch AGB vereinbart wurde. Eine einseitige Leistungsbestimmung durch den Gläubiger ist nur dann zulässig, wenn dieser ein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB besitzt.²⁶ Eine Vereinbarung im Sinne des § 315 BGB stellt letztlich keine Ausnahme vom Erfordernis der Vereinbarung dar, sondern den speziellen Fall einer anfänglichen Vereinbarung über die noch zu bestimmende Leistung. Der § 315 BGB ist nur anwendbar, wenn die Parteien sich über den Vertragsschluss einig sind und lediglich die Leistung oder Gegenleistung einer Partei anheimgestellt haben.²⁷

Demnach können in *Fall 2* die Anwaltskosten auch nicht aus dem Gesichtspunkt verlangt werden, dass durch die Angabe eines Zahlungsziels die Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich wäre. Die Angabe „zu zahlen innerhalb von 7 Tagen“ ist keine nach dem Kalender bestimmte Zeit im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

c) Die „qualifizierte“ Rechnung als Mahnung

Fall 3: Wie *Fall 1*, nur schreibt H auf seine Rechnung: „Zahlbar innerhalb 7 Tagen nach Rechnungserhalt. Mit Ablauf dieser Frist geraten Sie in Verzug.“

Wie bereits erwähnt stellt die erstmalige Zusendung einer Rechnung nach herrschender Meinung weder einen ordnungsgemäße Mahnung dar, noch wäre in diesem Fall eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Die Formulierung der Rechnung in *Fall 3* unterscheidet sich hiervon jedoch dahingehend, dass H nunmehr auf den Erhalt der Rechnung abstellt und eigens auf den Verzug hinweist.

Wiederum stellt sich die Frage, welche Anforderungen die Rechnung des Werkunternehmers erfüllen muss, um gleichzeitig taugliche Mahnung zu sein. Nochmals sind die Feststellungen des Bundesgerichtshofes heranzuziehen, dass eine Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden kann, weshalb diese auch in einer Rech-

²⁰ Faust, JuS 2008, 373 (374).

²¹ Wilhelm, ZIP 1987, 1497 (1499).

²² Wilhelm, ZIP 1987, 1497 (1499).

²³ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁴ Löwisch/Feldman, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 286 Rn. 69.

²⁵ Vgl. noch zur Rechtslage vor der Schuldrechtsreform Fahl, JZ 1995, 341 (343).

²⁶ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁷ Rieble, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2009, § 315 Rn. 28.

nung enthalten sein kann.²⁸ Obwohl eigentlich nicht nötig, weist hier H explizit auf die Verzugsfolgen hin. Mit diesem Hinweis erfüllt er eigentlich die Anforderungen, die der Bundesgerichtshof für eine Mahnung in Form der Rechnung in Hinblick auf § 286 Abs. 3 BGB formuliert hat. Versteht man die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur als Anleitung für die Formulierung der Rechnung, würde der Hinweis auf den Verzugsbeginn genügen.²⁹ Dies greift aber zu kurz. Wenn der Bundesgerichtshof sagt, die Rechnung sei nur in Ausnahmefällen gleichzeitig eine Mahnung, kommt damit sehr viel mehr zum Ausdruck. Mit einer entsprechenden Formulierung wäre jede Rechnung taugliche Mahnung, weshalb gerade kein Ausnahmefall mehr vorliegen würde. Da es das Anliegen des Bundesgerichtshofes war, die Konturen der Rechnung an § 286 Abs. 3 BGB zu schärfen, würde dieses Ziel verfehlt, wenn man durch die entsprechende Formulierung jeder Rechnung den Charakter einer Mahnung verleihen könnte. Einmal mehr zeigt sich die Widersprüchlichkeit der Entscheidung. Durch seine Ausführungen wollte der Bundesgerichtshof verhindern, dass dem § 286 Abs. 3 BGB kein Anwendungsbereich mehr verbleibt. Durch die Rechtsprechung hat nunmehr aber de facto § 286 Abs. 1 BGB für den Fall der Rechnung keinen Anwendungsbereich mehr.

Demnach kann H hier in Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Kosten nicht verlangen. Auch eine Rechnung, die auf den Verzug eigens hinweist, wäre wohl keine taugliche Mahnung.

3. Erhalt der Rechnung als Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine Mahnung entbehrlich, wenn der Leistung ein Ereignis voranzugehen hat und sich die maßgebliche Leistungszeit bezogen auf dieses Ereignis berechnen lässt. Ein Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB kann auch der Zugang einer Rechnung sein.³⁰ Dies setzt allerdings voraus, dass der Erhalt der Rechnung bereits vertraglich als maßgebliches Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vereinbart wurde.³¹ Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein.

Die Kosten sind demnach auch nicht deshalb ersatzfähig, weil ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB vorläge.

4. Verzug nach § 286 Abs. 3 BGB

Nach § 286 Abs. 3 BGB tritt spätestens mit Ablauf von 30 Tagen nach Rechnungszugang Verzug ein. Der § 286 Abs. 3 BGB normiert einen zusätzlichen Fall, in dem es einer Mahnung nicht bedarf. Eine Entgeltforderung im Sinne des Abs. 3 ist jedes Entgelt, das der Schuldner als Gegenleistung für eine Ware oder eine erbrachte Dienstleistung zu zahlen hat.³² Wie detailliert die Rechnung dabei zu sein hat wird unter-

schiedlich beurteilt. Nach der geringsten Anforderung stellt die Rechnung nur die Fixierung einer Entgeltforderung dar, die der Gläubiger vom Schuldner beansprucht.³³ Dabei wird nicht zwischen einer normalen Rechnung und einer werkvertraglichen Rechnung unterschieden. Dem entgegen wird vertreten, dass die werkvertragliche Rechnung in entsprechender Anwendung des § 14 VOB/B die einzelnen Posten aufschlüsseln muss, um dem Schuldner eine umfassende Nachprüfbarkeit zu eröffnen.³⁴ Zunächst ist festzuhalten, dass die Rechnung den Schuldner in die Lage versetzen soll, den Forderungsbetrag zu überprüfen.³⁵ Dieses Pflichtenprogramm des Gläubigers bestimmt sich im Wesentlichen nach dem Vertragsinhalt. Hat der Vertrag eine Vielzahl von Leistungen zum Gegenstand, so wachsen auch die Anforderungen an die Rechnung. In Fortführung dieser Anforderung, liegt keine wirksame Rechnung vor, wenn sie dem Schuldner keine Nachprüfung ermöglicht. Allerdings soll eine Unrichtigkeit der Rechnung den Beginn der 30-Tages-Frist nur hindern, wenn wesentliche Elemente fehlen.³⁶

Bezogen auf den vorliegenden Fall könnte auch hier H seine Anwaltskosten nicht ersetzt verlangen. Grundsätzlich wäre es zwar möglich den Ablauf der 30-Tages-Frist abzuwarten, gleichwohl würde aber kein Verzug eintreten. Da B als Verbraucher anzusehen ist, müsste H nach § 286 Abs. 3 S. 1, 2. HS BGB auf den Verzugsbeginn mit Ablauf von dreißig Tagen nach Fälligkeit und Rechnungseingang hingewiesen haben. Da er hier nur auf einen Verzugsbeginn nach sieben Tagen hingewiesen hat, wurde dem Erfordernis von § 286 Abs. 3 S. 1, 2. HS BGB nicht genügt.

5. Zahlungsschwierigkeiten und Zahlungsaufschub

Fall 4: Wie *Fall 1*, nur eröffnet B dem H, er könne momentan nicht zahlen und bittet insofern um einen Zahlungsaufschub.

Vorliegend wäre wiederum dem Grunde nach eine Mahnung erforderlich. Es fragt sich aber, ob hier im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB besondere Umstände vorliegen, die jeweils eine Mahnung entbehrlich machen.

Eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt voraus, dass der Schuldner gegenüber dem Gläubiger erklärt, er werde die Leistung unter keinen Umständen erbringen.³⁷ Die Annahme

³³ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 99.

³⁴ Fabis, ZIP 2000, 865 (867); Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 99 stellt Fabis unzutreffend dar, weil unterstellt wird, auf alle Rechnungen sei § 14 VOB/B anzuwenden.

³⁵ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BT-Drs. 14/2752, im Internet abrufbar unter:

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/027/1402752.pdf> (2.5.2013).

³⁶ Ernst (Fn. 10), § 286 Rn. 80.

³⁷ Ernst (Fn. 10), § 323 Rn. 99.

²⁸ BGH NJW 2008, 50 (51).

²⁹ So Faust, JuS 2008, 375; Gsell, NJW 2008, 52.

³⁰ BGH NJW 2007, 1581 (1582); Ernst (Fn. 10), § 286 Rn. 58; Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 79.

³¹ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 79.

³² BGH NJW 2010, 1872.

einer endgültigen Verweigerung unterliegt grundsätzlich hohen Anforderungen.³⁸ Es ist dabei nicht ausreichend, wenn der Schuldner den Gläubiger ersucht, ihm die Leistung durch Stundung momentan nachzulassen.³⁹ Auch wenn er nur isoliert erklärt, er sei zur pünktlichen Leistung wahrscheinlich nicht in der Lage, stellt dies noch keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung dar.⁴⁰ Somit ist im vorliegenden Fall die Mahnung nicht schon deshalb entbehrlich, weil der Schuldner nicht zahlungsfähig oder -willig ist.

Aber auch besondere Umstände im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB können nicht angenommen werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss die Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Eintritt des Verzuges zugunsten des Gläubigers rechtfertigen. Aufgrund ihrer Unbestimmtheit soll die Norm zum einen dazu dienen, den jeweiligen vertraglichen Besonderheiten gerecht zu werden, und zum anderen einen möglichen Ansatzpunkt für das Gebot von Treu und Glauben liefern. Eine häufige vertragliche Besonderheit liegt in der Eilbedürftigkeit des Geschäftes. Regelmäßig liegt ein besonderer Umstand vor, wenn nur die sofortige Leistung das Interesse des Gläubigers an der Leistung befriedigen kann.⁴¹ Auch aus dem Gesichtspunkt der besonderen Umstände ist die Mahnung vorliegend nicht entbehrlich. Der Inhalt des Vertrages zwischen H und B rechtfertigt keine Abwägung zugunsten des H. Eine Verletzung von Treu und Glauben ist nicht ersichtlich.

6. Abschlagszahlungen

Fall 5a: H hat im Haus des B bereits die Türrahmen eingebaut. Bevor er die Wandverkleidung anbringt, verlangt er von B eine Abschlagszahlung für die erbrachten Arbeiten und übergibt hierzu B eine genaue Aufstellung. B bezahlt nicht.

Die Vorleistungspflicht des Werkunternehmers aus § 641 BGB bewirkt, dass seine Vergütung erst nach Abnahme und damit nach Fertigstellung seiner Arbeit fällig wird.⁴² Dies bedeutet für den Unternehmer, dass er auf eigene Kosten in Vorleistung gehen muss, mithin bis zum Abschluss seiner Arbeit das Risiko eines Vergütungsausfalls trägt. Auch mit Hinblick auf den gerade bei Handwerksarbeiten oft eintretenden dinglichen Rechtsverlust nach § 946 BGB ist es daher nur sachgerecht, dass das Gesetz dem Werkunternehmer in § 632a BGB die Möglichkeit gibt, Abschlagszahlungen zu verlangen.⁴³

Der Anspruch auf Entrichtung einer Abschlagszahlung gilt als selbstständiger Teil des Vergütungsanspruchs. Er geht wegen seines vorläufigen Charakters im endgültigen Vergütungsanspruch auf, sobald dieser geltend gemacht wird.⁴⁴ Der

Anspruch auf Abschlagszahlung wird fällig, wenn ein entsprechender Wertzuwachs eingetreten ist, die Leistung nicht oder nur mit unwesentlichen Mängeln behaftet ist und ein entsprechender Leistungsnachweis erbracht wurde. Ein Wertzuwachs für den Besteller liegt dann vor, wenn ein für ihn objektiv messbarer Gegenwert besteht.⁴⁵ Die Bestimmung eines nur unwesentlichen Mangels ist in Anlehnung an § 640 BGB zu treffen. Danach ist zu fragen, welches Ausmaß die Mangelhaftigkeit unter Abwägung der beiderseitigen Interessen hat.⁴⁶ Der Leistungsnachweis des Werkunternehmers muss so beschaffen sein, dass er den Besteller in die Lage versetzt, sich über die erbrachten Leistungen zu informieren und diese nachzuprüfen.⁴⁷ Diese Vorgaben sind hier zu unterstellen, weshalb der Anspruch auf Abschlagszahlung des H gegen B fällig ist.

Ordnet man die vorliegende Vereinbarung in die Systematik des § 286 BGB ein, so wäre eine Mahnung gleichwohl erforderlich. Erst durch eine eindeutige Leistungsaufforderung dürfte B nicht mehr darauf vertrauen, H werde die Forderung nicht beitreiben. Zwar kann auch der Anspruch auf Abschlagszahlung – wie gezeigt – gesondert fällig werden und damit auch der Schuldner im Rahmen der 30-Tages-Frist aus § 286 Abs. 3 BGB in Verzug geraten. Dann wären konsequenterweise aber nur die Rechtsverfolgungskosten aus der Summe der offenen Abschlagszahlungen ersatzfähig. Der Gläubiger kann also nicht die gesamten Rechtsverfolgungskosten aus seiner Schlussrechnung sofort geltend machen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann H seine Rechtsanwaltskosten jedenfalls nicht von B verlangen.

Fall 5b: H und B haben dem Vertrag zusätzlich wirksam die VOB/B zugrunde gelegt.

Der Anspruch auf Abschlagszahlung folgt hier aus § 16 Nr. 1 VOB/B. Im Gegensatz zu § 632a BGB sind die Anforderungen an einen nachprüfbaren Leistungsnachweis in der VOB/B strenger. Die Abrechnung selbst muss den Erfordernissen des § 14 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B entsprechen. Der Vergütungsanspruch ist nach § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B innerhalb von 18 Tagen nach Zugang der Aufstellung fällig. In Abweichung zu den Vorschriften des BGB muss der Unternehmer bei Fälligkeit nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B vorgehen. Nach § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B muss der Unternehmer dem Besteller eine Nachfrist setzen. Erst mit Ablauf dieser Nachfrist befindet sich der Besteller in Verzug.⁴⁸ Im vorliegenden Fall ist demnach der Anspruch auf Abschlagszahlung erst nach Ablauf von 18 Tagen fällig. Um den Verzug zu begründen, müsste H dem B darüber hinaus eine Nachfrist im Sinne des § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B setzen. Zum jetzigen Zeitpunkt kann H seine Rechtsanwaltskosten jedenfalls nicht von B verlangen.

³⁸ BGH NJW 1984, 48 (49).

³⁹ RGZ 66, 430.

⁴⁰ BGH JR 1976, 282.

⁴¹ Löwisch/Feldmann (Fn. 24), § 286 Rn. 87.

⁴² Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 641 Rn. 2.

⁴³ Vgl. auch BGH NJW 1985, 1840.

⁴⁴ Sprau (Fn. 42), § 632a Rn. 5; BGH NJW-RR 2004, 957.

⁴⁵ Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 632a Rn. 5.

⁴⁶ BGH NJW 1992, 2481.

⁴⁷ Busche (Fn. 45), § 632a Rn. 9.

⁴⁸ Jansen, in: Beck'scher Kommentar zur VOB Teil B, 3. Aufl. 2013, § 2 Nr. 5 Rn. 20.

III. Möglichkeiten der Rechtsgestaltung

Nach dem oben Gesagten können die rechtsgestaltenden Möglichkeiten des Gläubigers wie folgt zusammengefasst werden:

1. Einseitige Bestimmungen zum Verzugseintritt

Eine einseitige Festlegung des Verzugseintritts ist nicht möglich.

Eine Rechnung, in der eine Zahlungsfrist oder ein Zahlungsziel genannt wird, stellt niemals zugleich auch eine Mahnung im Sinne des § 286 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Dies auch dann nicht, wenn hierbei auf die Verzugsfolgen explizit hingewiesen wird (sog. „qualifizierte“ Rechnung). Der Erhalt einer Rechnung genügt auch nicht den Anforderungen an ein Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ebenso wenig kann ein Zahlungsziel als Zeitbestimmung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB angesehen werden. Eine einseitige Bestimmung des Verzugseintrittszeitpunktes – z.B. durch einen Hinweis auf der Rechnung – ist somit nicht möglich.

Eine Verbindung von Rechnung und Mahnung in einem Dokument erscheint nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. Da diese Verbindung aber nur im Ausnahmefall zulässig sein soll, ist dem Gläubiger auch hiervon abzuraten. Dies schon deshalb, weil der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung zwar den Ausnahmefall abstrakt anspricht, gleichwohl aber keinen Ausnahmefall konkret benennt und bisher auch kein Fall bekannt ist, in dem ein solcher tatsächlich einmal gerichtlich anerkannt worden wäre.

2. Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Übrig bleiben daher lediglich vertragliche Abreden zum Verzugseintritt. Der Unternehmer wird hier regelmäßig nur bereit sein, eine rechtlich sichere, d.h. gerichtsfeste, Gestaltung seiner Verträge bzw. Aufträge in Erwägung zu ziehen. Auch wird die Verzugs Klausel regelmäßig in AGB vereinbart werden, da es gerade Zweck der Klausel sein wird, für alle Forderungen des Unternehmers Geltung zu beanspruchen.

Die kautelarjuristischen Möglichkeiten zur Änderung des Verzugseintritts dürften dabei schon durch die Vorschrift des § 309 Nr. 4 BGB stark eingeschränkt sein. Nach dieser Norm werden die Voraussetzungen des § 286 BGB einer vertraglichen Änderung entzogen.⁴⁹

Zwar gilt § 309 Nr. 4 BGB in direkter Anwendung gem. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zwischen Unternehmern. Allerdings soll die Unabdingbarkeit der Grundsätze des § 286 BGB (insbes. vorausgehende Fristsetzung und Mahnung) nach verschiedenen höchstrichterlichen Entscheidungen im Grundsatz auch zwischen Unternehmern gelten.⁵⁰ Insoweit geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass vertragliche Zahlungsvereinbarungen, die die Voraussetzungen des § 286 BGB abbedingen oder modifizieren nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht

vereinbar sind.⁵¹ Nach einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 7.3.2013 soll darüber hinaus aus den gleichen Gründen eine Vorauszahlungsklausel beim Werkvertrag unwirksam sein.⁵² Diese Rechtsprechung ist auch im Hinblick auf die vorangegangenen Entscheidungen konsequent.

Zwar ist es nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs möglich, den Erhalt der Rechnung als Ereignis im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB auch formularmäßig in AGB zu vereinbaren.⁵³ Auch bei dieser Entscheidung wurde vom Verwender aber eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Erhalt der Rechnung eingeräumt. Es ist vor diesem Hintergrund nicht davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof insoweit eine rechtliche Gestaltung anerkennen würde, die zu einer Unterschreitung einer solchen Frist und somit zu einer Umgehung der Vorschrift des § 286 Abs. 3 BGB führen könnte.

Insoweit sind auch vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten des Gläubigers kaum denkbar.

IV. Fazit

Im Ergebnis reichen weder die Hinweise auf Rechnungen noch die Vereinbarung von Abschlagszahlungen aus, um den Verzugseintritt zugunsten des Gläubigers zu beschleunigen. Die Verbindung von Mahnung und Rechnung ist zwar nicht denknotwendig ausgeschlossen. Allerdings birgt sie jedenfalls ein großes Risiko, weil die Verbindung – wie gezeigt – nur in (bisher höchstrichterlich nicht konkretisierten) Ausnahmefällen zulässig wäre. Ganz abgesehen davon wäre eine solche Vorgehensweise wohl auch aus unternehmerischer Sicht unvernünftig. Der Gläubiger müsste schon auf der Rechnung durch explizite Mahnung und Fristsetzung zur Zahlung auffordern. Dies dürfte im geschäftlichen Verkehr als deutliche Misstrauensbekundung verstanden werden.

Auch die Tatbestände der „Verweigerung“ (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und der „besonderen Umstände“ (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB) sind wegen ihres sehr restriktiven Verständnisses kaum geeignet, dem Werkunternehmer die Geltendmachung von Verzugsschäden zu erleichtern.

Formularmäßige Gestaltungsmöglichkeiten bestehen aufgrund der ebenfalls strikten Rechtsprechung zu §§ 307, 309 Nr. 4 BGB gleichfalls nicht. Jedenfalls wären sie derart riskant, dass ein bedachter Unternehmer das Risiko einer Unwirksamkeit und ggf. gerichtlicher Feststellung hierzu scheuen dürfte.

Die 30-Tages-Grenze aus § 286 Abs. 3 BGB hilft ebenfalls nur begrenzt. Zum einen muss die Frist gegenüber Verbrauchern gesondert erklärt werden, was sicher in einem Großteil der Fälle nicht passiert. Zum anderen dürfte auch dann ein Zuwarten von einem knappen Monat nach Fälligkeit für kleinere Betriebe oft keine ernsthafte Alternative sein. Wenn der Handwerker dann erst nach 30 Tagen einen Anwalt beauftragen darf, um dann noch einmal die außergerichtliche Geltendmachung einschließlich entsprechender Fristsetzung zu betreiben, ist auch dies keine zeitnahe Regulierung, wie

⁴⁹ Grüneberg (Fn. 1), § 309 Rn. 22.

⁵⁰ BGHZ 110, 97; BGH NJW 1986, 843.

⁵¹ Vgl. BGHZ 110, 97 Rn. 23.

⁵² BGH BB 2013, 909 (913).

⁵³ BGH NJW 2007, 1581 (1582).

sie der Kleinunternehmer auch zur Deckung seiner Auslagen erwartet.

Es bleibt im Endeffekt nichts anderes übrig, als auch dem Kleinunternehmer zuzumuten, ein zügiges und professionelles Mahnwesen zu betreiben. Der Anwalt ist im Zweifel gehalten, bei Bedenken im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit seiner Gebühren dem Mandanten zunächst zu einer eigenen Mahnung unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 286 Abs. 1 BGB zu raten und ihn gegebenenfalls ergänzend über die Ratsamkeit der Bestimmung einer Frist zu belehren. Hierfür kann er im Zweifel wohl nur eine Ratsgebühr oder Erstberatungsgebühr nach § 34 RVG abrechnen. Erst wenn der Schuldner auch auf die Mahnung nicht zahlt, wird der Anwalt den außergerichtlichen Schriftverkehr aufnehmen und die Forderung geltend machen. Der Hinweis auf die 30-Tagesfrist des § 286 Abs. 3 BGB sollte vom Unternehmer aber zumindest genutzt werden und seinen Platz am Ende jeder Rechnung finden.