

## Die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB im Lichte der EU-Zahlungsverzugsrichtlinie

— Prof. Dr. Michael Stöber / Dipl.-Jur. Georgios Petanidis, Kiel

### I. Einleitung und Problemstellung

Durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr<sup>1</sup> wurde mit Wirkung v. 29.7.2014 u.a. die Vorschrift des § 288 Abs. 5 BGB eingefügt. Mit der Neuregelung ist der deutsche Gesetzgeber – freilich erst deutlich nach Ablauf der Umsetzungsfrist, die am 16.3.2013 geendet hatte – seiner Pflicht zur Umsetzung der neuen EU-Zahlungsverzugsrichtlinie von 2011 (ZVRL 2011)<sup>2</sup> nachgekommen. Die ZVRL 2011 hat die alte Zahlungsverzugsrichtlinie aus dem Jahr 2000 (ZVRL 2000)<sup>3</sup> ersetzt und ergänzt, die in Deutschland durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>4</sup> umgesetzt worden war.

Grund für den Erlass der neuen ZVRL 2011 war die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 22.9.2010,<sup>5</sup> der auf eine nach wie vor bestehende „Kultur des Zahlungsverzugs“ hinwies, die schwerwiegende wirtschaftliche und soziale Folgen innerhalb des europäischen Binnenmarktes habe. So sei jede vierte Unternehmensinsolvenz Folge eines Zahlungsverzugs, was wiederum jährlich den Verlust von 450.000 Arbeitsplätzen in der gesamten EU nach sich ziehe. Allein im Jahr 2009 habe EU-weit ein Betrag von schätzungsweise 270 Mrd. EUR für ausstehende Rechnungen nicht eingezogen werden können. Das mit der ZVRL 2000 verfolgte Ziel, die Zahlungsbereitschaft im Geschäftsverkehr zu erhöhen und Zahlungen zu beschleunigen, ist mithin nur unvollkommen erreicht worden. Mit der Neufassung der ZVRL im Jahr 2011 sollten die Unzulänglichkeiten der ZVRL 2000 behoben und endlich ein Wandel hin zu einer „Kultur der unverzüglichen Zahlung“<sup>6</sup> vollzogen werden.

Eine wichtige Neuerung im Vergleich zur alten ZVRL 2000 besteht darin, dass die ZVRL 2011 in Art. 6 Abs. 1, 2 einen Anspruch des Gläubigers i.H.v. mindestens 40,00 EUR wegen der durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten vorschreibt. Im Einklang mit den diesbezüglichen Vorgaben der ZVRL 2011 legt § 288 Abs. 5 S. 1 BGB nunmehr eine Verzugs pauschale von 40,00 EUR fest. Art. 6 Abs. 3 ZVRL 2011 bestimmt, dass der Gläubiger zusätzlich zur Pauschale einen Anspruch auf angemessenen Ersatz aller Beitreibungskosten hat, die diesen Pauschalbetrag überschreiten, namentlich der Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens mit der Geltendmachung der Forderung. Nach deutschem Recht können derartige Rechtsverfolgungskosten als Verzugs schaden nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB ersatzfähig sein. Im Zuge der Umsetzung der ZVRL 2011 hat der deutsche Gesetzgeber freilich in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB eine Anrechnungslösung gewählt; danach ist „die Pau-

schale ... auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.“ Entstehen dem Gläubiger durch die Rechtsverfolgung Kosten, die über den in § 288 Abs. 5 S. 1 BGB festgelegten Pauschalbetrag von 40,00 EUR hinausgehen, so wird die Pauschale nach der deutschen Regelung vollständig aufgezehrt.

Angesichts des Wortlauts des Art. 6 Abs. 3 ZVRL 2011 erscheint zweifelhaft, ob diese Rechtsfolge dem Willen des europäischen Gesetzgebers entspricht. Die bisherige Rspr. der Instanzgerichte ist uneinheitlich; das AG München<sup>7</sup> und das LAG Köln<sup>8</sup> gehen von der Richtlinienkonformität des § 288 Abs. 5 BGB aus, wohingegen diese vom AG Aachen angezweifelt wird.<sup>9</sup> Der vorliegende Beitrag erörtert die Rechtsfragen, die sich in Bezug auf die neue Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB stellen. Insbesondere wird der Frage nachgegangen, ob die vom deutschen Gesetzgeber in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB gewählte Anrechnungslösung richtlinienkonform ist.

### II. Die Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB und ihre Voraussetzungen

#### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 288 Abs. 5 BGB

In Umsetzung von Art. 6 ZVRL 2011 sieht der neue § 288 Abs. 5 BGB vor, dass der Gläubiger einer Entgeltforderung „bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale“ i.H.v. 40,00 EUR hat. In zeitlicher Hinsicht ist § 288 Abs. 5 BGB gem. Art. 229 § 34 S. 1 EGBGB nur auf solche Schuldverhältnisse anwendbar, die ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr<sup>10</sup> und mithin ab dem 29.7.2014 entstanden sind. Eine besondere Regelung trifft Art. 229 § 34 S. 2 EGBGB für Dauerschuldverhältnisse, die schon vor dem Datum des Inkrafttretens begründet worden sind; danach ist § 288 BGB in seiner neuen Fassung auf bei Inkrafttreten bereits bestehende

1 Gesetz v. 22.7.2014, BGBl I 2014, 1218.

2 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), ABi EU Nr. L 48 v. 23.2.2011, 1.

3 Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABi EG Nr. L 200 v. 8.8.2000, 35.

4 Gesetz v. 26.11.2001, BGBl I 2001, 3138.

5 ABi EU Nr. C 255 v. 22.9.2010, 42.

6 Siehe Erwägungsgrund 12 der ZVRL 2011.

7 AG München, Vfg. v. 21.7.2016 – 244 C 971/15.

8 LAG Köln, Urt. v. 22.11.2016 – 12 Sa 524/16, juris, Rn 95 f.

9 AG Aachen AGS 2016, 496 f.

10 Gesetz v. 22.7.2014, BGBl I 2014, 1218.

Dauerschuldverhältnisse erst anzuwenden, soweit die Gegenleistung, also die Entgeltleistung i.S.d. § 288 Abs. 5 S. 1 BGB, nach dem 30.6.2016 erbracht wird. Im Umkehrschluss folgt aus Art. 229 § 34 S. 2 EGBGB, dass § 288 BGB in seiner neuen Fassung auf Dauerschuldverhältnisse, die erst nach dem 28.7.2014 begründet worden sind, sofort anwendbar ist.

### 2. Kein Erfordernis tatsächlicher Beitreibungskosten

Die Verzugs pauschale wird unabhängig davon geschuldet, ob der Gläubiger den Zahlungsverzug des Schuldners bemerkt, Beitreibungsmaßnahmen eingeleitet und dafür Kosten aufgewendet hat. Zwar stellt die Verzugs pauschale nach Art. 6 Abs. 2 ZVRL 2011 eine „Entschädigung für die Beitreibungskosten des Gläubigers“ dar. Indes kann dem Wortlaut des Art. 6 ZVRL 2011 und dem des § 288 Abs. 5 BGB nicht entnommen werden, dass der Gläubiger tatsächlich Beitreibungsmaßnahmen ergriffen und hierfür Aufwendungen getätigt haben muss.<sup>1</sup> Vielmehr ist die Pauschale selbst dann zu zahlen, wenn dem Gläubiger wegen des Schuldnerverzugs gar keine Kosten entstanden sind.<sup>2</sup>

### 3. Zweck und dogmatische Einordnung der Verzugs pauschale

Die Verzugs pauschale dient nach Erwägungsgrund 19 der ZVRL 2011 dazu, die internen Beitreibungskosten des Gläubigers, in denen etwaige Verwaltungskosten enthalten sind, abzugelten. Damit fußt die Pauschale auf dem Gedanken einer Kompensation, die dem Gläubiger für die entstandenen Unannehmlichkeiten zustehen soll. Überdies handelt es sich bei der Pauschale um ein Druckmittel mit einer präventiven Wirkung, da sie verhaltensregulierend auf den Schuldner einwirkt, indem ihm mit der Verzugs pauschale ein Rechtsnachteil auferlegt wird, wenn er in Zahlungsverzug gerät.<sup>3</sup>

Darüber hinaus wird dem Gläubiger die Geltendmachung seiner verzugsbedingten Kosten erleichtert, weil der Anspruch auf Zahlung der Verzugs pauschale unabhängig davon eingeräumt wird, ob tatsächlich derartige Kosten entstanden sind; für den Gläubiger entfällt mithin die Notwendigkeit, etwaige Kosten nachzuweisen.<sup>4</sup> Insofern steht die Pauschale im Widerspruch zu wesentlichen Prinzipien des Schadensersatzrechts der §§ 249 ff. BGB, etwa zum Bereicherungsverbot gem. § 255 BGB oder zum Grundsatz der Vorteilsausgleichung. Indes ist eine etwaige mit der Verzugs pauschale einhergehende Überkompensation der Schäden des Gläubigers vom europäischen Gesetzgeber durchaus gewollt,<sup>5</sup> weil so vor einer Überschreitung der Zahlungsfristen wirksam abgeschreckt werden soll.<sup>6</sup> Als Mitgliedstaat der EU ist die Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich ohne Rücksicht darauf zur Umsetzung von EU-Richtlinien verpflichtet, ob diese mit bisherigen innerstaatlichen Rechtsprinzipien vereinbar sind.<sup>7</sup>

Aufgrund der Besonderheit, dass die Verzugs pauschale unabhängig davon gewährt wird, ob dem Gläubiger tatsächlich Kosten entstanden sind, ist umstritten, ob die Pauschale dogmatisch als Entschädigung<sup>8</sup> oder als Schadensersatz<sup>9</sup> nach angelsächsischem Vorbild einzuordnen ist, der dem traditionellen deutschen Zivilrecht fremd ist. Im Ergebnis ist die Einordnung der Verzugs pauschale als Entschädigung vorzugswürdig, auch wenn die amtliche Überschrift zu § 288 BGB („Verzugszinsen und sonstiger Verzugs schaden“) den Schluss nahe legt, es handele sich um Schadensersatz. Die in Art. 6 Abs. 3 S. 1 ZVRL 2011 vorgenommene sprachliche Abgrenzung zwischen dem „Pauschalbetrag“ und dem übrigen „Ersatz“ aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten spricht gegen eine dogmatische Einordnung als Schadensersatz. Nicht zuletzt bestimmt Art. 6 Abs. 2 ZVRL 2011 ausdrücklich, dass der Pauschalbetrag als „Entschädigung“ für die Beitreibungskosten des Gläubigers zu zahlen ist.

Die hier befürwortete Einordnung nimmt auch der deutsche Gesetzgeber vor, wenn er die Pauschale in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB sprachlich von einem „geschuldeten Schadensersatz“ abgrenzt. Zudem bestimmt sich der Unterschied zwischen einem Schadensersatz und einer Entschädigung primär danach, ob tatsächliche oder sog. kalkulatorische Kosten entstanden sind.<sup>10</sup> Während eine Entschädigung auf kalkulatorischen Kosten basiert, wird die Höhe des Schadensersatzes nach den sich aus der Differenz zweier Vermögenslagen ergebenden tatsächlichen Kosten berechnet.<sup>11</sup> Weil die Verzugs pauschale aber gerade ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Kosten gewährt wird, ist die dogmatische Einordnung der Pauschale als Schadensersatz abzulehnen.

### 4. Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen

#### a) Verzug

Der Anspruch des Gläubigers auf Zahlung des Pauschalbetrags entsteht sofort mit Eintritt des Schuldnerverzugs gem. § 286 BGB. Auch für die Pauschale nach § 288 Abs. 5 S. 1 BGB gilt § 286 Abs. 4 BGB; der Schuldner gerät also nicht in Verzug und schuldet mithin nicht die Verzugs pauschale.

1 A.A. Diller, NZA 2015, 1095, 1097.

2 So auch BT-Drucks 17/10491, 17; MüKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 30; Verse, ZIP 2014, 1809, 1816.

3 Hagemann, KKZ 2016, 51, 52.

4 Hagemann, KKZ 2016, 51, 52.

5 BT-Drucks 18/1309, 11; Dornis/Kessenich, Jura 2015, 887, 895; Korch, NJW 2015, 2212 f.; Seggewiß/Weber, MDR 2016, 250; Weller/Harms, WM 2012, 2305, 2312.

6 Siehe Erwägungsgrund 19 der ZVRL 2011.

7 Siehe EuGH, Slg. 1990, I-4859, Rn 6 – Kommission/Italien.

8 So Dornis, ZIP 2014, 2427, 2428; Dornis/Kessenich, Jura 2015, 887, 895.

9 So Diller, NZA 2015, 1095; Oelsner, NJW 2013, 2469, 2471; wohl auch Weller/Harms, WM 2012, 2305, 2312.

10 Messerschmidt/Voit/Stickler, Privates Baurecht, 2. Aufl., 2012, § 642 BGB Rn 37.

11 Vgl. dazu Bamberger/Roth/Flume, BGB, 3. Aufl., 2012, § 249 Rn 37; MüKo-BGB/Oetker, 7. Aufl., 2016, § 249 Rn 18.



schale, wenn er nachweist, dass er die Nichtzahlung nicht zu vertreten hat.<sup>1</sup>

Nach § 286 Abs. 1 S. 1 BGB kommt der Schuldner grundsätzlich erst in Verzug, wenn er auf eine Mahnung des Gläubigers, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, nicht leistet. Zwar gibt Art. 6 Abs. 2 ZVRL 2011 vor, dass die Verzugs-pauschale ohne eine Mahnung zu zahlen ist. Weder § 286 BGB noch § 288 BGB wurde durch eine dieser Vorgabe entsprechende explizite Regelung ergänzt. Dies steht jedoch nicht im Widerspruch zur ZVRL 2011. Die Richtlinie geht – wie sich aus ihrem Art. 2 Nr. 4 ergibt – von einem *dies interpellat pro homine*-Grundsatz aus: Zahlungsverzug i.S.d. ZVRL 2011 ist danach jede Zahlung, die nicht innerhalb der vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Zahlungsfrist erfolgt. In den Fällen einer kalendermäßigen Bestimmung des Zahlungszeitpunkts ist eine Mahnung auch nach deutschem Recht gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Terminlose Schulden, bei denen der Schuldnerverzug erst mit Erteilung einer Mahnung eintritt, werden dagegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie nicht erfasst. Insoweit hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der ZVRL 2011 überschießend umgesetzt. Daher stellt es keinen Verstoß gegen die ZVRL 2011 dar, wenn für terminlose Schulden auch im Hinblick auf die Verzugs-pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB eine Mahnung erforderlich ist.<sup>2</sup>

#### b) Persönlicher Anwendungsbereich – keine Verbrauchereigenschaft des Schuldners

Die ZVRL 2011 soll nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers die Zahlungsdisziplin im Geschäftsverkehr verbessern. Der Geschäftsverkehr ist in Art. 2 Nr. 1 ZVRL 2011 legaldefiniert als Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und einer öffentlichen Stelle, die zu einer Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen. Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie auch insoweit überschießend umgesetzt; § 288 Abs. 5 BGB findet auch auf Verbraucher i.S.d. § 13 BGB als Gläubiger Anwendung. Nur dann, wenn der Schuldner Verbraucher ist, gilt § 288 Abs. 5 BGB nicht. Ausweislich der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung soll mit der Einbeziehung auch solcher Gläubiger, die Verbraucher sind, eine Schlechterstellung der Verbraucher verhindert werden.<sup>3</sup> Eine überschießende Richtlinienumsetzung mit dem Ziel, das Schutzniveau für Verbraucher zu verbessern, ist den Mitgliedstaaten ohne Weiteres gestattet.<sup>4</sup>

#### c) Entgeltforderung des Gläubigers

Der Begriff der Entgeltforderung wird in § 288 Abs. 5 BGB nicht definiert; inhaltlich ist er aber deckungsgleich mit dem des § 286 Abs. 3 BGB und dem des § 288 Abs. 2 BGB.<sup>5</sup> Für die Entgeltforderung nach § 288 Abs. 2 BGB bedarf es keiner funktionellen synallagmatischen Verknüpfung.<sup>6</sup> Die Forderung muss aber auf die Zahlung einer Gegenleistung

für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung gerichtet sein.<sup>7</sup> Insoweit kann mangels Gegenleistung die Pauschale i.S.d. § 288 Abs. 5 BGB nicht erneut auf eine solche Pauschale anfallen, wenn der Schuldner mit ihrer Entrichtung in Verzug gerät.<sup>8</sup> Hierdurch büßt die Pauschale als Druckmittel teilweise an Wirkungskraft ein.

Allerdings ist die Verzugs-pauschale gem. § 288 Abs. 5 S. 2 BGB für jede einzelne oder zu spät geleistete Raten- oder Abschlagszahlung zu entrichten.<sup>9</sup> Ungeklärt und im Schrifttum umstritten ist die Frage, ob die Pauschale bei einer Mehrheit von Forderungen bzw. Rechnungsbelegen beleg- oder prozessorientiert anfällt.<sup>10</sup> Bei einem belegorientierten Verständnis fällt die Verzugs-pauschale für jede Rechnung oder jeden sonstigen Beleg über eine Forderung gesondert und neu an mit der Folge, dass bei in unterschiedlichen Belegen ausgewiesenen Forderungen die Pauschale mehrfach entsteht. Dagegen fällt die Pauschale bei einer prozessorientierten Betrachtung für alle Forderungen, die im Rahmen desselben Vorgangs – etwa in demselben Zeitabschnitt oder im Zuge derselben Saldierung – geltend gemacht werden, nur einmal an.<sup>11</sup> Der prozessorientierte Anfall birgt die Gefahr, dass die Pauschale von 40,00 EUR im Verhältnis zum zu zahlenden Endbetrag zu einer unbedeutenden Minimalbelastung wird. Eine solch enge Auslegung des § 288 Abs. 5 BGB konfliktiert mit der dargelegten Abschreckungswirkung, die die Pauschale nach dem Telos der ZVRL 2011 haben soll, und ist daher abzulehnen. Die Pauschale fällt damit belegorientiert an.

Freilich kann der Gläubiger nicht einheitliche Forderungen ohne sachlichen Grund auf eine Vielzahl von Rechnungen oder sonstigen Belegen aufteilen, um auf diese Weise die Pauschale mehrfach anfallen zu lassen. Einem solchen Vorgehen des Gläubigers könnte der Schuldner den Einwand des Rechtsmissbrauchs aus § 242 BGB entgegenhalten mit der Folge, dass der Gläubiger sich nicht auf die künstliche Aufspaltung der einheitlichen Forderung berufen und die Pauschale mithin nur einmal verlangen könnte.<sup>12</sup>

1 ArbG Düsseldorf, Urt. v. 12.5.2016 – 2 Ca 5416/15, juris, Rn 66 f.; MÜKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 30.

2 So auch MÜKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 30.

3 BT-Drucks 18/1309, 18.

4 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 10. Aufl., 2016, Rn 387; Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 60. Lfg., Oktober 2016, Art. 249 EGV Rn 151.

5 Siehe jurisPK-BGB/Alpmann, 7. Aufl., § 288 Rn 23; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl., 2017, § 288 Rn 15; Spitzer, MDR 2014, 933, 934.

6 BGH NJW 2010, 3226, Rn 13; Freitag, ZIP 2015, 1805, 1808.

7 BGH NJW 2010, 1872, Rn 23; NJW 2010, 3226, Rn 12; BeckRS 2013, 20507, Rn 70; BFH, DStRE 2014, 883, Rn 43; Erman/Hager, BGB, 14. Aufl., 2014, § 286 Rn 59; Bamberger/Roth/Lorenz, BGB, 3. Aufl., 2012, § 286 Rn 39; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl., 2015, § 286 Rn 32.

8 So auch Dornis/Kessenich, Jura 2015, 887, 892.

9 Spitzer, MDR 2014, 933, 938; Verse, ZIP 2014, 1809, 1816; Weller/Harms, WM 2012, 2305, 2313.

10 Für einen belegorientierten Anfall Dornis, ZIP 2014, 2427, 2428; für einen prozessorientierten Anfall Diller, NZA 2015, 1095, 1096 f.; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., 2017, § 288 Rn 15.

11 Dornis, ZIP 2014, 2427, 2428.

12 Vgl. auch MÜKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 32.

### III. Anrechnungslösung auf der Rechtsfolgenseite

#### 1. Die Regelung des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB

Auf der Rechtsfolgenseite legt § 288 Abs. 5 S. 3 BGB fest, dass die Verzugspauschale „auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen ist, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.“ Nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung kann der Gläubiger also neben der Pauschale von 40,00 EUR gem. § 288 Abs. 5 BGB nicht zusätzlich nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB die vollen für die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder Inkassobüros angefallenen externen Rechtsverfolgungskosten geltend machen. Vielmehr wird der Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB um die Pauschale gekürzt.

Dem im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens unterbreiteten Vorschlag des Bundesrats, die Anrechnung auf interne Beitreibungskosten des Gläubigers zu beschränken,<sup>1</sup> ist die Bundesregierung nicht gefolgt.<sup>2</sup> Zum einen wies sie darauf hin, dass die vom Bundesrat befürwortete Beschränkung in jenen Fällen zu erheblichen Komplikationen führe, in denen der Gläubiger nicht imstande sei, die genauen internen Beitreibungskosten zu beziffern, wodurch das mit der Pauschale verfolgte Ziel der Vereinfachung ins Gegenteil verkehrt werde. Zum anderen hat die Bundesregierung angeführt, dass mit der Beschränkung der Anrechnung auf interne Beitreibungskosten falsche Anreize gesetzt würden. Denn hierdurch werde der Gläubiger, der sogleich die Hilfe eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens in Anspruch nimmt und dadurch keinen internen Beitreibungsaufwand hat, bessergestellt. Neben der in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB vorgesehenen Pauschale von 40,00 EUR erhalte er nämlich noch Ersatz nach §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB für die externen Beitreibungskosten, was ihn veranlassen könne, im Verzugsfall sofort einen Rechtsanwalt oder ein Inkassounternehmen zu beauftragen und hierdurch zusätzliche Kosten zu verursachen.<sup>3</sup>

#### 2. Stellungnahme und unionsrechtliche Beurteilung

##### a) Meinungsstand

Freilich begegnet die uneingeschränkte, auch in Bezug auf externe Rechtsverfolgungskosten anzuwendende Anrechnungslösung des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB, für die der deutsche Gesetzgeber sich letztlich entschieden hat, erheblichen unionsrechtlichen Bedenken. Art. 6 Abs. 3 ZVRL 2011 sieht vor, dass der Gläubiger zusätzlich zur Pauschale einen Anspruch auf Ersatz aller Beitreibungskosten hat, zu denen insbesondere die Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens und mithin die externen Rechtsverfolgungskosten zählen. Das Wort „zusätzlich“ spricht gegen die Zulässigkeit einer Anrechnung der Pauschale auf den Anspruch auf Ersatz externer Beitreibungskosten.

Das Meinungsbild in Rspr. und Schrifttum zur Unionsrechtskonformität des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB ist uneinheitlich. Während das AG München<sup>4</sup> und das LAG Köln<sup>5</sup> von der Richtlinienkonformität ausgehen, wird diese vom AG Aachen unter Hinweis auf die Erwägungsgründe 19 und 20 der ZVRL 2011 angezweifelt.<sup>6</sup> Auch der DAV hält die Anrechnungslösung des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB unter Verweis auf die französische Fassung der Richtlinie für europarechtswidrig.<sup>7</sup> Dagegen bejahen Teile des Schrifttums die Richtlinienkonformität des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB.<sup>8</sup>

##### b) Allgemeine Zielsetzung der Richtlinie

Gegen die unionsrechtliche Zulässigkeit der in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB vorgesehenen Anrechnung der Pauschale auf externe Rechtsverfolgungskosten spricht zunächst die allgemeine Zielsetzung der ZVRL 2011. Gerade die Möglichkeit des Gläubigers, neben der Pauschale auch sonstige Verzugsschäden geltend machen zu können, gibt dem Schuldner Anlass, im Einklang mit der Zielsetzung der ZVRL 2011 seine Zahlungsdisziplin zu verbessern, da er sich anderenfalls auf weitere von ihm zu tragende Kosten einstellen muss. Die Pauschale von 40,00 EUR mag oftmals im Verhältnis zum ausstehenden Rechnungsbetrag nicht allzu hoch erscheinen; gleichwohl kann sie den Schuldner aufgrund der Akkumulation infolge ihres – wie vorstehend ausgeführt wurde<sup>9</sup> – belegorientierten Anfalls in finanzieller Sicht empfindlich treffen.

Überdies ist bei der derzeitigen Gesetzeslage mit Anrechnungslösung eine Verkürzung der Verzugsdauer, wie sie von der ZVRL 2011 angestrebt wird, nicht zu erwarten. Denn der Gläubiger wird im Falle des Schuldnerverzugs zunächst versuchen, seine Entgeltforderung selbst ohne die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens einzutreiben, um so letztlich einen wirtschaftlichen Vorteil in Gestalt der Pauschale zu erzielen, die vom tatsächlichen Vorliegen interner Kosten unabhängig ist. Eine solche Vorgehensweise, zu der der deutsche Gesetzgeber den Gläubiger mit § 288 Abs. 5 S. 3 BGB motiviert, läuft dem Ziel der Richtlinie, die Zahlungsverzugsdauer zu verkürzen, zuwider.

Schließlich wird mit der Anrechnungslösung die vom europäischen Gesetzgeber nach Erwägungsgrund 19 der ZVRL 2011 intendierte Abschreckungswirkung torpediert. Wie

1 BT-Drucks 17/10491, 17.

2 Siehe BT-Drucks 17/10491, 19.

3 Siehe BT-Drucks 17/10491, 19.

4 AG München, Vfg. v. 21.7.2016 – 244 C 971/15.

5 LAG Köln, Urt. v. 22.11.2016 – 12 Sa 524/16, juris, Rn 95 f.

6 AG Aachen AGS 2016, 496 f.

7 DAV, Stellungnahme Nr. 19/2012 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz für ein Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, S. 9, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de).

8 So MÜKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 33; Oelsner, GPR 2013, 182, 188; Seggewilke/Weber, MDR 2016, 250 f.; Verse, ZIP 2014, 1809, 1816; Weller/Harms, WM 2012, 2305, 2312.

9 S. o. II. 4. c).



dargelegt wurde, ist die ZVRL 2011 vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit ihr eine „Kultur der unverzüglichen Zahlung“ in der EU geschaffen werden sollte. Unter dieser Prämisse hat der europäische Gesetzgeber bewusst Maßnahmen gewählt, die womöglich eine (leicht) überschießende Wirkung entfalten. Erst hierdurch kann die beabsichtigte Abschreckungswirkung erzielt werden.

### c) Zweck der Pauschale im Besonderen – Abgeltung (nur) interner Beitreibungskosten

Für die Beantwortung der Frage der Richtlinienkonformität des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB ist neben der allgemeinen Zielsetzung der ZVRL 2011 auch zu berücksichtigen, welchem Zweck speziell die Verzugs pauschale nach den Bestimmungen und Erwägungsgründen der Richtlinie dient. Richtigerweise ist dieser Zweck in der pauschalen Abgeltung allein der internen Beitreibungskosten des Gläubigers zu sehen. Der Begriff der Beitreibungskosten wird in der ZVRL 2011 nicht legaldefiniert. In den Erwägungsgründen 19 und 20 hat der europäische Gesetzgeber jedoch ausdrücklich erklärt, dass die Pauschale interne Beitreibungskosten abgelen soll.<sup>1</sup> Schon deshalb mutet es widersprüchlich an, wenn die Pauschale für interne Beitreibungskosten mit den externen Kosten verrechnet wird, wie dies in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB vorgesehen ist.<sup>2</sup>

Zudem legt Art. 6 Abs. 3 S. 1 ZVRL 2011 fest, dass der Gläubiger „gegenüber dem Schuldner zusätzlich zu dem ... Pauschalbetrag einen Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten [hat], die diesen Pauschalbetrag überschreiten.“ Die Einschränkung „die diesen Pauschalbetrag überschreiten“ kann zwar auf den ersten Blick zu der Annahme verleiten, dass ein Anspruch auf Ersatz weiterer Verzugskosten nur hinsichtlich desjenigen Teils der Kosten besteht, der über den Betrag der Pauschale von 40,00 EUR hinausgeht; nach dieser Lesart wäre die in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB gewählte Anrechnungslösung unionsrechtskonform. Indes konkretisiert Art. 6 Abs. 3 S. 2 ZVRL 2011 den Begriff der Beitreibungskosten i.S.d. Art. 6 Abs. 3 S. 1 ZVRL 2011 dahin, dass zu ihnen insbesondere „Ausgaben zählen, die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens entstehen.“ Dies sind jene Kosten, die im deutschen Recht zu den Rechtsverfolgungskosten gehören.<sup>3</sup> Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 3 S. 2 ZVRL 2011 belegt, dass Art. 6 Abs. 3 S. 1 ZVRL 2011 sich auf die externen Beitreibungskosten bezieht und die Pauschale nach Art. 6 Abs. 1 ZVRL die internen Beitreibungskosten des Gläubigers selbst abgelen soll. Für dieses Verständnis spricht auch die Regelung des Art. 6 Abs. 2 ZVRL 2011, nach der die Pauschale eine „Entschädigung für die Beitreibungskosten des Gläubigers“ ist.

Noch deutlicher spricht Erwägungsgrund 19 der Richtlinie aus, dass die Pauschale als Entschädigung für „die mit der Beitreibung verbundenen Verwaltungskosten und internen

Kosten“ des Gläubigers gewährt wird und der Anspruch auf Erstattung dieser Kosten auf die Pauschale beschränkt ist. Ergänzend besagt Erwägungsgrund 20 der Richtlinie, dass der Gläubiger neben der Pauschale als Entschädigung für die internen Beitreibungskosten auch „Ersatz der übrigen, durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten“, insbesondere der Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens, und mithin der externen Beitreibungskosten verlangen kann. Auch aus den Fassungen des Art. 6 ZVRL 2011 in anderen Amtssprachen der EU ergibt sich, dass die externen Rechtsverfolgungskosten zusätzlich zur Pauschale nach Art. 6 Abs. 1 ZVRL geltend gemacht werden können.<sup>4</sup>

### d) Fazit

Nach alledem ist dem Wortlaut, der Systematik und dem Sinn und Zweck der ZVRL 2011 eindeutig zu entnehmen, dass die Verzugs pauschale allein die internen Beitreibungskosten des Gläubigers abgelen soll. Der Gläubiger wird von dem meist schwierigen Nachweis seiner tatsächlichen Kosten entbunden; sein diesbezüglicher Entschädigungsanspruch ist aber der Höhe nach auf die Pauschale begrenzt. Die externen Rechtsverfolgungskosten kann der Gläubiger nach den Vorgaben der Richtlinie zusätzlich zur Pauschale ersetzt verlangen. Die im Widerspruch zu dieser Vorgabe stehende Anrechnungslösung des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB ist unionsrechtswidrig. Es ist zu wünschen, dass ein Gericht die Frage der Richtlinienkonformität des § 288 Abs. 5 S. 3 BGB alsbald dem EuGH zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorlegt und diesem so die Gelegenheit gibt, Rechtsklarheit zu schaffen.

## IV. Zusammenfassung

Die Verzugs pauschale gem. § 288 Abs. 5 S. 1 BGB ist ein Druckmittel des Gläubigers, das der Prävention, der Prozessökonomie und der Kompensation für interne Beitreibungskosten dient. Die Pauschale ist unter dogmatischen Gesichtspunkten als Entschädigung einzuordnen. Sie fällt belegenorientiert an mit der Folge, dass sie – vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs – mehrfach verlangt werden kann,

1 Siehe auch Freitag, ZIP 2015, 1805, 1806.

2 So auch Verse, ZIP 2014, 1809, 1816.

3 BT-Drucks 18/1309, 19; MUKo-BGB/Ernst, 7. Aufl., 2016, § 288 Rn 33; Oelsner, EuZW 2011, 940, 942; siehe zur ZVRL 2000 Freitag, EuZW 1998, 559, 561; Gsell, ZIP 2000, 1861, 1867; Schmidt-Kessel, NJW 2011, 91, 100.

4 Siehe besonders deutlich die französische Fassung: „outre le montant forfaitaire ... tous les autres frais de recouvrement venant en sus dudit montant forfaitaire“; siehe auch die englische Fassung: „In addition to the fixed sum“; die italienische Fassung: „oltre all'importo forfettario“; die niederländische Fassung: „Naast het in lid 1 bedoelde vaste bedrag“; die polnische Fassung: „Oprócz stałej kwoty, o której mowa w ust. 1“; die spanische Fassung: „Además de la cantidad fija“; die portugiesische Fassung: „para além do montante fixo“.

wenn Forderungen in verschiedenen Belegen ausgewiesen sind. Die in § 288 Abs. 5 S. 3 BGB angeordnete Anrechnung der Verzugspauschale auf einen Anspruch auf Schadensersatz für (externe) Kosten der Rechtsverfolgung verstößt gegen die Vorgaben der ZVRL 2011. Aufgrund seiner Unionsrechtswidrigkeit ist § 288 Abs. 5 S. 3 BGB außer Anwendung zu lassen. Der Gläubiger kann daher neben der Verzugspauschale von 40,00 EUR gem. § 288 Abs. 5 S. 1 BGB als Entschädigung für seine internen Beitreibungskosten, die nicht tatsächlich entstanden sein müssen, zusätzlich auch gem. §§ 280 Abs. 1, 2, 286 BGB Schadensersatz in Höhe der tatsächlichen Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder Inkassobüros mit der externen Beitreibung seiner Entgeltforderung verlangen.

*Der Autor Stöber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Steuer-, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel; der Autor Petanidis ist an diesem Lehrstuhl wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand.*

### Sittenwidriges Rechtsanwalts Honorar bei Abfassung einer steuerlichen Selbstanzeige

— RVG §§ 3a, 35; BGB § 138; StBGebV § 30; AO § 307

- 1 Bei Anwaltsdienstverträgen ist in der Regel davon auszugehen, dass das auffällige Missverhältnis zwischen den gesetzlichen Gebühren und dem vereinbarten Honorar (hier: „Mindesthonorar“) den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung desjenigen rechtfertigt, der sich die überhöhte Vergütung hat zusagen lassen.
2. Dies gilt erst recht, wenn darüber hinausgehend feststellbar ist, dass der Rechtsanwalt die Unterlegenheit des Mandanten auch bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt hat. Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Rechtsanwalt mit der Fertigung einer Selbstanzeige wegen einer begangenen Steuerhinterziehung beauftragt wird und er die durch die öffentliche Berichterstattung über sogenannte Steuer-CDs verstärkte Sorge des Mandanten, für die begangene Steuerhinterziehung (möglicherweise in einem öffentlichen Strafverfahren) belangt zu werden und dadurch auch berufliche Nachteile zu haben, zur Durchsetzung unangemessen hoher Honorarforderungen ausnutzt.

LG Stuttgart, Urt. v. 18.4.2016 – 27 O 382/15

#### Sachverhalt

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Anwalts Honorar für die Bearbeitung einer Selbstanzeige wegen Steuerhinterziehung; der Beklagte verlangt widerklagend die Rückzahlung der Vorschüsse.

Der Beklagte hatte im Jahr 2004 ein Bankkonto in Liechtenstein eröffnet. Am 11.7.2015 beauftragte er die Klägerin, eine Rechtsanwaltskanzlei, eine steuerliche Selbstanzeige

zu erstellen. Zwischen den Beteiligten bestand Einigkeit, dass die Selbstanzeige noch vor Abgabe der Steuererklärung für das Jahr 2014, die der Beklagte bereits gefertigt hatte, eingereicht werden sollte.

Im Erstberatungsgespräch mit Herrn Rechtsanwalt G. teilte der Beklagte mit, dass er insgesamt 65.000,00 EUR aus einer Erbschaft angelegt habe und der Gesamtvermögenswert auf 82.000,00 EUR angestiegen sei. In dem Termin schlossen die Parteien eine schriftliche Vergütungsvereinbarung. Sie sah einen Stundensatz von 250,00 EUR vor. Weiter wurde vereinbart, dass als „Mindestgebühr“ die 30/10-Gebühr des § 30 StBVV in doppelter Höhe geschuldet wird und der Gegenstandswert mindestens dem Doppelten des gesetzlichen Mindestgegenstandswertes entspricht. Zudem war eine Auslagenpauschale in Höhe von 5 % der berechneten Gebühren vorgesehen.

Der Beklagte leistete Vorschüsse in Höhe von insgesamt 8.330,00 EUR, von deren Begleichung die weitere Bearbeitung abhängig gemacht worden war.

Am 9.9.2015 erstellte die Klägerin einen – dem Beklagten zunächst nicht bekannt gegebenen – Entwurf für die Nachmeldung von Einkünften. Auf der Basis einer von der Klägerin eingeholten Ertragnisaufstellung der Bank wurden darin Einkünfte aus Kapitalvermögen von insgesamt rund 15.000,00 EUR unter Berücksichtigung von Werbungskosten (insgesamt ca. 300,00 EUR) aufgeführt. Zusätzlich wurde ein Sicherheitszuschlag von 20 % angegeben. Weiter weist der Entwurf darauf hin, dass der Mandant noch fristgerecht eine Steuererklärung für das Jahr 2014 abgeben kann, aber vorsorglich auch „Einkünfte aus abhängiger Tätigkeit“ mit knapp 30.000,00 EUR, „Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit“ mit ca. 3.000,00 EUR und Einkünfte aus Kapitalvermögen mit ca. 1.300,00 EUR – jeweils einschließlich Sicherheitszuschlag – angegeben werden.

Am 7.9.2015 stellte die Klägerin dem Beklagten ihre Leistungen in Rechnung. Dabei rechnete sie für jedes der zehn Veranlagungsjahre 2004 bis 2013 eine 60/10-Gebühr gem. § 30 StBVV aus einem Gegenstandswert von 16.000,00 EUR ab, jeweils netto 3.564,00 EUR. Für das Veranlagungsjahr 2014 rechnete sie für jede Einkunftsart in entsprechender Weise ab, wobei sie für die Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit einen Gegenstandswert von bis zu 30.000,00 EUR wählte, was zu einer Gebühr von 4.776,00 EUR führte. Weiter beinhaltet die Rechnung eine Auslagenpauschale von 2.377,20 EUR. Unter Berücksichtigung der Vorschüsse sowie der Umsatzsteuer ergibt sich die Klageforderung von 51.076,23 EUR.

Am 15.9.2015 forderte die Klägerin den Beklagten zur Begleichung der Rechnung auf. Dabei wies sie darauf hin, dass die Selbstanzeige zeitnah an das Finanzamt übermittelt werden müsse, andernfalls die Klägerin das Mandat wegen der Gefahr der strafrechtlichen relevanten Beihilfe zur Steuerhinterziehung niederlegen müsse und im Rahmen der gerichtlichen Geltendmachung der Honoraransprüche nicht an die anwaltliche Schweigepflicht gebunden sei. Am