

Institut für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens

an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Center for German and international Law of Financial Services

Univ.-Prof. Dr. Peter O. Mülbert, Univ.-Prof. Dr. Uwe H. Schneider,
Univ.-Prof. Dr. Dirk A. Verse M.Jur. (Oxford)

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr - Anhörung des Rechtsausschusses am 30. Januar 2013 -

DIRK A. VERSE

Arbeitspapiere 2013

Anschrift: Institut für deutsches und internationales Kreditrecht an der
Johannes Gutenberg-Universität Mainz
Sitz: Wallstraße 11, 55122 Mainz
Tel.: 06131 / 39 31709
Fax: 06131 / 39 31718
Internet: www.institut-kreditrecht.de

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Regierungsentwurf dient der Umsetzung der neu gefassten EU-Zahlungsverzugsrichtlinie¹. Seine wesentlichen Neuerungen bestehen darin, dass erstmals zwingende Höchstgrenzen für die Vereinbarung von Zahlungs-, Abnahme- und Überprüfungsfristen eingeführt werden, der Verzugszinssatz weiter erhöht und dem Gläubiger ein Pauschalbetrag für Beitreibungskosten zugesprochen wird. Allerdings wird der Entwurf dem Anspruch, die Richtlinie vollständig und präzise umzusetzen, nicht uneingeschränkt gerecht. Die Regelungen zu den Höchstfristen (dazu unter II.) und den Beitreibungskosten (III.) sind in mehreren Punkten korrektur- bzw. präzisierungsbedürftig. Zu begrüßen ist dagegen die Grundkonzeption des Entwurfs, die strengen Vorgaben der Richtlinie nur „1:1“ und nicht überschießend umzusetzen (II. 1. und II. 2. f).

II. Zahlungshöchstfristen (§ 271a BGB-RegE)

Das Herzstück des Regierungsentwurfs bildet der neue § 271a BGB-RegE, mit dem die in der Richtlinie vorgesehenen Zahlungshöchstfristen in das deutsche Recht übernommen werden. Danach dürfen im unternehmerischen Geschäftsverkehr, d.h. bei Geschäften zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen², grundsätzlich keine längeren Zahlungsfristen als 60 Tage vereinbart werden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die längere Frist ausdrücklich vereinbart wird und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist. Ist der Schuldner die öffentliche Hand, kann grundsätzlich keine längere Frist als 30 Tage vereinbart werden.

1. „1:1“-Umsetzung oder Verkürzung der Höchstfristen?

Die zentrale rechtspolitische Frage, die sich in Bezug auf die Höchstfristen stellt, zielt darauf, ob man es bei der im Regierungsentwurf angestrebten „1:1“-Umsetzung der Richtlinie belassen oder kürzere Höchstfristen vorschreiben sollte. So wird verschiedentlich gefordert, nicht nur für die öffentliche Hand, sondern auch für private Unternehmer eine grundsätzliche Höchstfrist von 30 Tagen festzulegen³. Letzteres wäre europarechtlich zulässig, da die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung vorschreibt (Art. 12 Abs. 3). Die Gründe, die für eine derartige Fristverkürzung angeführt werden, halten jedoch einer näheren Überprüfung nicht stand.

a) *Kein neues Leitbild für die AGB-Kontrolle*

Die Forderung, die Höchstfristen weiter abzusenken, beruht vor allem auf der Befürchtung, dass durch § 271a Abs. 1 BGB-RegE ein neues gesetzliches Leitbild für Zahlungsfristen geschaffen

¹ Richtlinie 2011/7 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

² Zur Ausklammerung der Verbrauchergeschäfte s. unter II. 2. f).

³ Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Stellungnahme zum RefE vom 9.3.2012 (Az. I/900-40-1), S. 2; Zentralverband des Deutschen Handwerks, Stellungnahme zum RefE (März 2012), S. 3; von Westphalen, Mittelstandsfeindliche Umsetzung der neuen Zahlungsverzugs-Richtlinie, ZRP 2013 (im Erscheinen).

werde, welches zur Folge habe, dass Zahlungsfristen von bis zu 60 Tagen (bei nicht-öffentlichen Auftraggebern) künftig von der AGB-Inhaltskontrolle freigestellt seien. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB – so die Argumentation – unterliegen nur vom Gesetz abweichende Klauseln der Inhaltskontrolle; daran fehle es nach dem Regierungsentwurf bei Vereinbarung einer bis zu 60-tägigen Frist, da eine derartige Frist in § 271a Abs. 1 BGB-RegE selbst zugelassen werde⁴.

Diese auch in der Stellungnahme des Bundesrats⁵ anklingende Befürchtung beruht jedoch auf einer unzutreffenden Prämisse. Auch nach dem Regierungsentwurf bleibt es uneingeschränkt und unverändert dabei, dass die Vereinbarung einer Zahlungsfrist vom Gesetz abweicht und daher, sofern sie in AGB getroffen wird, nach § 307 Abs. 3 BGB der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Die *gesetzliche* Fälligkeitsregelung besteht nämlich auch weiterhin allein in der sofortigen Fälligkeit nach § 271 Abs. 1 BGB⁶. Von dieser gesetzlichen Regelung weicht auch künftig jede Vereinbarung einer Zahlungsfrist ab, mag sie sich auch innerhalb der durch § 271a BGB-RegE gezogenen Grenzen halten. Der in § 271a BGB-RegE zugelassene Fristenkorridor ist mit anderen Worten keineswegs der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen.

Dieser in der Gegenäußerung der Bundesregierung völlig zu Recht betonten Feststellung wird zwar entgegengehalten, dass es künftig zwei gesetzliche Leitbilder gebe – eines für Verträge ohne Vereinbarung eines Zahlungsziels (§ 271 BGB) und eines für Verträge mit Vereinbarung eines Zahlungsziels (§ 271a BGB-RegE)⁷. Dieser Einwand verfängt jedoch nicht: § 271a BGB-RegE normiert kein gesetzliches Leitbild, sondern markiert nur die äußerste Grenze der Vertragsfreiheit. Die Vorschrift besagt nur, dass Zahlungsfristen jenseits der in § 271a BGB-RegE gezogenen Grenzen selbst bei individualvertraglicher Vereinbarung unzulässig sind. Sie besagt dagegen nicht im Umkehrschluss, dass Zahlungsfristen innerhalb der in § 271a BGB-RegE genannten Grenzen auch als AGB in jedem Fall zulässig sind. Ein solcher Umkehrschluss findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze und würde den Zweck der Neuregelung, die Zahlungen zu beschleunigen, auf den Kopf stellen. Nimmt man hinzu, dass in der Begründung des Regierungsentwurfs und der Gegenäußerung der Bundesregierung wiederholt betont wird, dass eine derartige Auslegung nicht gewollt ist⁸, kann nach allen anerkannten Auslegungskriterien nicht zweifelhaft sein, dass § 271a BGB-RegE den Umfang der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im Vergleich zum bisherigen Recht *nicht* zu Lasten der Gläubiger reduziert.

Für eine vergleichbare Konstellation hat im Übrigen auch der BGH bereits genau in diesem Sinne entschieden. Nach § 309 Nr. 9 lit. a BGB sind Vertragsklauseln in AGB unwirksam,

⁴ So nachdrücklich *von Westphalen* (Fn. 3), unter III. 3.-4.; ebenso diverse Stellungnahmen der Verbände, z.B. Stellungnahme der Bauwirtschaft Nordbaden zur Umsetzung der EU-Zahlungsverzugsrichtlinie in deutsches Recht vom 18.12.2012, S. 2.

⁵ BT-Drucks. 17/4091, S. 17.

⁶ Zutreffend Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/10491, S. 19; *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2310.

⁷ *von Westphalen* (Fn. 3), unter III. 4.

⁸ BT-Drucks. 17/10491, S. 11, 12 re Sp., 19.

wenn sie für Dauerschuldverhältnisse eine feste Vertragsbindung von mehr als zwei Jahren vorsehen. Der BGH hat daraus nicht den Umkehrschluss gezogen, dass Vertragslaufzeiten von weniger als zwei Jahren per se unbedenklich seien. Vielmehr hat er unter einhelliger Zustimmung des Schrifttums auch kürzere Vertragsbindungen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterworfen⁹. Es gibt keinen Grund, warum die Rechtsprechung in Bezug auf § 271a BGB anders verfahren sollte.

Rechtlich ist daher die Befürchtung, die Position der Gläubiger werde durch § 271a BGB-RegE nicht verbessert, sondern verschlechtert, unbegründet. Nicht völlig auszuschließen ist allenfalls die mögliche *faktische* Konsequenz, dass sich Auftraggeber an den in § 271a BGB-RegE genannten Höchstfristen orientieren und ihre AGB entsprechend formulieren, weil sie sich aufgrund dieser Vorschrift fälschlich in Sicherheit wähnen. Um dem vorzubeugen, mag es sich empfehlen, im Bericht des Rechtsausschusses nochmals klarzustellen, dass die Geltung der §§ 305 ff. BGB für von § 271 BGB abweichende Zahlungsfristen unberührt bleibt. Eine zusätzliche Klarstellung im Gesetz erscheint dagegen nicht geboten. Sie würde andernorts, wo vergleichbare Klarstellungen im Gesetz fehlen, nur die Frage nach einem Umkehrschluss provozieren.

b) Sonstige Gründe für eine Verkürzung der Höchstfrist?

Auf einem anderen Blatt steht, ob es sonstige Gründe gibt, über die Anforderungen der Richtlinie hinauszugehen und die Höchstfristen auch für private Auftraggeber auf (grundsätzlich) 30 Tage abzukürzen. Hierfür mag man den Gedanken der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Auftraggeber anführen¹⁰. Ein wirklich triftiger Grund für eine überschießende Umsetzung ergibt sich aber auch daraus nicht. Für unangemessene Zahlungsfristen in AGB bietet bereits die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB hinreichenden Schutz. Und für individualvertraglich ausgehandelte Zahlungsfristen würde eine weitere Verkürzung der Höchstfristen einen bedenklich weitgehenden Eingriff in die Vertragsfreiheit mit sich bringen. Den Anbietern von Waren und Dienstleistungen würde damit die Möglichkeit genommen, ihren Kunden nach deutschem Recht individualvertraglich Zahlungsfristen einzuräumen (und damit die Attraktivität ihres Angebots zu erhöhen), die nach dem Recht anderer Mitgliedstaaten, die sich auf eine 1:1-Umsetzung beschränken, zulässig wären. Ein solcher nationaler Alleingang erscheint schon deshalb nicht veranlasst, weil die wesentliche Ursache für die Verbreitung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr gewiss nicht darin liegt, dass individualvertraglich zu lange Zahlungsfristen vereinbart werden.

⁹ BGHZ 90, 280, 283 f. = NJW 1984, 1531, 1532 (zu § 11 Nr. 12a und § 9 AGBG). Auf diese Entscheidung verweist zu Recht auch die Bundesregierung, BT-Drucks. 17/10491, S. 12, 19.

¹⁰ So Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände (Fn. 3), S. 2; Zentralverband des Deutschen Handwerks (Fn. 3), S. 3.

2. Einzelfragen zu den Zahlungshöchstfristen

Ist somit die Konzeption des Regierungsentwurfs, die Zahlungshöchstfristen „1:1“ umzusetzen, im Grundsatz zu begrüßen, so besteht doch in mehreren Punkten noch Verbesserungs- oder Klarstellungsbedarf.

a) Einbeziehung nachträglicher Stundungsvereinbarungen

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs soll § 271a BGB-RegE nur auf die erstmalige Vereinbarung der Leistungszeit angewendet werden, nicht dagegen auf eine Stundung, die eine bereits bestimmte Leistungszeit nachträglich hinausschiebt¹¹. Dem Wortlaut des § 271a BGB-RegE lässt sich diese Unterscheidung jedoch nicht entnehmen. Sie leuchtet auch sachlich nicht ein, da es für die Liquidität des Gläubigers keinen Unterschied macht, ob der Zahlungsaufschub gleich zu Beginn oder erst nachträglich vereinbart wird¹². Der Rechtsausschuss sollte daher in seinem Bericht zum Ausdruck bringen, dass auch nachträgliche Stundungsabreden erfasst werden. In diesem Fall dürfte sich eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut erübrigen.

b) Fristbeginn erst nach Zugang der Rechnung und Empfang der Gegenleistung

§ 271a BGB-RegE knüpft den Beginn der Höchstfrist alternativ an den Zugang der Rechnung (bzw. gleichwertigen Zahlungsaufstellung) *oder* den Empfang der Gegenleistung. Nimmt man diese Formulierung beim Wort, wäre eine (individual-) vertragliche Vereinbarung, die eine Zahlungsfrist von 60 Tagen nach Empfang der Gegenleistung *und* Zugang der Rechnung vorsieht, unzulässig. Es ist aber wenig sinnvoll, die Parteien auf die alternative Fristanknüpfung festzulegen, da es der Gläubiger dann in der Hand hätte, durch eine verfrühte Rechnungstellung (äußerstenfalls schon mehr als 60 Tage vor Lieferung) die Zahlungsfrist gänzlich auszuhebeln¹³. Vorzugswürdig ist daher der Vorschlag des Bundesrats, wonach die Höchstfrist immer dann, wenn der Schuldner die Gegenleistung erst nach Zugang der Rechnung empfängt, erst in diesem späteren Zeitpunkt in Gang gesetzt wird¹⁴.

Dieser Vorschlag entspricht auch der Konzeption der Richtlinie, während sich der Regierungsentwurf an dieser Stelle ohne Not als überschießende Umsetzung erweist. Für öffentliche Auftraggeber ergibt sich die kumulative Anknüpfung an Rechnung und Empfang der Gegenleistung unmittelbar aus Art. 4 Abs. 3 lit. a iii der Richtlinie. Für private Auftraggeber wird der

¹¹ BT-Drucks. 17/10491, S. 11.

¹² Wie hier *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2310.

¹³ Beispiel: Die Parteien orientieren sich an § 271a BGB-RegE und vereinbaren individualvertraglich eine Zahlungsfrist von 60 Tagen ab Zugang der Rechnung oder Empfang der Gegenleistung. Der Gläubiger schickt eine Rechnung, die dem Schuldner bereits am 1.7. zugeht. Liefert er erst am 15.9., wäre die Zahlungsfrist bereits abgelaufen, und der Schuldner befände sich, ohne eine Reaktionszeit zu haben, schon mit Beginn des folgenden Tages im Verzug. Das Beispiel zeigt, dass allein die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) dem Schuldner nicht immer hinreichenden Schutz bietet. § 320 BGB stellt zwar sicher, dass der Schuldner vor Empfang der Gegenleistung nicht in Verzug geraten kann, gewährt ihm aber keine Reaktionszeit.

¹⁴ BT-Drucks. 17/10491, S. 17 (§ 271a Abs. 2a BGB-E); gleichsinnig Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 19/2012 (zum RefE), S. 5.

Beginn der Höchstfrist in Art. 3 Abs. 5 zwar nicht eigens definiert. Es spricht aber alles dafür, auch insoweit die Regelungen zum Fristbeginn nach Art. 3 Abs. 3 lit. b und Art. 4 Abs. 3 lit. a entsprechend anzuwenden¹⁵. Damit gelangt man auch hier zu der vorgeschlagenen kumulativen Anknüpfung des Fristbeginns (Art. 3 Abs. 3 lit. b iii, Art. 4 Abs. 3 lit. a iii).

Sprachlich lässt sich die kumulative Anknüpfung allerdings noch einfacher als vom Bundesrat vorgeschlagen umsetzen. So genügt es, in § 271a Abs. 1 und Abs. 2 BGB-E schlicht auf eine Frist von 60 bzw. 30 Tagen „nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung *und* Empfang der Gegenleistung“ abzustellen.

c) *Empfang der vertragsgemäßen Gegenleistung*

Hilfreich wäre überdies eine Klarstellung im Bericht des Rechtsausschusses, dass mit dem „Empfang der Gegenleistung“ nur der Empfang einer *vertragsgemäßen* Gegenleistung gemeint ist. Andernfalls könnte der Gläubiger die Frist mit einer nicht erfüllungstauglichen Gegenleistung in Gang setzen. Erbringt er die geschuldete Gegenleistung erst 60 Tage später, würde mit Beginn des folgenden Tages sofort Verzug eintreten, ohne dass dem Schuldner noch eine Reaktionszeit verbliebe. Dieses Ergebnis wäre nicht sachgerecht und wird auch von der Richtlinie nicht verlangt¹⁶.

d) *Unsicherheitsregelung bei ungewissem Zugangszeitpunkt der Rechnung*

Zustimmung verdient auch der Vorschlag des Bundesrats, in § 271a BGB nach dem Vorbild des § 286 Abs. 3 S. 2 BGB eine Regelung für den Fall aufzunehmen, dass der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung (oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung) unsicher ist¹⁷. Es handelt sich dabei um eine notwendige Folgeänderung zu der unter lit. b) befürworteten kumulativen Anknüpfung des Fristbeginns an den Zugang der Rechnung und den Empfang der Gegenleistung¹⁸. Ohne eine solche Unsicherheitsregelung bliebe es in Deutschland nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen dabei, dass der Gläubiger den Zugangszeitpunkt zu beweisen hätte. Damit würden die Richtlinienvorgaben verfehlt. Für den Fall, dass der Schuldner ein öffentlicher Auftraggeber ist, ergibt sich dies eindeutig aus Art. 4 Abs. 3 lit. a ii der Richtlinie. Diese Vorschrift erklärt bei Unsicherheit des Zugangszeitpunkts den Empfang der Gegenleistung für maßgeblich und bürdet damit dem Schuldner die Beweislast auf, einen späteren Zugangszeitpunkt zu beweisen.

¹⁵ Näher dazu *Oesner*, EuZW 2011, 940, 943. Auch die Begründung des Regierungsentwurfs betont im Ausgangspunkt zutreffend, dass im Rahmen der Umsetzung der Höchstfristen nach Art. 3 Abs. 5 der Fristbeginn entsprechend Art. 4 Abs. 3 lit. a zu bestimmen sei (BT-Drucks. 17/10491, S. 11 li. Sp.). Dieser zutreffende Ansatz wird im Regierungsentwurf aber nicht konsequent durchgeführt.

¹⁶ Ebenso *Oesner*, EuZW 2011, 940, 943 f.

¹⁷ BT-Drucks. 17/10491, S. 17 (§ 271a Abs. 2a BGB-E).

¹⁸ Bei der im Regierungsentwurf vorgesehenen alternativen Anknüpfung stellt sich das Problem nicht, da die Frist dann auch bei unsicherem Zugangszeitpunkt der Rechnung jedenfalls durch den Empfang der Gegenleistung in Gang gesetzt wird. Da die alternative Anknüpfung aber aus den genannten Gründen unzweckmäßig ist (s.o. II. 2. b), lässt sich auf diese Weise das Bedürfnis nach einer Unsicherheitsregelung nicht ausräumen.

Nichts anderes gilt für nicht-öffentliche Auftraggeber, da Art. 3 Abs. 3 lit. b ii im Rahmen der Höchstfristen nach Art. 3 Abs. 5 wie dargelegt entsprechend anzuwenden ist¹⁹.

Bei der Formulierung der Unsicherheitsregelung ist allerdings zu bedenken, dass die Formulierung der Parallelvorschrift des § 286 Abs. 3 S. 2 BGB teilweise missglückt ist. Ihr Wortlaut stellt zu Unrecht selbst dann auf den Empfang der Gegenleistung ab, wenn zwar der genaue Zugangszeitpunkt unsicher ist, aber zwischen den Parteien unstreitig ist, dass die Rechnung erst nach Empfang der Gegenleistung zugegangen ist (Bsp.: Empfang der Gegenleistung am 1.7., Gläubiger behauptet Zugang der Rechnung am 15.7., Schuldner am 30.7.). In diesem Fall kann vernünftigerweise nicht der Empfang der Gegenleistung, sondern nur der vom Gläubiger behauptete spätere Zugangszeitpunkt maßgeblich sein²⁰.

Die missglückte Formulierung des § 286 Abs. 3 S. 2 BGB hat zwar ihren Ursprung darin, dass die zugrunde liegende Richtlinienvorgabe (Art. 3 Abs. 3 lit. b ii = Art. 3 Abs. 1 lit. b ii a.F.) ebenso unpräzise formuliert ist. Dennoch wäre im Interesse der Rechtsklarheit eine präzisere Formulierung der Unsicherheitsregelung wünschenswert. § 271a Abs. 2a BGB-E sollte daher wie folgt lauten:

(2a) Wenn der Zeitpunkt des Zugangs²¹ der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, ist für den Beginn der Höchstfrist nach Abs. 1 und Abs. 2 der Empfang der Gegenleistung oder, falls der Gläubiger einen späteren Zugang behauptet, dieser Zeitpunkt maßgeblich.

Folgt man diesem Vorschlag, wäre auch § 286 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend anzupassen²².

Nochmals zu betonen ist, dass die hier unter lit. b) und d) befürworteten Änderungen in der Sache mit den vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen des § 271a BGB-RegE übereinstimmen. Die hier vorgeschlagene Formulierung soll das Regelungsanliegen nur klarer und präziser zum Ausdruck bringen.

e) Abnahme- und Überprüfungsfristen (§ 271a Abs. 3 BGB-RegE)

Überarbeitungsbedarf besteht ferner in Bezug auf § 271a Abs. 3 BGB-RegE. Diese Bestimmung beschränkt die vertragliche Höchstfrist für Abnahme- und Überprüfungsverfahren auf 30

¹⁹ S. oben im Text zu Fn. 15.

²⁰ *Schulte-Nölke*, in: Anwaltskomm. BGB, 2. Aufl. 2012, § 286 Rn. 74; *Ernst* in: Münchener Komm. BGB, 6. Aufl. 2012, § 286 Rn. 90; s. auch bereits Rechtsausschuss, BT-Drucks. 14/7052, S. 187.

²¹ Alternativ wäre die Formulierung „*der Zugang oder der Zeitpunkt des Zugangs*“ zu erwägen. Damit würde die zu § 286 Abs. 3 S. 2 BGB kontrovers diskutierte Frage geklärt, ob die Unsicherheitsregelung auch dann eingreift, wenn nicht nur der Zeitpunkt des Zugangs, sondern schon das „Ob“ des Zugangs unsicher ist; bejahend BT-Drucks. 14/7052, S. 187 li. Sp.; verneinend *Ernst* (Fn. 20), § 286 Rn. 89 m.w.N.

²² § 286 Abs. 3 S. 2 BGB müsste dann lauten: „Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, kommt der Schuldner, der nicht Verbraucher ist, spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung oder, falls der Gläubiger einen späteren Zugang behauptet, spätestens 30 Tage nach diesem Zeitpunkt in Verzug.“

Tage und setzt damit die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 4, 4 Abs. 5 der Richtlinie um²³. Ungeregt geblieben ist im Regierungsentwurf aber die Frage, welche Bedeutung die Abnahme bzw. Überprüfung für die Berechnung der Zahlungshöchstfristen nach § 271a Abs. 1, Abs. 2 BGB-RegE hat. Nach § 271a Abs. 1, Abs. 2 BGB-RegE beginnt die Höchstfrist stets mit Rechnungszugang bzw. Empfang der Gegenleistung, nicht erst mit dem Zeitpunkt der Abnahme oder Überprüfung. Wenn etwa am 1.7. eine Werkleistung erbracht wird und am selben Tag schon die Rechnung gestellt wird, die Abnahme aber erst am 30.7. erfolgt, würde die Höchstfrist nach dem Regierungsentwurf schon mit Ablauf des 1.7. in Gang gesetzt. Der Regelungskonzeption der Richtlinie entspricht es dagegen, dass die Höchstfrist in einem derartigen Fall erst ab dem Zeitpunkt der Abnahme bzw. Überprüfung zu berechnen ist. Dies ergibt sich in Bezug auf öffentliche Auftraggeber unmittelbar aus Art. 4 Abs. 3 lit. a iv der Richtlinie. Für nicht-öffentliche Auftraggeber folgt dasselbe Ergebnis aus einer entsprechenden Anwendung des Art. 3 Abs. 3 lit. b iv im Rahmen des Art. 3 Abs. 5²⁴.

§ 271a Abs. 3 BGB sollte daher wie folgt formuliert werden:

(3) Wenn ein Abnahme- oder Überprüfungsverfahren vorgesehen ist, um festzustellen, ob die Gegenleistung wie geschuldet erbracht wurde, beginnt die Höchstfrist nach Abs. 1 und Abs. 2 nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem die Abnahme oder Überprüfung erfolgt. Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Abnahme oder Überprüfung der Gegenleistung um mehr als 30 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

f) Einbeziehung von Geschäften mit Verbrauchern?

Nicht zu beanstanden ist dagegen, dass der Regierungsentwurf darauf verzichtet, die Zahlungshöchstfristen (ebenso wie den Pauschalbetrag für die Beitreibungskosten, s.u. III.) über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus auch auf Geschäfte mit Verbrauchern auszudehnen. Soweit Zahlungsschuldner künftig strenger behandelt werden als nach bisherigem Recht, leuchtet es unmittelbar ein, dass Verbraucher als Schuldner von den neuen Vorschriften verschont bleiben. Aber auch im umgekehrten Fall (Verbraucher als Gläubiger der Entgeltforderung) besteht für eine Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs keine Veranlassung²⁵. Zwar führt die Ausklammerung der Verbraucher dazu, dass diese als Gläubiger von Entgeltforderungen partiell schlechter gestellt werden als Unternehmer. Diese Ungleichbehandlung lässt sich aber rechtfertigen, da der Normzweck der verschärften Vorschriften zur

²³ Eine Änderung des gesetzlichen Leitbilds der §§ 640, 271 BGB (Pflicht zur sofortigen Abnahme) oder des § 377 HGB (Obliegenheit zur unverzüglichen Untersuchung) ist damit nicht verbunden. Insoweit gilt nichts anderes als für das Verhältnis von § 271a Abs. 1, Abs. 2 BGB zu § 271 BGB; s. oben unter II. 1. a).

²⁴ S. oben im Text zu Fn. 15.

²⁵ Ablehnend auch Schleswig-Holsteinischer Richterverband, Stellungnahme Nr. 14/2012 (zum RefE), S. 5; aufgeschlossener *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2308 f. („erwägenswert“).

Bekämpfung von Zahlungsverzug (Schutz der Liquidität von [mittelständischen] Unternehmen, die sich der besonderen Marktmacht von Großunternehmen und öffentlicher Hand ausgesetzt sehen; dadurch Vermeidung von Insolvenzen, Erhaltung von Arbeitsplätzen) auf Verbraucher-Gläubiger nicht zutrifft und Verbraucher umgekehrt auch nicht den schärferen Vorschriften unterliegen, wenn sie selbst Schuldner einer Entgeltforderung sind. Die partielle Schlechterstellung der Verbraucher wird denn auch im geltenden Recht bereits akzeptiert, wie namentlich die Regelung zum Verzugszins in § 288 Abs. 2 BGB zeigt²⁶. Inakzeptable Schutzlücken drohen nicht, da die Verbraucher bereits durch die allgemeinen Vorschriften hinreichend geschützt sind (in Bezug auf die Zahlungsfristen namentlich durch die AGB-Kontrolle).

III. Ersatz der Beitreibungskosten (§ 288 Abs. 4, Abs. 5 BGB)

Hinsichtlich der Beitreibungskosten ist zwischen dem neuen Pauschalbetrag (Art. 6 Abs. 1, Abs. 2) und den übrigen Beitreibungskosten (Art. 6 Abs. 3) zu unterscheiden. Der Pauschalbetrag wird in § 288 Abs. 5 BGB-RegE geregelt; die übrigen verzugsbedingten Beitreibungskosten fallen wie bisher unter § 288 Abs. 4 BGB (i.V.m. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). In beiden Punkten besteht noch Nachbesserungsbedarf.

1. Pauschalbetrag (§ 288 Abs. 5 BGB-RegE)

a) Abdingbarkeit (§ 288 Abs. 5 S. 2 BGB-RegE)

Der Pauschalbetrag von € 40 darf nach Art. 6 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie nur abbedungen werden, wenn dies für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist. Der Regierungsentwurf versucht diese Vorgabe durch eine gesetzliche Vermutung umzusetzen, nach der eine Vereinbarung, die den Anspruch auf den Pauschalbetrag ausschließt, regelmäßig gegen die guten Sitten verstoßen soll (§ 288 Abs. 5 S. 2 BGB-RegE). Eine solche Vermutung zugunsten der Sittenwidrigkeit kennt das BGB bisher nicht. Auch ist nicht ersichtlich, was mit dem Hinweis auf den Maßstab der guten Sitten gegenüber dem in der Richtlinie verwendeten Begriff des groben Nachteils gewonnen werden soll. Treffender erscheint daher folgende Formulierung des § 288 Abs. 5 S. 2 BGB:

Eine diesen Anspruch ausschließende²⁷ Vereinbarung ist nur wirksam, wenn sie für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

Nicht zu folgen ist dagegen dem weitergehenden Vorschlag des Bundesrats, den Pauschalbetrag generell für unabdingbar zu erklären²⁸. Eine derart rigide Lösung wird von der Richtlinie nicht

²⁶ Der erhöhte Zinssatz nach § 288 Abs. 2 BGB kommt Verbrauchern auch dann nicht zugute, wenn sie eine Forderung gegen einen Unternehmer oder die öffentliche Hand haben; *Schulte-Nölke* (Fn. 20), § 288 Rn. 9.

²⁷ Noch präziser wäre die Formulierung: „Eine diesen Anspruch ausschließende *oder beschränkende* Vereinbarung...“ Wählt man diese exaktere Formulierung, muss man aber konsequenterweise auch in § 288 Abs. 2 S. 2 BGB-RegE, der die Unabdingbarkeit des Verzugszinsanspruchs regelt, entsprechend verfahren. Auch dort ist bisher nur vom „Ausschluss“ des Anspruchs die Rede.

²⁸ BT-Drucks. 17/10491, S. 17 f.

gefordert und ist auch sachlich nicht geboten, da der Gläubiger bereits anderweitig hinreichend geschützt sein kann (z.B. durch eine umfassende Vertragsstrafenregelung). In solchen Fällen sollte dem Schuldner die Möglichkeit offenstehen, Tatsachen darzulegen und zu beweisen, aus denen sich ergibt, dass der Gläubiger durch den Ausschluss des Pauschalbetrags ausnahmsweise nicht grob benachteiligt wird²⁹.

b) Anrechnung (§ 288 Abs. 5 S. 3 BGB-RegE)

Keiner Überarbeitung bedarf dagegen die Regelung zur Anrechnung des Pauschalbetrags auf die Kosten der Rechtsverfolgung, die nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 4 BGB als Verzögerungsschaden zu ersetzen sind (§ 288 Abs. 5 S. 3 BGB-RegE). Insbesondere ist der Anregung des Bundesrats und des Deutschen Anwaltvereins, die Anrechnung nur auf die internen Beitreibungskosten des Gläubigers zu beschränken³⁰, nicht zu folgen. Erstens lässt sich Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie nicht entnehmen, dass die Anrechnung nur auf den internen Aufwand erfolgen darf³¹. Zweitens würde jener Vorschlag ohne Grund solche Gläubiger privilegieren, die keinen internen Aufwand betreiben, sondern die Rechtsverfolgung gleich in fremde Hände legen³². Drittens würde eine Anrechnung nur auf die internen Beitreibungskosten den Schluss nahe legen, dass die internen Kosten grundsätzlich als Verzögerungsschaden ersatzfähig sind. Nach dem bisherigen Stand der Rechtsprechung und der h.L. sind aber die üblichen Eigenbemühungen gerade nicht ersatzfähig³³. Daran wird man auch in Zukunft festhalten können, da der Richtlinie nicht zu entnehmen ist, dass der übliche interne Aufwand auch über den Pauschalbetrag hinaus erstattungsfähig sein muss³⁴.

c) Pauschalbetrag bei Ratenzahlung

Nicht klar geregelt ist bisher, ob im Rahmen von Ratenzahlungsgeschäften der Pauschalbetrag bei jeder verspäteten Rate in voller Höhe (je € 40) oder nur anteilig (d.h. im Verhältnis der verspäteten Rate zur Gesamtsumme) anfällt³⁵. Der Beschleunigungszweck der Richtlinie sowie der Umstand, dass bei der Beitreibung einer einzelnen Rate genauso viel Aufwand anfällt wie bei der Beitreibung einer einheitlichen Forderung, sprechen dafür, bei jeder verspäteten Rate

²⁹ Ebenso Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/10491, S. 19.

³⁰ BT-Drucks. 17/10491, S. 18; Deutscher Anwaltverein (Fn. 14), S. 9.

³¹ Vielmehr werden dort die Beitreibungskosten generell nur als ersatzfähig anerkannt, soweit sie den Pauschalbetrag übersteigen; zutreffend *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2312.

³² Überzeugend Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/10491, S. 19.

³³ BGHZ 66, 112, 114 f.; *Ernst* (Fn. 20), § 286 Rn. 159; *Löwisch/Feldmann*, in: Staudinger, BGB, 2009, § 286 Rn. 222 f.; *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2311.

³⁴ Erwägungsgründe 19 und 20 sprechen vielmehr gegen diese Annahme. Auch die erste Zahlungsverzugsrichtlinie (2000/35/EG) wurde überwiegend so verstanden, dass sie nicht dazu zwingt, auch die übliche eigene Mühewaltung für ersatzfähig zu erklären; s. *Ernst* (Fn. 20), § 286 Rn. 159; *Löwisch/Feldmann* (Fn. 33), § 286 Rn. 223 m.N. auch zur Gegenansicht.

³⁵ Zweifelnd *Weller/Harms*, WM 2012, 2305, 2313.

den vollen Pauschalbetrag zuzuerkennen. Zur Vermeidung von Zweifeln sollte man dies klarstellen (wenn nicht im Gesetzeswortlaut, so doch zumindest im Bericht des Rechtsausschusses).

2. Sonstige Beitreibungskosten (§ 288 Abs. 4 BGB)

Die sonstigen verzugsbedingten Beitreibungskosten, also namentlich solche, die durch die Einschaltung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens verursacht werden (Art. 6 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie), fallen nach deutschem Recht unter den Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286, 288 Abs. 4 BGB. Nicht umgesetzt ist in diesem Zusammenhang aber die Vorgabe aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie, wonach eine Abbedingung dieses Ersatzanspruchs unwirksam ist, wenn sie für den Gläubiger grob nachteilig ist (was nach Art. 7 Abs. 3 zu vermuten ist). Um der Richtlinie zu genügen, bedarf es mithin auch im Rahmen des § 288 Abs. 4 BGB einer Parallelregelung zu § 288 Abs. 5 S. 2 BGB-E. § 288 Abs. 4 BGB sollte daher um folgenden S. 2 ergänzt werden:

Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, ist eine Vereinbarung, die den Anspruch auf Ersatz der verzugsbedingten Rechtsverfolgungskosten ausschließt³⁶, nur wirksam, wenn sie für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

IV. Übergangsvorschrift (Art. 229 § 28 EGBGB-RegE)

Die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 28 EGBGB-RegE enthält mehrere Redaktionsversehen, da sie noch auf der Fassung des Referentenentwurfs aufbaut. Zu streichen ist der Hinweis auf die Vorschrift des § 270 Abs. 1 BGB, die der Referentenentwurf noch ändern wollte, die aber im Regierungsentwurf (zu Recht) unangetastet bleibt. Umgekehrt fehlt ein Hinweis auf den neuen § 286 Abs. 4 BGB. Folgt man der hier befürworteten Empfehlung, einen neuen § 288 Abs. 4 S. 2 BGB einzuführen (s.o. III. 2.), muss auch diese Vorschrift in der Übergangsvorschrift angeführt werden.

V. Änderungsvorschläge im Überblick

1. § 271a BGB

RegE	Änderungsvorschlag
<i>(1) Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung oder um mehr als 60 Tage nach Empfang der Gegenleistung</i>	<i>(1) Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung <u>und</u> Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist nur</i>

³⁶ Ersatzweise: „ausschließt oder beschränkt“; s.o. Fn. 27.

überschritten wird, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

(2) Ist der Schuldner ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nummer 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so ist abweichend von Absatz 1 eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 30 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung oder um mehr als 30 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, nur wirksam, wenn die Vereinbarung

1. ausdrücklich getroffen und

2. auf Grund der besonderen Natur oder der Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist.

Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung oder um mehr als 60 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist unwirksam.

wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

(2) Ist der Schuldner ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nummer 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so ist abweichend von Absatz 1 eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 30 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung und Empfang der Gegenleistung überschritten wird, nur wirksam, wenn die Vereinbarung

1. ausdrücklich getroffen und

2. auf Grund der besonderen Natur oder der Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist.

Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung und Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist unwirksam.

(2a) Wenn der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung unsicher ist, ist für den Beginn der Höchstfrist nach Abs. 1 und Abs. 2 der Empfang der Gegenleistung [oder, falls der Gläubiger einen späteren Zugang behauptet, dieser Zeitpunkt³⁷] maßgeblich.

³⁷ Entscheidet man sich für diesen Zusatz, ist § 286 Abs. 3 S. 2 BGB entsprechend anzupassen. S. oben Fn. 22.

(3) Ist eine Entgeltforderung erst nach Überprüfung oder Abnahme der Gegenleistung zu erfüllen, so ist eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Überprüfung oder Abnahme der Gegenleistung um mehr als 30 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht für die Vereinbarung von Teilleistungen sowie für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher beteiligt ist.

(3) Wenn ein Abnahme- oder Überprüfungsverfahren vorgesehen ist, um festzustellen, ob die Gegenleistung wie geschuldet erbracht wurde, beginnt die Höchstfrist nach Abs. 1 und Abs. 2 nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem die Abnahme oder Überprüfung erfolgt. Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Abnahme oder Überprüfung der Gegenleistung um mehr als 30 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

(4) unverändert

2. § 288 BGB

Reg-E

(4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

(5) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners außerdem einen Anspruch auf Zahlung eines Betrags in Höhe von 40 Euro. Soweit eine Vereinbarung diesen

Änderungsvorschlag

(4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen. Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, ist eine Vereinbarung, die den Anspruch auf Ersatz der verzugsbedingten Rechtsverfolgungskosten ausschließt, nur wirksam, wenn sie für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

5) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, hat der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners außerdem einen Anspruch auf Zahlung eines Betrags in Höhe von 40 Euro. Eine diesen Anspruch ausschließende

Anspruch ausschließt, wird vermutet, dass sie gegen die guten Sitten verstößt. Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.

Vereinbarung ist nur wirksam, wenn sie für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist. Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist.

3. Art. 229 § 28 EGBGB

Reg-E

Auf Schuldverhältnisse, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] entstanden sind, ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Satz 1 gilt für Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe, dass § 270 Absatz 1 und die §§ 271a, 288 Absatz 2 Satz 2, Absatz 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab dem 16. März 2013 in der dann geltenden Fassung anzuwenden sind.“

Änderungsvorschlag

Auf Schuldverhältnisse, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] entstanden sind, ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Satz 1 gilt für Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe, dass §§ 271a, 286 Abs. 4, 288 Absatz 2 Satz 2, Absatz 4 Satz 2, Absatz 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab dem 16. März 2013 in der dann geltenden Fassung anzuwenden sind.“

Mainz, den 27.1.2013

Prof. Dr. Dirk A. Verse M.Jur.