



# Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch  
den Ausschuss Zivilrecht

## zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr

(Aktenzeichen BMJV: III A4 – 3502/3-36 115/2014)

Stellungnahme Nr.: 12/2014

Berlin, im März 2014

### Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln  
(Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden  
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwalt (BGH) Dr. Michael Schultz, Karlsruhe

### Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin

#### **Deutscher Anwaltverein**

Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 (0)30 726152-0  
Fax: +49 (0)30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)  
[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

#### **Büro Brüssel**

Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

## **Verteiler**

---

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie  
Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag  
vertretenden Parteien  
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.  
Bundesverband der Freien Berufe, Berlin  
Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin  
Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik  
Deutschland  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Notarverein e.V.  
Deutscher Richterbund e.V.  
Deutscher Steuerberaterverband e.V.  
Vorstand des Deutschen Anwaltvereins  
Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel  
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins  
Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV  
Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.  
Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins  
Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl  
Redaktion Juristenzeitung / JZ  
Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR  
Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

### **Zusammenfassung**

Der Entwurf folgt teilweise dem Regierungsentwurf aus der 12. Legislaturperiode (BR Drs. 306/12) weicht aber doch auch in wesentlichen Punkten von diesem Entwurf ab. Dem früheren Regierungsentwurf vorangegangen war ein Referentenentwurf des damaligen BMJ, zu dem der DAV durch seine Ausschüsse Zivilrecht sowie Privates Bau- und Architektenrecht im März 2012 Stellung genommen hatte (Stellungnahme 19/2012). Die Kritik in jener Stellungnahme zu dem damaligen Entwurf trifft weithin auch den jetzt vorliegenden Entwurf. Dieser gibt aber Anlass zu weiteren Kritikpunkten.

Der Entwurf dient der Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU. Umfangreiche Eingriffe in das deutsche Recht bedarf es zur Umsetzung nicht, da vieles, wie in der Begründung des Entwurfs vermerkt, bereits entsprechend der Richtlinie geregelt ist. Der gewählte Regelungsstandort im BGB, namentlich durch Einfügung eines neuen § 271a und durch Ergänzung der §§ 286 und 288 ist sachgerecht. Jedoch genügt der Entwurf nicht in allen Einzelheiten den Anforderungen der Richtlinie und geht in anderer Hinsicht über sie hinaus. Außerdem sind aus der Sicht der deutschen Gesetzgebungstechnik und Gesetzessprache weitere Änderungen gegenüber dem Entwurf angezeigt. Problematisch ist insbesondere die vorgesehene Ergänzung von § 308 BGB mit einer Folgeänderung in § 310. Damit wird die bisher jedenfalls im Gesetzeswortlaut durchgehaltene scharfe Trennung zwischen nur für verbraucherbezogene Geschäfte (B2C) geltende Vorschriften des AGB-Rechts und allgemein geltenden Vorschriften dieses Rechtsgebiets durchbrochen. Dafür besteht kein Anlass.

Die Richtlinie betrifft nicht den Verbraucherschutz, sondern ausschließlich den Geschäftsverkehr. Sie ist darauf gerichtet, die Vertragsfreiheit einzuschränken. Die Richtlinie regelt zwingend die Fälligkeit von Entgeltforderungen und damit auch die Verzugsvoraussetzungen. Der durch die Richtlinie vorgegebene Verzugszins von 9 Prozentpunkten über dem Basiszins hat Strafcharakter. Deshalb ist bei der Umsetzung besonderes Augenmerk darauf zu richten, nicht über das durch die Richtlinie vorgegebene Maß hinauszugehen, sofern nicht triftige Gründe dafür sprechen, auch über die Grenzen

der Bindung hinaus die Vertragsfreiheit einzuschränken, und zwar, das sei betont, für Individualverträge. Aspekte des Verbraucherschutzes können dafür – im Geschäftsverkehr – keine Rolle spielen.

### **Im Einzelnen:**

#### **Zu Artikel 1 Nr. 1 – der neue § 271a BGB**

Diese Vorschrift ist in der Konzeption und in der Durchführung nicht gelungen. Am Ende dieses Abschnitts wird ein Vorschlag zur weitgehenden Umformulierung der Vorschrift vorgelegt. Zu der Vorschrift in dem Entwurf ist im Einzelnen folgendes anzumerken:

1. Der Entwurf übernimmt voll die Terminologie der Richtlinie. Daraus ergeben sich gewisse Brüche zur sonstigen Terminologie des BGB. Beispielsweise ist der Zeitpunkt des Ablaufs der Zahlungsfrist nichts anderes als derjenige der Fälligkeit der Leistung. Mittelfristig sollte überprüft werden, ob bei den in das BGB integrierten Umsetzungsvorschriften nicht in weiterem Umfang zu der allgemeinen Terminologie des BGB zurückgekehrt werden kann. Dieser Anregung steht nicht entgegen, dass die Richtlinie selbst Durchbrechungen dieser Terminologie nahelegen scheint. So ist nach Art. 3 Abs. 1(b) Voraussetzung der Anwendung der folgenden Vorschriften, dass der Kläger „den fälligen Betrag nicht rechtzeitig erhalten“ hat, während in den folgenden Absätzen Vereinbarungen zur Fälligkeit geregelt sind.
2. In der Bestimmung fehlt ein wesentlicher Punkt: Oft ist nicht nur die Erbringung der Gegenleistung Voraussetzung für die Fälligkeit der Entgeltforderung, sondern weitere Voraussetzungen müssen erfüllt sein, wie beispielsweise eine Abnahme oder Überprüfung. Die Richtlinie bestimmt ausdrücklich (Art. 3 Abs. 3b (iv), Art. 4 Abs. 3a (iv)), dass in einem solchen Fall die Frist erst mit der Abnahme oder Überprüfung zu laufen beginnt, und bestimmt dann (Art. 3 Abs. 4, Art. 4 Abs. 5), wie lang diese Überprüfung dauern darf. § 271a Abs. 3 BGB-E regelt nur den letzteren Punkt, nicht aber den vorrangigen ersten Punkt.
3. Gemäß § 271a Abs. 1, 3 BGB-E ist die Vereinbarung einer Zahlungsfrist von mehr als 60 Tagen oder einer Prüfungsfrist von mehr als 30 Tagen „nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist“. Der Entwurf verzichtet darauf, dieses Kriterium der groben Nachteiligkeit näher zu umschreiben.

Es empfiehlt sich jedoch, die Kriterien der groben Nachteiligkeit gemäß Art.7 der Richtlinie im Gesetz zu bestimmen. Die bezüglich der Prüfungsfrist gegebene Erklärung (Begründung S.17), dass die Prüfung „bei größeren Werken auch mehrere Tage betragen (könne) ... jedoch 30 Tage nicht überschreiten“ werde, mag für viele Fälle zutreffen, jedoch nicht für alle. Die Vorschrift gilt auch für Großprojekte, bei welchen die technische Abnahmeprüfung sich u.U. über weit mehr als einen Monat hinziehen kann. Sie gilt ferner auch für Subunternehmerverträge, bei denen die Abnahme durch den Hauptauftraggeber vorgesehen sein kann (dazu § 641 Abs. 2 BGB).

Eine gesetzliche Fixierung der Kriterien, welche für die Beurteilung einer „groben Nachteiligkeit“ maßgeblich sind, ist vor allem deshalb erforderlich, weil die Formulierung „grob nachteilig“ allein die Perspektive des Zahlungsgläubigers anspricht und Gründe, welche diesen Nachteil legitimieren, ausblendet. Das Wort „grob“ betrifft eher das Maß des Nachteils als die Unangemessenheit – d.h. das Fehlen eines legitimen Interesses der anderen Seite (siehe auch dazu den Fall des Subunternehmers, § 641 Abs. 2 BGB). Diese Interessen der anderen Seite müssen aber auch berücksichtigt werden. Das ist durch die Definition der Kriterien in Art. 7 der Richtlinie so vorgesehen, entspricht auch den Grundprinzipien des deutschen Vertragsrechts, nach denen die Vertragsfreiheit nicht ohne gewichtigen Grund eingeschränkt werden darf. Das bedeutet zwingend, dass nicht einseitig wegen der Interessen der einen Seite die Vertragsfreiheit beschnitten werden darf.

Überdies sollte der Satzbau geändert werden. Die Formulierung „nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist“ bringt das Regelverständnis zum Ausdruck, dass eine längere Frist grob nachteilig sei. Die Wirksamkeit ist durch den Eingangssatz „nur wirksam“ als Ausnahme dargestellt. Die Richtlinie gebietet das nicht. Die Formulierung (in der deutschen Fassung „vorausgesetzt, dass dies ... nicht grob nachteilig ist“) bringt insoweit kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck. Dasselbe gilt für die englische und die französische Fassung der Richtlinie. Bleibt es im Grundsatz beim jetzigen Aufbau der Vorschrift, so sollte formuliert werden

„unwirksam, wenn sie nicht ausdrücklich getroffen oder für den Gläubiger grob nachteilig ist“.

4. Zu den Fristen von 30 oder 60 Tagen, die in der Richtlinie vorgegeben sind, weist der DAV auf Folgendes hin: In Deutschland ist es üblich (und wesentlich leichter handhabbar) Fristen nicht nach Tagen, sondern nach Wochen oder Monaten zu berechnen. Eine Frist von einem Monat kann exakt einer 30-Tages-Frist entsprechen, aber auch länger oder kürzer sein. Eine Frist von zwei Monaten entspricht in Schaltjahren einer Frist von 60 Tagen, wenn die Frist im Januar oder Februar beginnt, in anderen Jahren ist sie bei solchem Fristbeginn kürzer als 60 Tage, sonst länger. Es wäre unsachgemäß, die Vereinbarung einer Frist von einem oder zwei Monaten, weil sie länger als 30 oder 60 Tage sein kann oder ist, deshalb insgesamt für unwirksam zu erklären. Der DAV regt deshalb eine Bestimmung an, wonach die Vereinbarung einer Frist von einem oder zwei Monaten nicht deshalb unwirksam ist, weil dadurch die Höchstfrist von 30 oder 60 Tagen um einen oder zwei Tage überschritten wird, sondern in solchen Fällen die Monatsfrist als Vereinbarung einer Frist von 30 Tagen und einer Frist von zwei Monaten als Vereinbarung einer Frist von 60 Tagen gilt (Formulierungsvorschlag siehe am Ende dieses Abschnitts). Eine solche Bestimmung ist auch deshalb ratsam, weil ohne sie ggf. in AGB (wegen des allgemeinen Prüfungsmaßstabs) ein anderer Inhalt zugrunde gelegt würde als bei einem Individualvertrag, in dem wegen des konkreten Fristbeginns die Maximalfrist nicht überschritten ist. Die Richtlinie lässt wohl eine Umsetzung nicht zu, nach welcher die Vereinbarung einer längeren Frist nur insoweit unwirksam ist, als die in der Richtlinie vorgesehene Höchstfrist überschritten wird. Die hier vorgeschlagene Berechnungsvorschrift würde sich jedoch noch im Rahmen der Richtlinie halten.
  
5. Gemäß § 271a Abs. 4 BGB-E sollen die Absätze 1 bis 3 nicht gelten für „die Vereinbarung von Abschlagszahlungen und sonstigen Ratenzahlungen“. Das ist in mehrfacher Hinsicht nicht sachgerecht.
  - (a) Ratenzahlungen sind nur eine Erscheinungsform eines von dem Sachschuldner gewährten Kredits. Dass die Vorschriften für Ratenzahlungen nicht gelten, ist sachgerecht. Es sollte aber jedenfalls in der Begründung klargestellt werden, dass ein von dem Lieferanten gewährter Kredit, der entweder verzinslich ist oder von vornherein zu einer Erhöhung des vereinbarten Entgelts führt, nicht unter die Vorschrift fällt. Zwar enthält die Richtlinie insoweit keine ausdrückliche Ausnahme. Der DAV geht jedoch

davon aus, dass in anderen Rechtsordnungen – aufgrund anderer Rechtstradition und geringerer Neigung der Gerichte, Gesetze, auch mit dem Argument der Umgehung, extensiv auszulegen – es einer Klarstellung dieser Art nicht bedarf. Im deutschen Rechtskreis erscheint eine solche Klarstellung, wie gesagt jedenfalls in der Begründung, sachgerecht.

- (b) Demgegenüber ist die Ausnahme der vereinbarten oder gesetzlich geschuldeten Abschlagszahlungen (siehe § 632a BGB) unangemessen. Bei größeren Werken (nicht nur der Bauindustrie) sind häufig Abschlagszahlungen nach Arbeitsfortschritt zu leisten. Deren Verzögerung trifft den Unternehmer ebenso hart wie die Verzögerung der Schlusszahlung, ja mitunter trifft sie ihn noch härter, weil der Liquiditätsausfall ihn möglicherweise der Fähigkeit beraubt, das Werk zu vollenden. Die Regelung sollte ausdrücklich auch für Abschlagszahlungen anwendbar sein.
- (c) Schließlich kommt mit der Formulierung „Abschlagszahlungen und sonstigen Ratenzahlungen“ ein Fehlverständnis zum Ausdruck. Von Ratenzahlungen spricht man, wenn die Gesamtzahlung geschuldet und (vorbehaltlich der Ratenvereinbarung) fällig ist. Abschlagszahlungen sind – jedenfalls in § 632a BGB – dagegen Zahlungen auf bereits erbrachte Teilleistungen.

- 6. Die Regelungskonzeption geht nach der Begründung (Seite 14) davon aus, dass der Begriff der Zahlungsfrist und der Beginn der Höchstfrist in der Richtlinie nicht definiert sei. Das ist in dem Sinne richtig, dass unter den Begriffsbestimmungen (Art. 2) der Richtlinie der Begriff Zahlungsfrist nicht definiert ist. Es ist aber eindeutig, was die Richtlinie mit der Zahlungsfrist meint: Diejenige vertraglich vereinbarte Frist, deren Höchstdauer in Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 4 geregelt ist. Die wesentliche Frage betrifft den Zeitpunkt des Fristbeginns. Das ist (abgesehen von Fällen einer vereinbarten Abnahme oder Überprüfung) der Zeitpunkt des Rechnungszugangs, frühestens jedoch der Zeitpunkt des Empfangs der Gegenleistung und, bei Unklarheit des Zeitpunkts des Rechnungszugangs, der Zeitpunkt des Empfangs der Gegenleistung. Zu diesem Zeitpunkt beginnt der Lauf der Höchstfrist.
- 7. Die Begründung (Seite 15) charakterisiert den § 271a BGB-E als „Verbotsnorm“. Das entspricht weder dem Wortlaut der Vorschrift, noch ist es sachgerecht. Als

Verbotshnorm hätte ein Verstoß nicht nur die Unwirksamkeit zur Folge, sondern könnte auch deliktische Haftungen (§ 823 Abs. 2 BGB) auslösen, die möglicherweise erheblich weiter reichen könnten als die bloße Nichtigkeit und Verzugsfolge, bis hin zur möglichen Haftung der bei Vertragsabschluss handelnden Personen. § 271a enthält kein Verbot, sondern eine schlichte Nichtigkeitsfolge. Die Nichtigkeit folgt nicht aus § 134 BGB, sondern unmittelbar aus § 271a BGB-E. Das ist evident bzgl. der nur konkludent getroffenen Vereinbarungen, die ausdrücklich unwirksam sind und praktisch Fälle der Formnichtigkeit darstellen. Aber auch bzgl. der inhaltlich determinierten Unwirksamkeitsfolgen ist die Vorschrift kein Verbotsgesetz. Sie ist etwa vergleichbar den §§ 137, Satz 1 202, 248 Abs. 1, 276 Abs. 3, 307, 308, 309, 2302 etc.

8. Die Überschrift „Vereinbarung über Zahlungs-, Überprüfungs-, oder Abnahmefristen“ soll nach der Begründung deutlich machen, dass die Bestimmung nicht unmittelbar diese Fristen regelt, sondern die Freiheit zur Vereinbarung solcher Fristen beschränkt. Das trifft jedenfalls für die Sätze 2 und 3 des Absatz 1 (die gemäß Abs. 2 Satz 2 auch in dessen Anwendungsbereich gelten sollen) nicht zu. Mindestens nach ihrer Formulierung regeln diese Sätze nicht den Vertragsinhalt, sondern die weitere Vertragsabwicklung. Richtigerweise sollte das in Satz 2 angesprochene Thema mit zum Inhalt dessen gehören, was vereinbart werden kann. So ist dieser Satz jedenfalls nicht formuliert. Satz 3 mit seiner Vermutung sollte dagegen die Anwendung einer solchen Vereinbarung zur Zahlungsfrist regeln.

In Absatz 1 Satz 3 sind jedenfalls die Worte „bis zum Beweis eines anderen Zeitpunkts“ im dritten Satz überflüssig. Dass es sich um eine widerlegliche Vermutung handelt, ist auch ohne diese Worte selbstverständlich.

Nach dem zweiten Halbsatz dieses dritten Satzes soll (offenbar für die Vermutung) an die Stelle des Zeitpunkts des Empfangs der Gegenleistung ein späterer von dem Gläubiger „benannter“ Zeitpunkt treten. In der Begründung wird statt des Wortes „benannt“ das Wort „behauptet“ verwendet. Was damit gemeint ist, ist unklar. Ist etwa ein späteres Rechnungsdatum gemeint? Oder das spätere Rechnungsdatum zuzüglich der üblichen Postlaufzeit?



9. Die Vorschrift verwendet – wie bereits § 286 Abs. 3 BGB - den Begriff der „Zahlungsaufstellung“. Der DAV wiederholt die Anregung, diesen Begriff – auch in § 286 Abs. 3 BGB – durch den treffenderen Ausdruck „Zahlungsaufforderung“ zu ersetzen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der mit der Schuldrechtsreform eingeführte § 286 Abs. 3 BGB – abweichend vom deutschen Wortlaut der Richtlinie 2000/35/EG – das Wort „Zahlungsaufstellung“ verwendet. Sowohl die damalige Richtlinie als auch die Richtlinie 2011/7/EU verwenden in ihrer deutschen Fassung den Terminus „Zahlungsaufforderung“. Die englische Fassung spricht von „request for payment“ und die französische von „demande de paiement“. All das entspricht dem deutschen Wort „Zahlungsaufforderung“ und nicht dem Wort „Zahlungsaufstellung“. Letzteres ist auch missverständlich, weil es jedenfalls sprachlich eher auf eine Aufstellung bereits geleisteter Zahlungen oder irgendwann einmal zu leistender Zahlungen (etwa in einem detaillierten Angebot) hindeutet.
  
10. Die Begründung (Seite 15) sieht keine Notwendigkeit zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 3(b) der Richtlinie. Der DAV gibt dazu Folgendes zu bedenken:
  - (a) Soweit der Beginn der Zahlungsfrist von dem Zugang einer Rechnung abhängt, stellt sich die Frage, ob durch Vertragsbedingungen der Zugang der Rechnung hinausgeschoben werden kann, etwa dergestalt, dass Rechnungen nur an bestimmten Tagen der Woche oder des Monats als zugegangen gelten. Solche Regelungen würden durchaus üblichen Praktiken entsprechen, nach denen Zahlungen nur an bestimmten Tagen (z.B. am zweiten oder vierten Dienstag eines Monats oder nur am 7., 17. oder 27. eines Monats bzw. am jeweils nächst folgenden Banktag) erbracht werden. Allerdings ist eine Regelung dieser Art in der Richtlinie nur für öffentliche Stellen als Entgeltschuldner getroffen, nicht für sonstige Schuldner.
  - (b) Auch von der Rechtsfolgenseite her hält der Entwurf (Seite 16) eine Regelung nicht für erforderlich, weil die vertragswidrig verfrühte Rechnungsstellung keine Schadensersatzpflicht begründen könne, weil die Verpflichtung zur Erfüllung einer fälligen Forderung keinen Schaden darstelle. Diese Begründung ist zirkulär. Der Schaden besteht gerade in der Fälligkeit der Forderung. Nach deutschem Rechtsverständnis bedürfte es freilich keiner ausdrücklichen Regelung, dass eine vertragliche Bestimmung, wonach beispielsweise eine Rechnung frühestens einen Monat nach Lieferung

versandt werden darf, unzulässig ist. Das ist im Gesamtkontext der Regelung selbstverständlich. Es sollte aber nicht mit brüchigen Argumenten begründet werden.

11. Schließlich ist das Verhältnis zu § 139 BGB zu regeln. Ohne eine ausdrückliche Bestimmung bestünde sonst die Gefahr, dass die Nichtigkeit der Vereinbarung einer unzulässig langen Frist die Gesamtnichtigkeit des Vertrages zur Folge hat. Siehe dazu etwa § 306 Abs. 1 BGB.
12. Entsprechend dem Vorschlag unten zu Art. 1 Nr. 4 und 5 sollte durch einen schlichten Hinweis klargestellt werden, dass strengere Prüfungsmaßstäbe auch nach AGB-Recht unberührt bleiben.

### **Formulierungsvorschlag**

Aus den vorgenannten Gründen und zur Vermeidung einer gewissen Schwerfälligkeit der Formulierung des Entwurfs schlägt der DAV vor, den § 271a insgesamt wie folgt zu fassen:

„§ 271a Vereinbarte Zahlungs-, Überprüfungs-, und Abnahmefristen bei Entgeltforderungen

- (1) Eine Vereinbarung, nach der die Frist für die Erfüllung einer Entgeltforderung 60 Tage nach Fristbeginn (Abs. 3) überschreitet, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen ist.
- (2) Ist der Schuldner ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 – 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so ist abweichend von Absatz 1 eine Vereinbarung, nach der die Frist für die Erfüllung einer Entgeltforderung 30 Tage nach Fristbeginn überschreitet, nur wirksam, wenn sie
  1. ausdrücklich getroffen und
  2. aufgrund der besonderen Natur oder der Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und
  3. die in ihr vereinbarte Frist 60 Tage nicht überschreitet.
- (3) Die Frist beginnt mit dem Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung, jedoch nicht vor Empfang der Gegenleistung und, soweit für

die Entstehung der Zahlungspflicht oder eines Teils davon weitere Voraussetzungen vereinbart sind, für die davon betroffene Forderung oder Teilforderung nicht vor Erfüllung dieser weiteren Voraussetzungen. Es wird vermutet, dass eine zugegangene Rechnung zum Zeitpunkt des Empfangs der Gegenleistung zugegangen ist. Ist die Entgeltforderung aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung erst nach Prüfung oder Abnahme der Gegenleistung zu erfüllen, so beginnt die Frist nicht vor Abnahme oder Abschluss der Prüfung oder dem Ablauf der für sie angemessenen Frist. Die Prüfungs- und Abnahmefrist beträgt 30 Tage, sofern nicht ausdrücklich eine längere Frist vereinbart ist.

- (4) Überschreitet eine vereinbarte Frist von einem Monat eine nach vorstehenden Vorschriften höchstens zulässige Frist von 30 Tagen, so gilt eine Frist von 30 Tagen als vereinbart; überschreitet eine vereinbarte Frist von zwei Monaten eine nach vorstehenden Vorschriften höchstens zulässige Frist von 60 Tagen, so gilt eine Frist von 60 Tagen als vereinbart;
- (5) Eine Vereinbarung gemäß Abs. 1 und Abs. 3 Satz 4 ist unwirksam, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles für den Gläubiger grob benachteiligt ist. Bei der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles ist insbesondere zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Art der Gegenleistung die Vereinbarung entgegen den Grundsätzen des guten Glaubens und der Redlichkeit von guter Handelspraxis abweicht und der Schuldner einen objektiven Grund für die Verlängerung der Frist hat.
- (6) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend für Abschlagszahlungen, die aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder vertraglicher Vereinbarung geschuldet werden.
- (7) Als Vereinbarung über die Zeit der Erfüllung der Entgeltforderung gilt es nicht, wenn nach ausdrücklicher Vereinbarung der Gläubiger dem Schuldner einen Kredit in Höhe der Entgeltforderung oder eines Teils derselben gewährt und diese Finanzierung durch vereinbarte Zinsen oder eine Erhöhung des Entgelts vergütet wird.
- (8) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für die Vereinbarung von Teilleistungen sowie für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher beteiligt ist.
- (9) Ist die Vereinbarung einer Zahlungsfrist aufgrund dieser Bestimmung unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam.“

(10) Die Absätze 1 bis 8 lassen § 307 und sonstige Vorschriften, aus denen sich Beschränkungen für Vereinbarungen über Zahlungs-, Überprüfungs- oder Abnahmefristen ergeben, unberührt.“

### **Zu Art. 1 Nr. 2 - § 286 Abs. 5 BGB-E**

Die Vorschrift bringt nur sehr undeutlich zum Ausdruck, was gemeint ist. Insbesondere ist das Verhältnis des § 271a BGB-E zu § 286 Abs. 3 BGB unklar. Nach letzterer Bestimmung tritt Verzug 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung ein. Die – wirksame – Vereinbarung einer Zahlungsfrist schiebt die Fälligkeit hinaus. Der Verzug würde demnach offenbar erst 30 Tage nach Ablauf der gemäß § 271a BGB-E wirksam vereinbarten Fälligkeit eintreten. Das wäre richtlinienwidrig, weil die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen mit dem Ablauf der Zahlungsfrist einsetzen muss (Art. 3 Abs. 3(a), Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie). Der Verzug muss sich im Fall der Vereinbarung einer Zahlungsfrist wohl aus § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Ein entsprechender Hinweis mindestens in der Begründung wäre hilfreich.

Abgesehen davon regelt § 271a BGB-E aber nicht die Voraussetzungen des Verzugs sondern der Fälligkeit. Es scheint fraglich, ob die vorgesehene Formulierung des § 286 Abs. 5 BGB-E einer Vereinbarung entgegenstünde, welche etwa dahin geht, dass Verzug nicht vor Ablauf von beispielsweise zwei Wochen nach Fälligkeit eintritt. Nach der Begründung (Seite 19) soll es zulässig sein, für den Verzugseintritt noch eine Frist nach Ablauf der im Rahmen des § 271a BGB-E vereinbarten Zahlungsfrist nachzuschalten. Das ist mit Art. 3 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie nicht vereinbar.

Da der Verzug gemäß § 286 an der Fälligkeit anknüpft und diese durch § 271a BGB-E geregelt wird, bedarf es keines Hinweises in § 286, dass bei der Bestimmung der Fälligkeit § 271a BGB-E zu berücksichtigen ist.

Regelungsbedarf besteht daher nur bezüglich

- Der formellen Anforderungen an Vereinbarungen zum Verzugseintritt und
- der Klarstellung, dass der Verzug (entgegen dem in der Begründung gegebenen Beispiel) spätestens mit dem Ablauf der Frist eintritt, die gemäß § 271a BGB-E höchstens als Zahlungsfrist hätte vereinbart werden können.

Nach dem Entwurf soll in § 286 Abs. 5 nicht auf § 271a Abs. 4 Nr. 1 verwiesen werden. Nach der Begründung soll dadurch sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Verzugsregelungen „auch für Abschlags- und sonstige Ratenzahlungen gelten und nicht durch Vereinbarungen über den Verzugseintritt umgangen werden können“. Die Begründung und der dazu gegebene Hinweis auf Erwägungsgrund 22 der Richtlinie ist nicht nachvollziehbar. Die Richtlinie lässt gemäß Art. 5 die Vereinbarung von Ratenzahlungen insgesamt zu. Damit können die Fälligkeit (und der Beginn der Verzugszinsen) von den Mitgliedsstaaten autonom geregelt werden. Die Höhe des Verzugszinses ist dann allerdings wieder durch die Richtlinie vorgegeben. Dem letzteren Erfordernis wird durch die allgemeine Erhöhung des Verzugszinses für Entgeltforderungen Rechnung getragen. Wenn Ratenzahlungen beliebig vereinbart werden können (auch konkludent) ist es unstimmg, für Vereinbarungen hinsichtlich des Verzugsbeginns bei Ratenzahlungen auf § 271a Abs. 1 bis 3 zu verweisen (was dadurch geschieht, dass die Ausnahmevorschrift des Absatz 4 Nr. 1 von der Verweisung ausgenommen wird). Aus diesen Gründen sollte § 286 Abs. 5 wie folgt formuliert werden:

„Eine Vereinbarung, durch welche für eine Entgeltforderung der Eintritt des Verzugs abweichend von Abs. 1 bis 3 hinausgeschoben wird, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen ist und der Verzug nach ihr spätestens mit dem Ablauf der Zahlungsfrist eintritt, die gemäß § 271a längstens hätte vereinbart werden können. Das gilt nicht für Entgeltforderungen, deren Schuldner ein Verbraucher ist. Absatz 4 bleibt unberührt. Die Unwirksamkeit einer solchen Vereinbarung lässt die Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen unberührt.“

Sinnvoll wäre es, den § 271a auch in § 286 Abs. 3 Satz 1 BGB zu reflektieren und diesen wie folgt zu fassen:

„Der Schuldner einer Entgeltforderung kommt in Verzug, wenn er nicht *bis zum Ablauf einer gemäß § 271a vereinbarten Zahlungsfrist und mangels einer solchen Vereinbarung binnen 30 Tagen* nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung leistet; dies gilt gegenüber einem Schuldner, der Verbraucher ist, nur, wenn auf diese Folgen in der Rechnung oder Zahlungsaufforderung besonders hingewiesen worden ist.“

### **Zu Art. 1 Nr. 3(c) (§ 288 Abs. 5 und 6 BGB-E)**

Mit diesen Vorschriften bleibt der Entwurf zum Teil hinter der Richtlinie zurück und geht zum Teil über sie hinaus. Beides ist nicht sachgerecht:

Nach dem neuen Absatz 5 Satz 3 soll die Pauschale (EUR 40,00) auf die Kosten der Rechtsverfolgung angerechnet werden. Das entspricht nicht der Richtlinie. Denn nach Erwägungsgründen 19 und 20 der Richtlinie soll die Pauschale die Verwaltungskosten und sonstigen internen Kosten der Beitreibung pauschalieren und begrenzen. Das schließt eine Anrechnung auf externe Kosten der Rechtsverfolgung aus. Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie ist im Sinne von Erwägungsgrund 19 zu verstehen, auch wenn der unmittelbare Wortlaut dieser Vorschrift in ihrer deutschen und englischen Fassung das nicht ergibt. Eindeutig ist dagegen die französische Fassung, in der der Teil „die diesen Pauschalbetrag überschreiten“ (entsprechend im englischen Text „exceeding that fixed sum“) kein Gegenstück findet. Stattdessen heißt es in der französischen Fassung „tous les autres frais de recouvrement“.

Das in Erwägungsgrund 19 zum Ausdruck gebrachte Ziel, den Anspruch auf Ersatz von Verwaltungs- und sonstigen internen Kosten der Beitreibung auf den Pauschbetrag zu beschränken, findet im regelnden Text der Richtlinie, Art. 6, keinen Niederschlag. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten frei sind, einen Anspruch auf Ersatz solcher Kosten, soweit sie den Pauschbetrag übersteigen, zuzulassen. Das bedeutet, dass insoweit die Anrechnung dann zulässig und sachgemäß ist. Wenn ein Anspruch auf weitergehende Verwaltungs- und interne Kosten zugelassen werden soll, müsste der letzte Satz von § 288 Abs. 5 BGB-E wie folgt gefasst werden:

„Die Pauschale in Abs. 1 ist auf den geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in *Verwaltungs- und sonstigen internen Kosten* der Rechtsverfolgung begründet ist.“

Soll dagegen ein weitergehender Schadensersatzanspruch wegen Verwaltungs- und interner Kosten entsprechend Erwägungsgrund 19 ausgeschlossen werden, so müsste der letzte Satz ersatzlos gestrichen werden und der erste Satz wie folgt formuliert werden:

„Der Gläubiger einer Entgeltforderung hat bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, *zur Abgeltung sämtlicher durch den Verzug dem Gläubiger*

*entstehenden Verwaltungs- und sonstigen internen Kosten der Rechtsverfolgung* außerdem Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von EUR 40,00.“

Unabhängig von diesen Vorschlägen wird angeregt, in Satz 1 den unbestimmten Artikel „einen“ vor dem Wort „Anspruch“ zu streichen.

Nach § 288 Abs. 6 Satz 1 BGB-E soll eine Vereinbarung, durch welche der Anspruch auf Verzugszinsen bei einer Entgeltforderung ausschließt, unwirksam sein. Das entspricht der Richtlinie. Die Richtlinie lässt aber eine Vereinbarung über den geltenden Zinssatz zu, die allerdings nicht durchsetzbar sein darf „wenn sie für den Gläubiger grob nachteilig ist“. Diese Möglichkeit wäre nach dem Entwurf nicht gegeben. Wegen des drakonisch hohen Zinssatzes sollte diese Möglichkeit jedenfalls eröffnet werden.

Nach Satz 2 des Absatzes soll eine Vereinbarung über den Ausschluss des Anspruchs auf die Pauschale unwirksam sein, es sei denn, sie sei nicht grob nachteilig. Hierzu gilt dasselbe wie oben zu Art. 1 Nr. 1 (unter Nr. 3) gesagt: Die Wirksamkeit sollte nicht als Ausnahmefall dargestellt werden, wie es jetzt durch die Formulierung „es sei denn“ vorgesehen ist. Überdies sollten die Kriterien der groben Nachteiligkeit festgelegt werden. Wenn dies, wie vorgeschlagen, in § 271a geschieht, kann hierauf verwiesen werden. Demgemäß sollte Satz 2 wie folgt formuliert werden:

„Eine Vereinbarung, die *den für eine Entgeltforderung geltenden Verzugszinssatz ermäßigt oder* den Anspruch des Gläubigers auf die Pauschale gemäß Abs. 5 oder den Ersatz des sonstigen Schadens, der in den Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist, ausschließt, *ist unwirksam*, wenn sie für den Gläubiger *im Sinne von § 271a Abs. [●]* grob nachteilig ist.“

#### **Zu Art. 1 Nr. 4 und 5 (§§ 308, 310 BGB)**

Wie eingangs bemerkt, wird mit diesen Vorschriften das bisher – jedenfalls nach dem Gesetzestext – klare Konzept der Scheidung von Vorschriften, die AGB gegenüber einem Verbraucher, und solchen, die AGB gegenüber anderen betreffen, durchbrochen. Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 308 (AGB werden gegenüber einem Verbraucher verwendet) geht es um den Fall, dass ein Verbraucher Inhaber der Entgeltforderung ist. Typische Beispiele mögen der Gebrauchtwagenverkauf an einen Händler oder dgl. sein. Stehen auf beiden Seiten des Vertrages Verbraucher, so wird es typischerweise an dem Merkmal fehlen, dass AGB „gestellt“ werden. Dann gibt es aber auch keinen Verwender im

Sinne des AGB-Rechts. Denkbar ist aber auch, dass der Verbraucher der Gläubiger ist und AGB verwendet, beispielsweise der private Bauherr, der über einen Architekten AGB gegenüber dem Bauunternehmer verwendet. Es leuchtet nicht ein, weshalb in einer solchen Konstellation andere Maßstäbe gelten sollten, als im umgekehrten Fall, in welchem der Verbraucher der Gläubiger der Entgeltforderung ist.

Die Regelung ist für das Verbraucherrecht überflüssig. Dasselbe gilt für den unternehmerischen Rechtsverkehr (B2B). Für beide Bereiche können geeignete Fälle unbedenklich über § 307 BGB gelöst werden. Die Sorge, dass § 271a mit den in ihm vorgesehenen Höchstfristen zum Leitbild werden könnte, ist nicht nachvollziehbar. Denn Leitbild als Maßstab des § 307 ist das dispositive Recht, also dasjenige, was ohne ausdrückliche Vereinbarung gilt. § 271a regelt demgegenüber Grenzen dessen, was (einzelvertraglich) vereinbart werden kann. Er kann deshalb von vornherein keine Leitbildfunktion haben. Dass ihm diese Funktion nicht zukommt, ist überdies gemäß dem Entwurf (§ 271a Abs. 5 BGB-E oder Abs. 10 in dem hier vorgelegten Formulierungsvorschlag) hinreichend deutlich gemacht, zumal dann, wenn wie hier vorgeschlagen (nach dem Vorbild des § 475) noch ausdrücklich auf § 307 verwiesen wird.

Es mutet schon merkwürdig an, dass ein Gesetz zur Umsetzung einer Richtlinie, die ausschließlich den Geschäftsverkehr betrifft, Sachverhalte, die unterhalb der Eingriffsschwelle der Richtlinie liegen, für den Verbraucherschutz und dann auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr einfügen will und dafür gleichzeitig einen Systembruch im Gefüge der §§ 305 ff. in Kauf nimmt. Es wird dringend empfohlen, von diesem Vorhaben abzusehen und die Nr. 4 des Art. 1 ersatzlos zu streichen.