

**Thesenpapier zur Umsetzung der Zahlungsverzugs-Richtlinie
Nr. 2011/7/EU¹**

Das Grundanliegen dieses Papiers zielt darauf ab, in erster Linie der Frage nachzugehen, ob denn die vom Gesetzgeber beabsichtigte Neuregelung des Verzugseintritts nach § 271 a Abs. 1 BGB-E² mit seiner Höchstfrist von 60 Tagen ein neues gesetzliches Leitbild zum Nachteil des Gläubigers schafft (sub Ziff. 1). Falls diese Frage bejaht wird, dann stellt sich unter der Perspektive des Art. 12 Abs. 3 der Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU die weitere Frage, welche Gründe – auch unter Beachtung der bisher geltenden Rechtslage - dafür sprechen, die Höchstfrist von 60 auf 30 Tage zu verkürzen (sub Ziff. 2), weil nur so die vom Gesetzgeber beabsichtigte „Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr“ gelingen kann. In einem dritten Schritt soll dann die gleiche Fragestellung – freilich: mutatis mutandis - im Blick auf die beabsichtigte gesetzliche Neuregelung von § 271 a Abs. 3 BGB beantwortet werden (sub Ziff. 3). Alle anderen Fragestellungen, die sich auf Grund des Gesetzesentwurfs zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr³ aufdrängen, sollen außer Betracht bleiben.

1. Essenz des § 271 a Abs. 1 BGB-E und gesetzliches Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)
 - 1.1 Der Norminhalt von § 271 a Abs. 1 BGB-E ist durch folgende Merkmale charakterisiert: Die Fälligkeit einer Entgeltforderung des Gläubigers, die erst später als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung, einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung oder nach Empfang der Gegenleistung begründet werden soll, bedarf einer ausdrücklichen Vereinbarung. Doch ist sie nur dann wirksam, wenn sie für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist. Damit benennt der Gesetzesentwurf eine Zahlungshöchstfrist⁴. Allerdings kann sie überschritten und zum Nachteil des Gläubigers verlängert werden, wenn die entsprechende vertragliche Vereinbarung zum einen als „ausdrücklich“ einzuordnen ist und zum anderen den Gläubiger „nicht grob benachteiligt“.
 - 1.2 Dass die Umsetzung von § 271 a Abs. 1 BGB-E zwingend dazu führt, ein neues gesetzliches Leitbild zu schaffen, liegt auf der Hand und ist in Grundzügen auch zutreffend vom Bundesrat in die Debatte eingebracht worden⁵. Denn es steht im Kontext von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB außer Zweifel, dass alle gesetzlichen Normen „Leitbildfunktion“ entfalten, weil nämlich die „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ den normativen Vergleichsmaßstab⁶ für die richterliche Inhaltskontrolle von abweichenden AGB-Klauseln enthalten. Der Hintergrund und auch die Legitimation einer so verankerten richterlichen Inhaltskontrolle liegt darin, dass nach einer schon lange zurück liegenden Rechtsprechung den Normen des dispositiven Rechts nicht nur reine Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern in der

¹ ABl. v. 23.2.2011 – L 48/1.

² BT-Drucks. 17/10491.

³ BT-Drucks a.a.O.

⁴ BT-Drucks 17/10491 S. 7; S. 10.

⁵ BT-Drucks. 17/10491 S. 17.

⁶ *Fuchs*, in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., Köln 2011, § 307 Rdnr. 206; *Staudinger/Coester*, BGB (Neubearbeitung 2006), Berlin, § 307 Rdnr. 229 f.; Rdnr. 247 ff.

Regel Gerechtigkeitsentscheidungen⁷ des parlamentarischen Gesetzgebers⁸ zuerkannt werden⁹. Weicht also der AGB-Verwender von dieser „Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts“¹⁰ nicht unerheblich ab¹¹, dann ordnet § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB „im Zweifel“ an, dass es sich um eine für den anderen Vertragsteil unangemessene Benachteiligung handelt und die betreffende Klausel unwirksam ist.

- 1.3 Die Rechtsprechung des BGH verlangt hier auf Grund einer wertenden Betrachtung eine Benachteiligung von einigem Gewicht¹². Sie geht dabei grundsätzlich im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB davon aus, dass der Verwender verpflichtet ist, von vornherein die Belange seines Vertragspartners angemessen zu wahren, weil es ihm untersagt ist zu versuchen, missbräuchlich seine eigenen Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen¹³. Ein solches missbräuchliches Verhalten des AGB-Verwenders liegt immer dann vor, wenn die jeweilige einzelne Klausel nicht unerheblich von den Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzes abweicht. Man kann ein wenig überspitzt formulieren, dass § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dazu geführt hat, dass das dispositive Recht sowohl gegenüber dem Verbraucher als auch im unternehmerischen Bereich zum weithin zwingenden Recht geworden ist.
- 1.4 Wendet man die hier nur skizzenhaft dargestellte Judikatur zur „Leitbildfunktion des geschriebenen Rechts“¹⁴ auf die beabsichtigte Neuregelung von § 271 a Abs. 1 BGB-E an, dann ergeben sich eine Reihe von beachtlichen Fragestellungen:
 - 1.4.1 Erkennbar ist, dass eine Zahlungshöchstfrist von 60 Tagen – zumindest im Umkehrschluss – nach § 271 a Abs. 1 BGB gänzlich unbedenklich ist. Denn die Frage, ob denn eine für die Gläubiger grobe Benachteiligung vorliegt, stellt sich hier gar nicht. Voraussetzung ist insoweit lediglich, dass eine entsprechende Vereinbarung vorliegt. Man muss daher im Blick auf § 271 a Abs. 1 BGB-E folgern, dass eine Frist von 60 Tagen nach § 307 Abs. 3 BGB der AGB-rechtlichen Kontrolle deswegen entzogen ist¹⁵, weil es sich bei einer solchen Klausel um eine solche handelt, die rein deklaratorisch die gesetzliche Norm reflektiert¹⁶. Damit aber ist erkennbar die Zahlungshöchstfrist von 60 Tagen ein neues Leitbild.
 - 1.4.2 Wird jedoch auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung die Frist von 60 Tagen für die Fälligkeit einer Entgeltforderung überschritten, dann ist dies nicht davon abhängig, ob eine solche Vereinbarung schriftlich oder mündlich, durch AGB oder auf Grund einer Individualvereinbarung getroffen worden ist. Sie darf nur nicht konkludent¹⁷ zustande gekommen sein. Und sie darf den Gläubiger im Sinn von § 271 a Abs. 1 BGB nicht grob benachteiligen.

⁷ BGHZ 41, 151, 154 f.; BGHZ 89, 206, 211.

⁸ MünchKomm/Wummnest, BGB, 6. Aufl., München 2012, § 307 Rndr. 66.

⁹ BT-Drucks 7/5422 S. 6.

¹⁰ Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, AGB-Kommentar, Heidelberg 1977, § 9 Rdnr. 22.

¹¹ Hierzu Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., München 2013, § 307 Rndr. 31.

¹² Hierzu Fuchs, in Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 6) § 307 Rdnr. 229 f.

¹³ Ständige Rechtsprechung vgl. nur BGH NJW 2010, 57, 58 m.w.N.

¹⁴ Vgl. auch BGH NJW 2011, 2640, 2642.

¹⁵ Hierzu Palandt/Grüneberg (Fn. 11), § 307 Rdnr. 41; Erman/Roloff, BGB, 13. Aufl., Köln 2011, § 307 Rdnr. 39.

¹⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2004, 1124, 1125 – Kreditkarten.

¹⁷ BT-Drucks. 17/10491 S. 11.

- 1.5 Die entscheidende Frage ist jedoch, ob die Übernahme des Kriteriums der groben Benachteiligung aus Art. 7 Abs. 1 der Zahlungsverzugs-Richtlinie¹⁸ in die Neuregelung von § 271 a Abs. 1 BGB-E nicht die bisherigen Wertungen von Klauseln, welche die Wirksamkeitsgrenzen des Zahlungsverzugs regeln, zum Nachteil des Gläubigers verschiebt oder gar die Anwendbarkeit von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verdrängt.
- 1.5.1 Auf der Suche nach einer Antwort ist in einem ersten Schritt zu bedenken, dass die bislang geltende Umsetzung der Zahlungsverzugs-Richtlinie 2000/35/EG¹⁹ ins deutsche Recht das seinerzeit in Art. 3 Abs. 3 enthaltene Merkmal der groben Benachteiligung der Interessen des Gläubigers wegen überlanger Zahlungsfristen auf der Ebene des Individualvertrages nicht ausdrücklich umgesetzt, sondern in die Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB²⁰ verschoben hat²¹. Das freilich geht nach allgemeiner Ansicht sehr weit, so dass hier mit einer richtlinienkonformen Auslegung zu helfen ist²². Der Rückgriff auf § 307 Abs. 1 BGB bei der Bewertung einer AGB-Klausel, welche überlange Zahlungsfristen betreffen, wurde indessen wegen des nach Art. 6 Abs. 2 der Zahlungsverzugs-Richtlinie 2000/35/EG angestrebten Mindeststandards als unproblematisch betrachtet²³. Das wird man für den bislang geltenden Rechtszustand als zutreffende Umsetzung bewerten dürfen.
- 1.5.2 Demgegenüber bewertet § 271 a Abs. 1 BGB-E nunmehr formell die Merkmale der Missbräuchlichkeit nach Art. 7 bei einem mehr als 60 Tage andauernden Zahlungsverzug als eine für den Gläubiger tendenziell „grob nachteilige“ Regelung, unabhängig davon, ob es sich um einen Klausel oder um einen Individualvertrag handelt. Das wirft verschiedene Fragen auf, die letztlich auch die Antwort einfordern, ob denn die Wertungen von § 271 a Abs. 1 BGB-E und die von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB miteinander zu harmonisieren sind oder nicht.
- 1.5.2.1 Betrachtet man in einem ersten Schritt den divergenten Wortlaut von Art. 7 (reflektiert in § 271 a Abs. 1 BGB-E) und den von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stellt sich sogleich die heikle Frage, ob denn die Merkmale der groben Benachteiligung des Gläubigers in § 271 a Abs. 1 BGB-E anders zu werten sind als die der Generalklausel in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB²⁴.
- 1.5.2.2 Dafür spricht bereits der Umstand, dass die Vorgaben von Art. 7 erkennbar individuell-konkret sind²⁵, wohingegen die richterliche Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB stets generell-abstrakt gestaltet ist²⁶. Denn Art. 7 Abs. 1 verlangt, dass „alle Umstände des Falles geprüft“ werden und insbesondere – vgl. lit. c – „ob

¹⁸ Nr. 2011/7/EU S. 7 – künftig ohne Zusatz.

¹⁹ ABl. v. 8.8.2000 L 200/35.

²⁰ BT-Drucks. 16/6040 S. 82.

²¹ Kritisch hierzu *Heinrichs* BB 2001, 161; *Gsell* ZIP 2000, 1861, 1872; *Kessel*, Die Missbrauchsklausel der Zahlungsverzugsrichtlinie, Baden-Baden 2011, S. 165 ff.

²² Hierzu *Erman/Hager* (Fn. 15, § 386 Rdnr. 55; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11), § 386 Rdnr. 31, *Schulte-Nölke*, in *Dauner-Lieb/Langen*, BGB, 2. Aufl., Baden-Baden, § 286 Rdnr. 8.

²³ Umfassend *Kessel* (Fn. 21) S. 151 ff.

²⁴ Hierzu auch *Kessel* (Fn. 21) S. 108 ff.

²⁵ *Kessel* (Fn. 21) S. 109.

²⁶ Statt aller BGH NJW-RR 2011, 1350, 1351; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11) § 305 c Rdnr. 16.

der (jeweilige) Schuldner einen objektiven Grund“ dafür hatte, von der Höchstfrist von 60 Tagen abzuweichen. Dieser Ansatz muss zwangsläufig zu einer beträchtlichen Kasuistik führen. Demgegenüber ist der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stets das Auslegungsergebnis zugrunde zu legen, welches durch die Anlegung eines überindividuellen Maßstabs gewonnen wurde²⁷. Immer sind es die Interessen der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Parteien, welche das Auslegungsergebnis – bezogen auf den durchschnittlichen Vertragspartner des Verwenders - bestimmen²⁸ und bei einer erwiesenen Mehrdeutigkeit der „kundenfeindlichsten“ Auslegung Platz machen²⁹. Dass die generell-abstrakte Bewertung von Interessen nicht gleich lautend mit derjenigen sein muss, welche sich auf individueller Basis vollzieht, leuchtet ohne nähere Begründung ein.

1.5.2.3 Das hier nur angedeutete Problem ist bereits aus der Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG bekannt. Denn auch hier streitet der individuelle Maßstab der Inhaltskontrolle nach Art. 4 mit dem abstrakten Maßstab des § 307 BGB³⁰. Dieser Konflikt ist bekanntlich auf zwei Ebenen gelöst worden: Zum einen hat der Gesetzgeber den individuellen Prüfmaßstab in § 310 Abs. 2 Nr. 3 BGB verankert, ohne dass dies bislang in der Rechtsprechung seinen Niederschlag gefunden hätte. Zum anderen hat die Rechtsprechung des EuGH den Ansatz begründet, dass die allgemeinen Kriterien für die Missbräuchlichkeit einer Klausel im Rahmen des Art. 3 der Richtlinie europarechtlich festgestellt werden³¹, während die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach Art. 4 der Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber an die Hand gegeben wird.

1.5.2.4 Dieser unterschiedliche Prüfungsansatz einer Missbräuchlichkeit wird durch weitere Merkmale verstärkt: In § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bezieht sich die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung auf die Beachtung der Gebote von Treu und Glauben³². Demgegenüber ist in Art. 7 Abs. 1 a) von der „guten Handelspraxis“ als Maßstab die Rede und auch davon, dass kein Verstoß gegen den „Grundsatz des guten Glaubens und der Redlichkeit“ vorliegen dürfe. Ob hier Deckungsgleichheit besteht, soll nicht weiter untersucht werden, erscheint aber auf den ersten Blick schon deswegen zweifelhaft, weil der in Art 7 angesprochene Standard einer autonomen, europaeinheitlichen Interpretation bedarf³³. Dies ist vor allem im Blick auf das Merkmal der „guten Handelspraxis“ wegen der unterschiedlichen Usancen in den Mitgliedstaaten überaus problematisch³⁴.

1.5.2.5 Entscheidend aber ist, ob denn das Merkmal der groben Benachteiligung des Gläubigers wegen einer überlangen Zahlungsfrist in § 271 a Abs. 1 BGB-E nicht einen gröberen Raster darstellt als das der unangemessenen Benachteiligung in § 307 Abs. 2

²⁷ Palandt/Grüneberg (Fn. 11) § 307 Rdnr. 8.

²⁸ BGH NJW 2010, 293

²⁹ BGH NJW 2008, 2172.

³⁰ Hommelhoff/Wiedmann ZIP 1993, 562, 568 f.; Heinrichs NJW 1993, 1817 ff.; Damm JZ 1994, 161, 172 ff.

³¹ EuGH NJW 2010, 2265, 2266 – Caja de Ahorros; EuGH NJW 2005, 1647 – Freiburger Kommunalbauten.

³² Palandt/Grüneberg (Fn. 11) § 307 Rdnr. 10 ff.

³³ Hierzu Gsell ZIP 1999, 1281, 1283.

³⁴ Kondring BB 2013, 73 ff. – gute unternehmerische Praxis als Kontrollparameter für eine Reform des AGB-Rechts.

Nr. 1 BGB. Selbst wenn man auf der Ebene der AGB-rechtlichen Kontrolle hier eine weitgehende Gleichwertigkeit des Prüfungsmaßstabs anerkennen würde³⁵, so scheidet diese Parallele, sobald es darum geht, auch individualvertraglich akkordierte überlange Zahlungsfristen im Einzelfall als grob nachteilig einzustufen. Denn hier herrschen mit hoher Einseitigkeit die Umstände des Einzelfalls.

- 1.5.3 Unter dieser Perspektive spricht daher sehr viel dafür, dass § 271 a Abs. 1 BGB-E mit seiner Höchstfrist von 60 Tagen für die Bezahlung von Entgeltforderungen als neues gesetzliches Leitbild einzuordnen ist. Und es spricht nicht weniger dafür, dass die Missbrauchskontrolle sich in diesen Fällen ausschließlich an den Merkmalen der groben Benachteiligung in § 271 a Abs. 1 BGB-E ausrichtet. Damit wäre der Vorrang der speziellen Regelung vor der allgemeinen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch für den Fall begründet, dass es sich um die Kontrolle von überlangen Zahlungsfristen in AGB-Klauseln handelt.
- 1.6 Auf einem anderen Blatt steht freilich die Antwort auf die Frage, ob denn § 271 a Abs. 1 BGB-E die Vorgaben von Art. 3 Abs. 5 und Art. 7 zutreffend umgesetzt hat. Das ist jedenfalls deswegen mehr als zweifelhaft, weil das Merkmal der groben Benachteiligung kaum alle die Tatbestandselemente widerspiegelt, welche in Art. 7 im Einzelnen erfasst sind. Der so angesprochene Mangel wird deutlich, wenn man bedenkt, dass Art 7 Abs. 1 zweiter Unterabsatz exakt vorschreibt, welche einzelnen Merkmale in die Berücksichtigung einfließen, ob denn eine Klausel für den Gläubiger „grob nachteilig“ ist. Einer solchen Aufzählung des europäischen Gesetzgebers hätte es kaum bedurft, wenn – auf der Ebene einer autonomen Auslegung – es ohnedies im Rahmen der nationalen Rechte der Mitgliedstaaten klar wäre, welche Einzelfallumstände stets bei der Frage zu beachten sind, ob eine die Zahlungsfrist regelnde Klausel „grob nachteilig“ ist.
- 1.6.1 Teilt man diese Auffassung, dann kann das so gezeichnete Defizit durchaus auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 271 a Abs. 1 BGB-E über das Vehikel des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gelöst werden, wenn eine Klausel im Rahmen einer ausdrücklichen Abrede eine Zahlungsfrist vorsieht, welche die Höchstfrist von 60 Tagen überschreitet. Entsprechend der Praxis, wie sie sich in § 310 Abs. 2 Nr. 3 BGB bei der Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG anerkannt ist³⁶, wäre dann die im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorgenommene abstrakt-generelle Wertung die dem Gläubiger im Sinn von Art. 12 Abs. 3 günstigere und damit unbedenklich zulässig.
- 1.6.2 Vertritt man hingegen eine hiervon abweichende Meinung, dann bleibt es allemal dabei, dass § 271 a Abs. 1 BGB-E mit seiner Höchstfrist von 60 Tagen jedenfalls ein neues Leitbild enthält, dass aber bei längeren Fristen, die ausdrücklich vereinbart werden, dann die Kontrolle der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorgenommen wird, wenn es sich darum handelt, Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer längeren

³⁵ Vgl. *Graf von Westphalen* NJOZ 2012, 441, 445 ff. – für den Bereich der Missbrauchskontrolle im Kontext des Entwurfs einer Verordnung für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.

³⁶ *Heinrichs* NJW 19996, 2190, 2193; *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11) § 310 Rdnr. 19; *Erman/Roloff* (Fn. 15) § 310 Rdnr. 24; vgl. auch im Einzelnen *MünchKomm/Basedow* (Fn. 8) § 310 Rdnr. 77 ff.; a.M. *Hommelhoff/Wiedmann* ZIP 1993, 568, 569 – nur individueller Maßstab; vgl. auch *Schmidt-Salzer* BB 1995, 736.

Zahlungsfrist als AGB-Klausel zu bestimmen. Das ist jedoch nach der hier entwickelten Auffassung lediglich die zweitbeste Lösung.

2. Gründe für eine Verkürzung der Frist des § 271 a Abs. 1 BGG-B auf 30 Tage

- 2.1 Damit stellt sich die weitere Frage, welche Gründe denn dafür angeführt werden können, anstelle der Höchstfrist von 60 Tagen eine Frist von 30 Tagen in § 271 a Abs. 1 BGB-E zu setzen. Diese Forderung kann man rechtspolitisch im Blick darauf begründen, dass im Sinn des Erwägungsgrundes Nr. 12 zur Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU eine „Kultur der unverzüglichen Zahlung“ geschaffen werden soll. Rechtstechnisch lässt sich diese Forderung dadurch stützen, dass man auf die Regelung von Art. 12 Abs. 3 verweist. Danach steht es nämlich den Mitgliedstaaten frei, nationale Regelungen beizubehalten oder zu erlassen, welche für den Gläubiger günstiger sind.
- 2.2 Doch schlagender ist die Argumentation, welche die Zahlungsverzugs-Richtlinie 2000/35/EG und ihre Umsetzung ins deutsche Recht zum Maßstab nimmt. Kardinaler Ansatz hierfür sind die Regelungen in Art. 3 Abs. 1 b – d dieser Richtlinie³⁷. Denn sie prägen immer dann den Eintritt des Verzugs, wenn nach einer Frist von 30 Tagen, gerechnet ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung oder einer entsprechenden Zahlungsaufforderung der geschuldete Geldbetrag nicht beim Gläubiger eingegangen ist³⁸. Freilich steht dies unter der Voraussetzung, dass weder Zahlungstermin noch Zahlungsfrist im Sinn von Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie „nicht vertraglich festgelegt“ sind.
- 2.3 Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung diesen Ansatz der Richtlinie in § 286 Abs. 3 BGB berücksichtigt³⁹. Das setzt allerdings Fälligkeit des jeweiligen Anspruchs voraus⁴⁰, so dass insoweit wiederum im Blick auf die Bestimmung der Leistungszeit auf § 271 BGB verwiesen wird. Daher stellt der Gesetzgeber durchaus mit Recht fest, dass die Vorgaben von Art. 3 Abs. 5 der Zahlungsverzugs-Richtlinie 2011/7/EU im deutschen Recht bislang „ohne Äquivalent“ sind⁴¹. Denn es geht maßgeblich darum, die Wirksamkeitsgrenzen für solche Vereinbarungen festzulegen, welche die Zahlungsfristen – mithin die Fälligkeit eines Entgeltanspruchs - betreffen⁴².
- 2.4 Bedenkt man in diesem Kontext, dass die Frist von 30 Tagen, gerechnet ab Rechnungsdatum sich weithin in der Praxis eingebürgert hat, dann liegt es in der Logik dieser rechtstatsächlichen Feststellung, diese Frist auch als Höchstfrist für § 271 a Abs. 1 BGB-E zu dekretieren. Vor allem im Blick auf den politisch wünschenswerten Schutz des Mittelstandes⁴³ ist dies erstrebenswert⁴⁴. Diese These

³⁷ Hierzu *Kessel* (Fn. 21), S. 100 ff.

³⁸ EuGH NJW 2008, 1935.

³⁹ Hierzu *Schmidt-Ränsch/Maifeld/Meier-Görling/Röcken*, Das neue Schuldrecht, Berlin 2002, S. 209 ff.

⁴⁰ Hierzu *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11) § 286 Rdnr. 8 ff.

⁴¹ BT-Drucks. 17/10491 S. 9.

⁴² BT-Drucks. 17/10491 S. 10.

⁴³ Vgl. die Aufstellung bei *Kessel* (Fn. 21) S. 90 ff. betreffend Zahlungsziele und Verzugsschäden.

⁴⁴ Vgl. *Graf von Westphalen* ZRP 2013, erscheint demnächst.

wird auf der Ebene der juristischen Argumentation dadurch unterstrichen, dass es in der Wirtschaft gang und gäbe ist, den jeweiligen Vertrag unter Verwendung sich gegenseitig ausschließender AGB zu kontrahieren. Dieser Dissens über die anzuwendenden AGB führt dann nach weithin einstimmiger Rechtsprechung der Instanzgerichte⁴⁵ und der Literatur⁴⁶ dazu, dass über §§ 154, 155 BGB dann dispositives Recht gilt, soweit der Dissens der AGB reicht. Da in Bezug auf die Zahlungsfristen in der Regel widerstreitende Interessen in den AGB geregelt sind, kommt auf diesem Weg § 271 Abs. 1 BGB ins Spiel. Die Zahlung ist dann „sofort“ fällig, so dass § 286 Abs. 3 BGB auf diesem Weg mit seiner Frist von 30 Tagen, gerechnet ab Datum der Rechnung in Stellung gebracht wird.

2.5 Wendet man hingegen die insoweit abweichende BGH-Judikatur an⁴⁷, dann setzt sich bei der Kollision von AGB bei Abschluss eines Vertrages der Besteller durch, wenn und soweit er eine Abwehrklausel in seinen AGB vorgesehen hat⁴⁸. Das bedeutet, dass der Besteller ohne weiteres im Kontext von § 271 a Abs. 1 BGB-E in der Lage ist, eine über die Höchstfrist von 60 Tagen hinausreichende Zahlungsfrist vorzusehen. Ob dies schon jetzt in einer nennenswerten Anzahl von Fällen geschieht, ist empirisch nicht belegt. Doch ist im gleichen Atemzug darauf aufmerksam zu machen, dass es kaum Entscheidungen des BGH gibt, die sich mit der Wirksamkeit von Einkaufs-AGB befassen⁴⁹. So gesehen handelt es sich um eine terra incognita. Gerade dieser Aspekt sollte – rechtspolitisch gewertet – Anlass sein, zum Schutz der Lieferanten als Gläubiger eine Höchstfrist von 30 Tagen in § 271 a Abs. 1 BGB zu verankern.

3. Einige kursorische Erwägungen zu § 271 a Abs. 3 BGB-E

3.1 Die Begründung des Gesetzgebers zu § 271 a Abs. 3 BGB-E geht davon aus, dass in dieser Norm die Art. 3 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie umgesetzt werden⁵⁰. Diese Frist soll nicht länger als 30 Tage andauern, sofern in dem Vertrag ein Abnahme- oder Prüfungsverfahren vereinbart ist, nach dessen Abschluss die Gegenleistung zu erfüllen ist. Die so beabsichtigte Neuregelung zielt unmittelbar auf § 640 Abs. 1 BGB. Sie hat auch schon dazu geführt, dass die Norm des § 16 VOB/B neu geregelt worden ist⁵¹. Bedeutsam ist, dass die nach § 16 Abs. 3 VOB/B vorgesehene Prüffrist in Nr. 1 Satz 1 auf 30 Tage verkürzt wurde, dass sie aber bei Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes und auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung auf 60 Tage ausgedehnt werden kann.

3.2 Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass in Bezug auf das hiermit in § 271 a Abs. 3 BGB-E geschaffene gesetzliche Leitbild die gleichen Gesichtspunkte in Rechnung zu stellen sind, welche zuvor zu § 271 a Abs. 1 BGB-E entwickelt worden sind.

⁴⁵ Nachweise bei *AGB-Klauselwerke/Graf von Westphalen*, 32. Ergänzungslieferung, München 2012, Vertragsabschlussklauseln Rdnr. 37.

⁴⁶ *Ulmer/Habersack*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 6) § 305 Rdnr. 187 ff.; *Erman/Roloff* (Fn. 15) § 305 Rdnr. 54 f; *MünchKomm/Basedow* (Fn. 8) § 305 Rdnr. 102.

⁴⁷ BGH NJW-RR 2001, 424.

⁴⁸ Zur Kritik an dieser Judikatur vgl. auch *Graf von Westphalen*, FS für Kreft, Recklinghausen 2004, 97 ff.

⁴⁹ Ausnahme BGH NJW 2006, 47.

⁵⁰ BT-Drucks. 17/10491 S. 12.

⁵¹ Hierzu *Oelsner ZfBR* 2012, 523 ff.

- 3.3 Es stellt sich jedoch in Bezug auf die Vorgabe von Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie eine weitere Frage, die sich unmittelbar auf das Merkmal der Unverzüglichkeit in § 377 Abs. 1 HGB bezieht. Die Richtlinie befasst sich in Art. 3 Abs. 4 mit einem „Überprüfungsverfahren“, durch welches die „Übereinstimmung der Ware“ „mit dem Vertrag festgestellt“ werden soll. In einem solchen Fall kann die Höchstdauer dieses Verfahrens auf 30 Tage festgelegt werden.
- 3.3.1 Die Umsetzung in § 271 a Abs. 3 BGB-E trifft hier nicht genau den Punkt. Denn die Norm stellt in ihrem Eingangssatz darauf ab, dass die „Entgeltforderung erst nach Überprüfung...der Gegenleistung zu erfüllen ist“. Doch ist von der Fälligkeit oder einer Vereinbarung einer Entgeltforderung in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie nicht die Rede. Das reicht aus, wenn man folgendes bedenkt:
- 3.3.2 § 377 Abs. 1 HGB ist sicherlich ein Überprüfungsverfahren im Sinn von Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie. Wird bei der ordnungsgemäßen Untersuchung der gelieferten Ware ein Mangel entdeckt und wird dieser unverzüglich angezeigt, dann steht dem Besteller allemal die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 BGB zur Seite⁵². Denn dem Besteller steht dann das Recht auf Nacherfüllung nach § 437 BGB zur Seite. Diese Einrede aber beseitigt die Fälligkeit der Entgeltforderung, weil sie nicht voll wirksam ist⁵³.
- 3.3.3 Würde indessen ein Besteller die Frist des § 377 Abs. 1 HGB auf Grund der Vorgaben in Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie auf 30 Tage oder unter Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 5 sowie Art. 7 der Richtlinie auf 60 Tage erstrecken, dann bestände nicht der mindeste Zweifel, dass dann Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie zur Anwendung käme. Denn die auf das Merkmal der Unverzüglichkeit abstellende Norm des § 377 Abs. 1 HGB ist für den Lieferanten als Gläubiger der Entgeltforderung allemal die günstigere Norm.
- 3.3.4 Hinzuzusetzen ist, dass bei einer solchen Vereinbarung, wäre sie formularmäßig geschehen, zweifelsfrei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als Sperre eingreifen würde⁵⁴. Denn § 377 HGB hat insoweit eindeutig Leitbildfunktion⁵⁵. Und diese würde dann mit der Leitbildfunktion des § 271 a Abs. 3 BGB-E quer stehen, aber wohl als spezieller Regelung – wegen ihres Bezugsrahmens auf den kaufmännischen Geschäftsverkehr – § 271 a Abs. 3 BGB-E verdrängen.
- 3.4 Außerhalb des Anwendungsbereich der VOB/B wird man auch in Erwägung ziehen müssen, die in § 640 Abs. 1 BGB angesiedelte Höchstfrist des § 271 a Abs. 3 BGB-E auf das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ zu reduzieren. Denn dieses Merkmal ist nach § 271 Abs. 1 BGB für die vom Besteller eingeforderte Abnahmepflicht deswegen anwendbar, weil es sich insoweit um eine Hauptpflicht handelt⁵⁶. Zudem ist die bisherige Rechtsprechung im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB recht streng im Blick auf die Balancierung der beiderseitigen Interessen im Zusammenhang mit

⁵² Hierzu statt aller *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11) § 320 Rdnr. 9.

⁵³ *Palandt/Grüneberg* (Fn. 11) § 286 Rdnr. 10.

⁵⁴ Vgl. BGH NJW 1992, 575, 576; im Einzelnen auch *AGB-Klauselwerke/Graf von Westphalen* (Fn. 45) Einkaufsbedingungen Rdnr. 25 ff.; 30.

⁵⁵ Vgl. auch *Schmidt*, in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Fn. 6) Teil 2 – Besondere Vertragstypen – Einkaufsbedingungen Rdnr. 8.

⁵⁶ *Palandt/Sprau* (Fn. 11) § 640 Rdnr. 8.

Voraussetzungen und Folgen einer Abnahme⁵⁷. Das alles weist in die Richtung von Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie, weil es sich um Regelungen handelt, welche dem Gläubiger erkennbar günstiger sind.

4. Zusammenfassung

- 4.1 Das gesetzliche Leitbild des § 271 a Abs. 1 BGB-E schafft mit seiner Höchstfrist von 60 Tagen – auch im Blick auf die dort verselbständigte Wirksamkeitskontrolle – ein eigenständiges Leitbild. Längere Fristen, die ausdrücklich vereinbart sind, unterliegen nicht der Kontrolle des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, sondern der Spezialnorm des § 271 a Abs. 1 BGB-E. Ob diese Norm die Vorgaben von Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie zutreffend umsetzt, ist zweifelhaft. Denn die nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie in Ansatz gebrachte Einzelfallprüfung wird in dem Merkmal der groben Benachteiligung nach § 271 a Abs. 1 BGB-E nicht hinreichend reflektiert. Im Zweifel ist daher mit einer richtlinienkonformen Auslegung zu helfen, indem die generell-abstrakten Merkmale des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ergänzend herangezogen werden. Dies ist nach Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie unbedenklich, weil dieser Lösungsansatz – im Vergleich zur individuellen Prüfung nach Art. 3 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie dem Gläubiger günstiger ist.
- 4.2 Unter Beachtung der Tatsache, dass es Absicht der Richtlinie ist, eine „Kultur der unverzüglichen Zahlung“⁵⁸ zu schaffen, ist auch unter Beachtung der geltenden Norm des § 286 Abs. 3 BGB eine Höchstfrist von 30 Tagen vorzugswürdig.
- 4.3 In Abänderung von § 271 a Abs. 3 BGB-E sollte eine Frist im Rahmen der „Unverzüglichkeit“ gewählt werden, soweit – außerhalb des Anwendungsbereichs der VOB/B - § 640 Abs. 1 BGB in Rede steht. Klargestellt werden sollte auch, dass es im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie bei der gegenwärtigen Fassung von § 377 Abs. 1 HGB verbleibt, obwohl es sich hier eindeutig um eine Regelung betreffend ein Überprüfungsverfahren im Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie handelt.

⁵⁷ BGH NJW 1996, 1346, 1347.

⁵⁸ Erwägungsgrund Nr. 12.