

28. Januar 2013

## Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Drucksache 17/10491 vom 15.08.2012)<sup>1</sup>

### **Zusammenfassung:**

Der im Entwurf vorgeschlagene Weg der Richtlinienumsetzung steht in der Tradition des schon 2002 bei der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie eingeschlagenen Weges und ist **grundsätzlich geeignet**, die Richtlinie umzusetzen.

Das dieser Richtlinienumsetzung zugrunde liegende Prinzip ist sowohl in inhaltlicher wie in rechtstechnischer Hinsicht **minimalistisch**.

In inhaltlicher Hinsicht versucht der Entwurf, den Gläubigerschutz der Richtlinie ohne größere Ausweitungen des Anwendungsbereichs und Überschreitungen ihres Schutzniveaus in das deutsche Recht umzusetzen. In einigen Einzelpunkten geht das deutsche Recht aber doch über die Vorgaben der Richtlinie hinaus. Es handelt sich insoweit nicht um eine „1 zu 1“, sondern um eine „**1 zu 1,1-Umsetzung**“.

**Nicht genutzt sind Spielräume**, die Folgen des Zahlungsverzugs über die europäischen Vorgaben hinaus zu verschärfen und damit weitergehenden Gläubigerschutz zu schaffen sowie noch deutlicher zu einer Kultur der pünktlichen Zahlung beizutragen. Es ist jedoch auch fraglich, ob ein derartiger Bedarf besteht.

In rechtstechnischer Hinsicht versucht der Entwurf durch möglichst wenige Sondervorschriften innerhalb der allgemeinen Regeln über die Fälligkeit von Forderungen (§ 271 BGB) und den Verzug (§§ 286-288, §§ 280 Abs. 1, Abs. 2 BGB) die Richtlinie im BGB umzusetzen, obwohl sich diese einer anderen Rechtstechnik bedient als das BGB. Dies ist aufgrund des gewählten Ansatzes **nicht ganz bruchlos** möglich. Einige Brüche können aber durch Korrekturen noch etwas geglättet werden.

Der Entwurf zusammen mit dem Altbestand der schon 2002 zur Umsetzung der Vorgängerrichtlinie erlassenen Vorschriften des BGB lässt **nur kleinere Umsetzungsdefizite**, von denen jedenfalls einige im Laufe dieses Gesetzgebungsverfahrens beseitigt werden könnten.

---

<sup>1</sup> An der Ausarbeitung dieser Stellungnahme hat Wiss. Mit. Caroline Mahret mitgewirkt.

Überdies enthält der Entwurf einige **nicht sehr klare Formulierungen**, die noch verbessert werden sollten.

Im Einzelnen:

### **1. Günstigere Vorschriften für Gläubiger als nach der Richtlinie**

In folgenden Punkten geht der Entwurf (zusammen mit dem Altbestand der schon zur Umsetzung der Vorgängerrichtlinie erlassenen Vorschriften im BGB) etwas über die Richtlinie hinaus:

- Die verschärften Gläubigerschutzinstrumente der Richtlinie wirken auch, insoweit außerhalb von deren Anwendungsbereich, gegen Schuldner, die weder Verbraucher noch Unternehmer sind, also insbesondere rechtsfähige Vereine, politische Parteien, Gewerkschaften, Kirchen.
- Nach dem BGB werden Forderungen grundsätzlich sofort fällig; nach der Richtlinie erst nach 30 Tagen. Überdies müssen Schuldner nach dem BGB häufig früher Verzugszinsen zahlen als nach der Richtlinie, da Gläubiger schon vor Ablauf von 30 Tagen durch Mahnung Verzug herbeiführen können. Damit ist das allgemeine Leitbild der Zahlungsmoral im BGB etwas strikter als nach der Richtlinie.
- Nach dem BGB unterfallen Zahlungsfristvereinbarungen von weniger als 60 (bzw. 30) Tagen, die nach der Richtlinie uneingeschränkt erlaubt sind, den allgemeinen Regeln der Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Kontrolle ist also etwas strikter als nach der Richtlinie.
- Der Verzugszinssatz ist in Deutschland geringfügig höher, nämlich 0,12 Prozentpunkte.

### **2. Nicht genutzte Spielräume zur Verschärfung der Sanktionen für Zahlungsverzug**

Sollte sich – entgegen dem derzeitigen Anschein – ein Bedarf zeigen, die Sanktionen für verzögerte Zahlungen über die europäischen Vorgaben hinaus zu verschärfen und damit die Zahlungsmoral zu verbessern, kämen etwa folgende Maßnahmen in Betracht:

- Verkürzung der 60-Tage Frist auf 30 Tage
- Nichtanrechnung der 40-Euro-Pauschale auf Verzugszinsen und Schadensersatz
- Anwendbarkeit der Sanktionen für verzögerte Zahlung auch zugunsten von Verbrauchern.

### **3. Punktuelle Umsetzungsdefizite**

Folgende punktuelle Umsetzungsdefizite weist das deutsche Recht (in der Fassung des vorliegenden Gesetzesentwurfs) noch auf:

- Bestimmte Forderungen, die nach deutschem Recht öffentlich-rechtlicher Natur sind, aber auf die die Richtlinie anwendbar ist, fallen nicht unter §§ 286 ff. BGB, so dass die Gläubigerschutzinstrumente der Richtlinie allenfalls im Wege der Analogie und manchmal gar nicht zur Verfügung stehen.
- Der in der Richtlinie detailliert vorgegebene Maßstab für die Wirksamkeitskontrolle von Vereinbarungen über Zahlungsfristen und Verzugsfolgen (Art. 7 Abs. 1) ist nicht in das BGB übernommen.
- Die Abbedingung des Anspruchs auf die den Pauschalbeitrag übersteigenden Beitreibungskosten nach Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie, der sich im deutschen Recht aus dem Anspruch auf Ersatz von

Schäden wegen Verzögerung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB) ergibt, ist – entgegen Art. 7 der Richtlinie – im deutschen Recht nicht unwirksam, wenn sie grob nachteilig ist.

- Für die im Geschäftsverkehr nicht seltene Situation, dass Zahlung bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses fällig wird (z.B. „Zahlung bei Lieferung“) sind nach dem Wortlaut des BGB und abweichend von der Richtlinie nicht automatisch Verzugszinsen geschuldet.

#### 4. Vorschläge

Folgende Vorschläge für Änderungen des Gesetzentwurfs werden unterbreitet:

##### a) Überschrift von § 271 a E-BGB

Die Überschrift sollte in „Abweichende Vereinbarungen über Fristen“ geändert werden.

##### b) § 271 a Abs. 1 und Abs. 2 E-BGB

aa) Es sollte klargestellt werden, dass die 60 bzw. 30 Tage-Frist nicht vor dem Empfang der Gegenleistung beginnt.

bb) Statt „ausdrücklich getroffen“ sollte es jeweils heißen: „in hervorgehobener Weise ausdrücklich getroffen“.

cc) Der Begriff der „Zahlungsaufstellung“ sollte durch den Begriff „Zahlungsaufforderung“ ersetzt werden.

##### c) Einfügung eines Absatzes in § 271 a E-BGB

In einem zusätzlichen Absatz sollten die in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie genannten Kriterien für die Prüfung, ob eine Vertragsbestimmung „grob nachteilig“ ist, in das deutsche Recht umgesetzt werden.

##### d) Klarstellung, dass das AGB-Recht neben § 271 a E-BGB anwendbar bleibt

Es sollte – jedenfalls in den Gesetzesmaterialien – klargestellt werden, dass Zahlungsvereinbarungen, die die 60 bzw. 30 Tage-Schwelle nicht überschreiten, nach §§ 305 ff. BGB kontrollfähig sind und dass dafür das Leitbild des § 271 BGB gilt.

##### e) § 288 Abs. 4 und Abs. 5 E-BGB

In § 288 Abs. 5 sollte es - anstelle von „wird vermutet, dass sie gegen die guten Sitten verstößt“ - heißen: „wird vermutet, dass Umstände vorliegen, wegen derer sie gegen die guten Sitten verstößt“. In Abs. 4 sollte eine entsprechende Formulierung für Rechtsverfolgungskosten eingefügt werden.

##### f) § 247 BGB

Die Definition des Basiszinssatzes sollte so geändert werden, dass dieser Zinssatz mit dem Bezugzinssatz nach Art. 2 Nr. 7 der Richtlinie übereinstimmt. Dies erfordert die Absenkung des in § 288 Abs. 1, Abs. 2 BGB und einigen weiteren Vorschriften geregelten Zinsaufschlags um einen Prozentpunkt.

##### g) § 270 BGB

In dieser Vorschrift sollte klargestellt werden, dass eine Geldzahlung nur dann rechtzeitig erfolgt ist, wenn sie zur bestimmten Zeit beim Gläubiger eintrifft.

##### h) § 286 Abs. 1 BGB

Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass Verzug nicht eintritt, wenn eine Einrede besteht, wobei sich der Schuldner, außer im Fall des § 273 BGB, nicht auf diese Einrede zu berufen braucht.

**i) § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB**

§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB sollte wie folgt geändert werden:

„(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

1. ...
2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an berechnen lässt.“

**Gliederung****Abkürzungen****Einleitung**

<b>A. Günstigere Vorschriften für Gläubiger als nach der Richtlinie</b>	<b>S. 7</b>
I. Gläubigerschutz außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie	S. 7
1. Rechtsfähige Vereine etc.	S. 7
2. Verbraucher	S. 7
II. Erhöhung des Schutzniveaus innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie	S. 8
1. Fälligkeit und Verzugsbeginn i.d.R. früher als nach der Richtlinie	S. 8
2. Unterschwellige AGB-Kontrolle	S. 8
3. Geringfügig höherer Verzugszins	S. 9
<b>B. Umsetzungsdefizite</b>	<b>S. 10</b>
I. Öffentlich rechtliche Entgeltforderungen	S. 10
II. Abdingbarkeit des Anspruchs auf Beitreibungskosten	S. 10
III. Maßstab der Wirksamkeitskontrolle, Art. 7 Abs.1 a.E.	S. 10
IV. Nullfrist („Zahlung bei Lieferung“)	S. 11
<b>C. Zu einzelnen Vorschriften</b>	<b>S. 12</b>
I. § 271 a E-BGB	S. 12
1. Überschrift	S. 12
2. Beginn der 60-Tage- Frist (Abs. 1)	S. 12
3. „Ausdrücklich“	S. 13
4. Zahlungsaufforderung	S. 13
5. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion	S. 13
6. Teilleistungen	S. 13
II. § 286 Abs. 5 E-BGB	S. 14
III. § 288 E-BGB	S. 14
1. Absatz 2	S. 14
2. Absatz 4, Absatz 5	S. 14
IV. Umsetzungsrelevante Bestimmungen im Altbestand des BGB	S. 15
1. § 247 BGB	S. 15
2. § 270 BGB	S. 16
3. § 286 BGB: Wirkungen von Einreden und des Annahmeverzugs	S. 16

## Abkürzungen

BGB	geltende Vorschriften des BGB
E-BGB	Entwurf des BGB in der Fassung der Bundestagsdrucksache 17/10491 vom 15.08.2012
Richtlinie	Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung)
Vorgängerrichtlinie	Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr

## Einleitung

Ich bin gebeten worden, dazu Stellung zu nehmen,

- wo Spielräume genutzt wurden, insbesondere, wo das deutsche Recht über den Gläubigerschutz der Richtlinie hinausgeht.
- wo Lücken geblieben sind, und
- ob die Europäische Richtlinie mit dem Gesetzentwurf gut umgesetzt ist.

Die Gliederung meiner Stellungnahme folgt diesem Fragenkatalog.

### A. Günstigere Vorschriften für Gläubiger als nach der Richtlinie

In einigen Punkten werden Gläubiger in Deutschland besser gestellt, als dies die Richtlinie vorschreibt. Dies geschieht zum einen dadurch, dass die Schutzinstrumente der Richtlinie für Konstellationen anwendbar gemacht werden, die außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie liegen (dazu I). Zum anderen gewährt Deutschland in einigen Punkten Gläubigern in Situationen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, einen etwas besseren Schutz (dazu II).

#### I. Gläubigerschutz außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie

Die Richtlinie ist auf Zahlungen, die als Entgelt „im Geschäftsverkehr“ zu leisten sind, anzuwenden. Als Geschäftsverkehr definiert die Richtlinie (Art. 2 Nr. 1) Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs ist in Deutschland in mehrfacher Hinsicht etwas erweiternd umgesetzt, in dem vom Anwendungsbereich der Umsetzungsvorschriften lediglich „Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher beteiligt ist“ ausgenommen werden.<sup>2</sup>

##### 1. Rechtsfähige Vereine etc.

Geschäfte an denen ein Nicht-Verbraucher, der gleichzeitig nicht Unternehmer ist, beteiligt ist, fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, aber unter die deutschen Umsetzungsvorschriften. Diese Fallgruppe betrifft vor allen eingetragene Vereine, aber auch etwa politische Parteien oder Gewerkschaften, Religionsgemeinschaften einschließlich der Kirchen, die öffentlich rechtliche Körperschaften sind. Der durch die Richtlinie geschaffene gesteigerte Gläubigerschutz wirkt sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten dieser juristischen Personen. Wenn also beispielsweise ein nicht rechtsfähiger Verein Waren liefert oder Dienstleistungen an ein Unternehmen oder an einen anderen nicht rechtsfähigen Verein erbringt (also Gläubiger ist), steht diesem Verein der erhöhte Zinssatz sowie die 40-Euro-Pauschale zu. Spiegelbildlich wird etwa ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine politische Partei, die Waren oder Dienstleistungen von einem Unternehmen (oder einem anderen rechtsfähigen Verein) bezieht, durch die schärferen Sanktionen des Verzuges belastet. Diese Ausweitung des Anwendungsbereichs steht in der Tradition der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie im Jahre 2002, wirkt sich aber nun, da der Gläubigerschutz verschärft wird, stärker aus. Es ist also letztlich politisch zu entscheiden, ob diese Ausweitung (etwa zur Hebung zur Zahlungskultur im Allgemeinen) gewollt ist, oder ob rechtsfähige Vereine ähnlich schutzbedürftig sind wie Verbraucher, da sie ebenso wie diese nicht einer selbstständigen wirtschaftlichen oder beruflichen Tätigkeit nachgehen.

##### 2. Verbraucher

Der nun vorliegende Gesetzentwurf enthält keine Verschärfung zu Lasten von Verbrauchern als Schuldner. Deren Rechtsstellung bleibt unverändert. Freilich ist darauf hinzuweisen, dass schon seit 2002

---

<sup>2</sup> Vergleiche § 271a Abs. 4 E-BGB, § 288 Abs. 2 BGB, § 288 Abs. 5 E-BGB.

die Schutzinstrumente der, damals alten, nun der nunmehrigen Zahlungsverzugsrichtlinie teilweise auch ausweitend zu Lasten von Verbrauchern umgesetzt sind.<sup>3</sup>

## II. Erhöhung des Schutzniveaus innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie

### 1. Fälligkeit und Verzugsbeginn i.d.R. früher als nach der Richtlinie

Die dispositiven Bestimmungen des BGB zur Fälligkeit sind strikter als die Vorgaben in der Richtlinie. Nach deutschem Recht hat der Schuldner im Zweifel sofort zu leisten. Nach der Richtlinie (Art. 3 Abs. 3 lit. b) sieht das dispositive Recht eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Empfang der Ware oder, wenn dieses später ist, dem Zugang der Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung vor. In allen Fällen, in denen keine Vereinbarung über den Zahlungszeitpunkt getroffen ist, steht sich der Gläubiger nach deutschem Recht also besser. Zu bedenken ist freilich, dass das deutsche Recht in § 271 BGB den bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung geltenden Fälligkeitszeitpunkt (= im Zweifel sofort) regelt, die Richtlinie in Art. 3 Abs. 3 lit. b jedoch den Zeitpunkt, ab dem Verzugszinsen zu laufen beginnen. Da nach deutschem Recht Verzugszinsen nach dem gesetzlichen Leitbild des § 286 BGB nicht sofort mit Fälligkeit, sondern grundsätzlich erst nach Mahnung zu laufen beginnen, unterscheidet sich die Regelungstechnik in beiden Instrumenten. Das deutsche dispositive Recht ist also nicht per se und immer günstiger als die Richtlinie es vorsieht.

Jedoch kann der Gläubiger nach deutschem Recht durch Mahnung den Verzug und damit den Beginn des Zinslaufs schon vor der im Richtlinienrecht geltenden 30-Tages-Frist herbeiführen. Dies ist zwar nicht immer, aber doch manchmal günstiger für den Gläubiger. Schlechter steht hingegen der Gläubiger nach deutschem Recht insoweit nie, da nach § 286 Abs. 3 BGB, den Vorgaben der Richtlinie folgend, auch ohne Mahnung jedenfalls 30 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertiger Zahlungsaufstellung Verzug eintritt, also etwa Verzugszinsen nach § 288 Abs. 2 BGB zu zahlen sind.

### 2. Unterschwellige AGB-Kontrolle

Jedenfalls nach der Intention der Entwurfsverfasser soll das Leitbild des § 271 BGB, also die sofortige Fälligkeit von Forderungen als Regelfall, unverändert bleiben. Der Entwurf lasse offen, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Zahlungsfristen der Inhaltkontrolle standhalten.<sup>4</sup> Diese Formulierung ist wohl so zu verstehen, dass eine „unterschwellige“ AGB-Kontrolle in Fällen stattfinden soll, in denen die 60 bzw. die 30 Tage-Frist nicht überschritten wird. Da dies nicht ganz eindeutig zum Ausdruck kommt, sollte die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB im weiteren Gesetzgebungsverfahren unmissverständlich klar gestellt werden.

Damit tritt das in § 271 a E-BGB hinsichtlich von Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefristen und in § 286 Abs. 5 E-BGB hinsichtlich des Verzugseintritts geschaffene quasi-zwingende Recht nicht an die Stelle der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Vielmehr entsteht ein gestaffeltes Schutzsystem, das für Zahlungsfristen, die über die in § 271 a E-BGB geregelte 60- bzw. 30-Tage-Schwelle hinausgehen, eine sehr strikte Inhaltkontrolle nach den Maßstäben dieser Vorschrift vorsieht, für Zahlungsvereinbarungen, die nicht über die 60 bzw. 30 Tage-Schwelle hinausgehen, aber weiterhin die AGB-Kontrolle belässt. Diese AGB-Kontrolle unterhalb der Schwelle der durch die Richtlinie vorgegebenen Fristen geht damit über das von der Richtlinie vorgeschriebene Schutzniveau hinaus. Dies ist freilich eine eher theoretische Feststellung, da nicht absehbar ist, in welchen Fällen die Gerichte die

<sup>3</sup> Insbesondere der über dem gesetzlichen Verzugszinssatz in § 288 Abs. 1 BGB angeordnete Zinssatz; außerdem der automatische Verzugseintritt 30 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung, wenn auch abgeschwächt durch eine Hinweispflicht (vgl. § 286 Abs. 3 BGB).

<sup>4</sup> Regierungsbegründung BT-Drs. 17/10491, S. 11.

Vereinbarung von Zahlungszielen unterhalb der 60 bzw. 30-Tage-Schwelle als Verstoß etwa gegen § 307 BGB ansehen werden. Die derzeitige Rechtsprechung dazu ist relativ großzügig.<sup>5</sup>

### **3. Geringfügig höherer Verzugszins**

Der nach § 288 Abs. 2 BGB geschuldete erhöhte Verzugszinssatz liegt wegen der (sehr umständlichen und unnötigen Verwendung des Basiszinssatzes anstelle des Europäischen Referenzzinssatzes) stets, wenn mit 0,12 Prozentpunkten, nur geringfügig, höher als der von der Richtlinie mindestens vorgeschriebene Zinssatz.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. aber z.B. OLG Köln NJW-RR 2006, 670: Zahlungsziel von 90 Tagen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines unternehmerischen Auftraggebers einer Werkleistung ist eine unangemessene Benachteiligung; BGHZ 107, 75: Abnahmefrist des Hauptunternehmers gegenüber seinem Subunternehmer von mehr als 60 Tagen ist unwirksam; OLG Nürnberg, OLGZ 1980, 217 ff.: Unwirksame Abnahmebestimmung in den AGB eines Bauträgers, in der sich dieser eine nicht hinreichend bestimmte Frist zwischen Fertigstellung und Abnahme des Werkes vorbehält.

<sup>6</sup> Siehe Seiten 15 und 16.

## B. Umsetzungsdefizite

### I. Öffentlich-rechtliche Entgeltforderungen

Es fehlt eine Klarstellung, dass auch Entgeltforderungen, die nach deutschem Recht dem öffentlichen Recht unterstellt sind, unter die Vorschriften der deutschen Umsetzung fallen. Dies betrifft etwa öffentlich-rechtliche Vergütungsansprüche von Ärzten und Krankenhäusern gegen die gesetzlichen Krankenkassen, die Ansprüche von Insolvenzverwaltern oder die Ansprüche von Gutachtern oder Dolmetschern bei Gericht.<sup>7</sup>

### II. Abdingbarkeit des Anspruchs auf Beitreibungskosten

Nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie darf auch der Anspruch auf Beitreibungskosten (einschließlich des Anspruchs auf die den Pauschalbetrag übersteigenden Beitreibungskosten nach Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie) nicht abbedungen werden, wenn dies für den Gläubiger grob nachteilig ist. Dieser Anspruch auf die den Pauschalbetrag übersteigenden Beitreibungskosten ergibt sich im deutschen Recht aus dem Anspruch auf Ersatz von Schäden wegen Verzögerung (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB). Hier fehlt die Umsetzung von Art. 7 der Richtlinie.

### III. Maßstab der Wirksamkeitskontrolle, Art. 7 Abs. 1 a.E.

Bei den Vorschriften der Inhaltskontrolle, insbesondere bei dem Erfordernis in §§ 271 a Abs. 1, Abs. 3 E-BGB, dass die Vereinbarung „grob nachteilig“ sein muss, fehlt der Hinweis auf den in Artikel 7 Abs. 1 der Richtlinie festgelegten Maßstab für die Bemessung des groben Nachteils. In diesem Artikel heißt es:

„Bei der Entscheidung darüber, ob eine Vertragsklausel oder eine Praxis im Sinne von Unterabsatz 1 grob nachteilig für den Gläubiger ist, werden alle Umstände des Falles geprüft, einschließlich folgender Aspekte:

- a) jede grobe Abweichung von der guten Handelspraxis, die gegen den Grundsatz des guten Glaubens und der Redlichkeit verstößt;
- b) die Art der Ware oder der Dienstleistung und
- c) ob der Schuldner einen objektiven Grund für die Abweichung vom gesetzlichen Zinssatz bei Zahlungsverzug oder von der in Artikel 3 Absatz 5, Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a, Artikel 4 Absatz 4 und Artikel 4 Absatz 6 genannten Zahlungsfrist oder von dem Pauschalbetrag gemäß Artikel 6 Absatz 1 hat.“

Zwar wäre im deutschen Recht auch ohne ausdrückliche Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe nach den Regeln der richtlinienkonformen Auslegung der Begriff des „grob Nachteils“ entsprechend auszulegen. Jedoch würde dies gegen das Gebot der klaren Umsetzung verstoßen, das in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie sogar ausdrücklich geregelt ist und sich überdies aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt.<sup>8</sup> Der Gesetzesanwender würde nämlich im Text des BGB nicht über die vom Richtliniengeber mitgeteilten Kriterien zur Bestimmung des groben Nachteils informiert. Deshalb sollte für die Kriterien der Bestimmung des Vorliegens eines groben Nachteils ein neuer Absatz in § 271 a E-BGB geschaffen werden, der Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie umsetzt.

<sup>7</sup> Beispiele entnommen aus *Schmidt- Kessel*, Verzug, in: Gebauer/ Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2. Auflage 2010, Rn. 18 sowie Dauner- Lieb/ Langen/ *Schulte- Nölke*, *Anwaltkommentar BGB*, 2005, Verzugs-RL, Art.1, 2 Rn. 14.

<sup>8</sup> Vgl. die Entscheidungen des EuGH zur Richtlinienumsetzung im Verbraucherrecht, insbesondere EuGH, Urteil vom 07.05.2002, Rs. C-478/99 (Kommission/ Schweden).

#### IV. Nullfrist („Zahlung bei Lieferung“)

Eine „Nullfrist“, die von einem Ereignis an beginnt, (z.B.: „Zahlung bei Lieferung“), muss nach der Richtlinie einen Anspruch auf Verzugszinsen vom auf das Ereignis folgenden Tag an auslösen.<sup>9</sup>

Diese Vereinbarung fällt unter § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB, der lautet:

„(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

...

2. der Leistung ein Ereignis vorauszugehen hat und eine angemessene Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von dem Ereignis an nach dem Kalender berechnen lässt.“  
[*Unterstreichungen vom Verfasser*]

Wegen des Erfordernisses einer angemessenen Zeitspanne, die überdies nach dem Kalender zu berechnen sein muss, tritt also nach § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB gerade bei der Vereinbarung „Zahlung bei Lieferung“ kein sofortiger Verzug ein. Zwar ließe sich dieser Umsetzungsfehler<sup>10</sup> durch Anwendung von § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB im Wege der richtlinienkonformen Auslegung reparieren.<sup>11</sup> Das deutsche Recht entspricht damit aber dennoch nicht der Richtlinie, die zur transparenten Umsetzung verpflichtet.<sup>12</sup> Die oben unterstrichenen Worte in § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB sollten daher aufgehoben werden.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a der Richtlinie; so auch: Dauner- Lieb/ Langen/ Schulte- Nölke, Anwaltkommentar BGB, 2005, Verzugs-RL, Art. 3 Rn. 5.

<sup>10</sup> So auch Münchener Kommentar/Ernst, BGB, 6. Auflage 2012, § 286 Rn. 57.

<sup>11</sup> Dauner-Lieb/ Langen/ Schulte- Nölke, Anwaltkommentar BGB, 2005, Verzugs- RL, Art. 3 Rn. 5.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1: „Die Mitgliedstaaten stellen die Transparenz der aus dieser Richtlinie erwachsenden Rechte und Pflichten sicher; ...“.

## C. Zu einzelnen Vorschriften

### I. § 271 a E-BGB

#### 1. Überschrift

Die Überschrift „Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefrist“ ist etwas irreführend, da in diesem Paragraphen nicht die in der Überschrift genannten Fristen geregelt werden, sondern die Bestimmung lediglich Vereinbarungen zwischen den Parteien über eine Abweichung von gesetzlich geregelten, an sich dispositiven Vorschriften über die Leistungszeit bzw. die Fälligkeit von Forderungen betrifft. Es empfiehlt sich daher die Überschrift entsprechend zu ändern (z.B. „Abweichende Vereinbarungen über Fristen“, ähnlich wie bei § 475 BGB).

Damit würde auch die Regelungstechnik des BGB deutlicher, die dispositive Bestimmungen über die Fälligkeit (z.B. §§ 271, 641 BGB) von Regelungen unterscheidet, durch die von diesen dispositiven Vorschriften abweichende Vereinbarungen einer Inhaltskontrolle unterstellt werden (z.B. § 271 a E-BGB oder die Inhaltskontrolle von AGB nach §§ 305 ff.). Lediglich darauf hingewiesen sei, dass der Gesetzentwurf mit dieser Unterscheidung von der Regelungstechnik der Richtlinie abweicht, die in Artikel 3 und 4 ein umgekehrtes Regel-Ausnahmeverhältnis anwendet, also im Grundsatz zwingendes Recht mit einigen – beschränkten – Erlaubnissen zur vertraglichen Abweichung regelt.

#### 2. Beginn der 60-Tage-Frist (Abs. 1)

§ 271 a Abs. 1 E-BGB stellt nicht klar, ab welchem Zeitpunkt die 60-Tage-Frist läuft. Dies resultiert aus einer redaktionellen Unklarheit: § 271 a Abs. 1 E-BGB reiht zwei verschiedene Zeitpunkte für den Beginn der 60-Tage-Frist ([1] den Zugang einer Rechnung bzw. gleichwertigen Zahlungsaufstellung sowie [2] den Empfang der Gegenleistung) durch ein bloßes „oder“ aneinander, ohne klarzustellen, in welchem Verhältnis diese beiden Ereignisse zueinander stehen sollen.

Die Richtlinie ist insoweit in ihrem Art. 3 Abs. 1 lit. a klarer: Dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass die 30-Tage-Frist nach Art. 3 Abs. 3 lit. b jedenfalls nicht vor der Erfüllung der Verpflichtungen des Gläubigers zu laufen beginnen soll.<sup>13</sup> Im Umkehrschluss gilt dies auch für die in Art. 3 Abs. 5 geregelte, die Wirksamkeitskontrolle auslösende, Vereinbarung über eine 60 Tage überschreitende Zahlungsfrist.

Im Gegensatz dazu würde § 271 a Abs. 1 E-BGB schon greifen, wenn eine Zahlungsfrist, die auch für den Fall gilt, dass eine Rechnung oder Zahlungsaufstellung vor Empfang der Gegenleistung zugegangen ist, die Schwelle von 60 Tagen nach Zugang der Rechnung oder Zahlungsaufstellung überschreitet. Zwar käme ein Gericht in diesem Fall (weil ja die Leistung nicht erbracht ist) zu dem Ergebnis, dass eine derartige Vereinbarung für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist. Doch wäre dies eine sehr umständliche, gleichsam um die Ecke gedachte Wirksamkeitskontrolle. Sinnvoller und der Richtlinie entsprechend ist es, wenn nur Vereinbarungen, die die 60-Tage-Frist ab Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung, die nach dem Empfang der Gegenleistung zugegangen ist, überschreiten, der Wirksamkeitskontrolle unterstellt werden. Zu diesem Zweck könnte § 271 a E-BGB wie folgt umgestellt und ergänzt werden:

„Eine Vereinbarung durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage

- a) **nach Empfang der Gegenleistung** oder
- b) nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung, **wenn diese nach Empfang der Gegenleistung zugegangen ist,**

<sup>13</sup> Vgl. den Eingangspassus von Art. 3 Abs. 3: „Für Fälle, in denen die in Absatz 1 genannten Bedingungen erfüllt sind...“

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

### **3. „Ausdrücklich“**

Der Gesetzesbegriff „ausdrücklich getroffen“ (§ 271 a E-BGB) entspricht zwar in etwa dem Richtlinienwortlaut („ausdrücklich vereinbart“), bringt aber im Zusammenhang der deutschen Gesetzessprache nur unklar zum Ausdruck, was gemeint ist. „Ausdrücklich“ ist bekanntlich der Gegenbegriff zu schlüssig (oder konkludent). Konkludente Zahlungsfristvereinbarungen dürften jedoch sehr selten sein. Das Gesetz ordnet damit lediglich ein wenig praxisrelevantes Verbot an, im Wege der Auslegung, insbesondere der ergänzenden Vertragsauslegung, eine über die 60-Tage-Frist hinausgehende Zahlungsvereinbarung anzunehmen.

Die Richtlinie (Art. 3 Abs. 5) hingegen dürfte aber so zu verstehen sein, dass die Vereinbarung einer verlängerten Zahlungsfrist transparent, also für den Vertragspartner leicht erkennbar getroffen worden sein muss. Es könnte sich also empfehlen, in der deutschen Umsetzung statt „ausdrücklich“ ergänzend und erläuternd zu sagen „in hervorgehobener Weise ausdrücklich getroffen“.<sup>14</sup> Dies dürfte dem Sinn der Richtlinie entsprechen. Soweit dies etwas über die Anforderungen der Richtlinie hinaus geht, wäre dies unschädlich, da die Richtlinie den Mitgliedsstaaten erlaubt, Vorschriften zu erlassen, die für den Gläubiger günstiger sind als dies zur Erfüllung der Richtlinie notwendig wäre (Art. 12 Abs. 3).

### **4. Zahlungsaufforderung**

Ein Wortlautvergleich von Richtlinie ergibt, dass der Begriff „Zahlungsaufstellung“ (in der Richtlinie: Zahlungsaufforderung) unnötig vom Text der Richtlinie abweicht. Insoweit ist eine Anpassung wünschenswert.

### **5. Verbot der geltungserhaltenden Reduktion**

Der Entwurf könnte klarstellen, dass jedenfalls für in AGB getroffene Vereinbarungen bei Vorliegen eines groben Nachteils nach § 271 a E-BGB das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion gelten soll. Dies hätte zur Folge, dass dann die gesetzliche Regelung eingreifen würde, d.h. dass die Zahlung nach § 271 Abs. 1 BGB im Zweifel „sofort“ zu bewirken wäre und Verzug nach § 286 BGB eintritt.

### **6. Teilleistungen**

§ 271a Abs. 4 BGB setzt die in Art. 5 der Richtlinie getroffene Bestimmung um, nach der die Möglichkeit der Parteien nicht eingeschränkt werden soll, Ratenzahlungen zu vereinbaren. Hier droht eine Schutzlücke, da Gläubiger durch die Vereinbarung von – auch unentgeltlichen<sup>15</sup> - langgestreckten Teilzahlungen recht mühelos die Fristen in § 271 a Abs. 1 und Abs. 2 E-BGB und das gesamte übrige Schutzinstrumentarium des Richtlinie unterlaufen könnten. Einzig die Inhaltskontrolle von AGB nach § 307 BGB könnte hier, insbesondere bei unentgeltlichen Teilzahlungsvereinbarungen, Grenzen setzen. Um dies zu unterstützen, könnte es sich empfehlen, einen ausdrücklichen Hinweis im Gesetzestext in Form eines Umgehungsverbots aufzunehmen.

## **II. § 286 Abs. 5 E-BGB**

Der neu eingeführte § 286 Abs. 5 E-BGB stellt klar, dass auch abweichende Vereinbarungen über den Eintritt des Verzuges an den Vorschriften des neuen § 271 a E-BGB zu messen sind. Diese Ausdehnung

<sup>14</sup> Vgl. §§ 312 g Abs. 2 Satz 1; 651 k Abs. 4 Satz 3 BGB.

<sup>15</sup> So die Regierungsbegründung BT-Drs. 17/10491, S. 12.

des Schutzes der § 271a Abs. 1-3 E-BGB ist angesichts der deutschen Unterscheidung zwischen Fälligkeit und Verzugseintritt<sup>16</sup> geboten, um eine Umgehung der Vorgaben der Richtlinie zu vermeiden.

### III. § 288 E-BGB

#### 1. Absatz 2

Zur Regelung der Höhe des Verzugszinses in § 288 Abs. 2 E-BGB i.V.m. § 247 BGB siehe schon oben auf Seite 9 sowie unten auf Seiten 15 und 16.

#### 2. Absatz 4, Absatz 5

##### a) Vermutung

§ 288 Abs. 5 E-BGB regelt den Anspruch des Gläubigers auf eine Pauschale für seine Rechtsverfolgungskosten. § 288 Abs. 5 Satz 2 E-BGB lautet: „Soweit eine Vereinbarung diesen Anspruch ausschließt, wird vermutet, dass sie gegen die guten Sitten verstößt“. Der Wortlaut der Richtlinie sagt hingegen, „es wird vermutet, dass eine Vertragsklausel oder Praxis grob nachteilig ist, wenn in ihr die [...] Entschädigung für Beitreibungskosten ausgeschlossen wird“. Es leuchtet ein, dass der Entwurf von der Richtlinie abweicht, da sich aus einer Vermutung des groben Nachteils nach dem BGB keine klare Rechtsfolge ergeben würde. Die Vermutung der Sittenwidrigkeit würde über § 138 BGB hingegen zur Rechtsfolge der Nichtigkeit führen. Einziger Schönheitsfehler ist, dass eine Vermutung sich im deutschen Recht grundsätzlich nur auf Tatsachen beziehen kann. Daher könnte man formulieren: „wird vermutet, dass Umstände vorliegen, wegen derer sie gegen die guten Sitten verstößt“.

##### b) Anrechnung der Pauschale

Nach dem letzten Satz von § 288 Abs. 5 E-BGB ist die Pauschale auf den Schadenersatz wegen Kosten der Rechtsverfolgung anzurechnen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Pauschale nicht auf sonstige Schäden und auch nicht auf den Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 2 BGB anzurechnen ist. Dies steht im Einklang mit der Richtlinie.<sup>17</sup> Die Regelung im Entwurf hat die Wirkung, dass auf die Pauschale nicht nur interne Kosten für die Geltendmachung der Forderung (z.B. Verwaltungsmehraufwand, Kosten der Mahnung durch den Gläubiger selbst), sondern auch externe Kosten (z.B. für die Rechtsverfolgung durch einen Rechtsanwalt oder ein Inkassobüro) angerechnet werden.

Es ist freilich zu bedenken, dass alle nach § 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 286 BGB ersatzfähigen Verzugsschäden ohnehin nur dann eine praktische Bedeutung haben, wenn sie den nach § 288 Abs. 2 BGB geschuldeten Verzugszins übersteigen.<sup>18</sup> Damit kann die Konstellation, dass die Pauschale auf Rechtsverfolgungskosten angerechnet wird, überhaupt nur eintreten, wenn diese höher als der Verzugszins liegen. Es fragt sich, ob es vor diesem Hintergrund sinnvoll ist, die relativ geringfügige Pauschale überhaupt auf Rechtsverfolgungskosten anzurechnen.

Der Entwurf schafft nämlich eine Doppellung der Anrechnungsvorschriften, die jedenfalls in der praktischen Anwendung nicht ganz einfach zu handhaben ist. In einem ersten Schritt ist nämlich auf sämtliche Schäden (einschließlich der Rechtsverfolgungskosten) der als Verzugszinsen geschuldete

<sup>16</sup> Vgl. *Schulte- Braucks*: Zahlungsverzug in der Europäischen Union: NJW 2001, 103 (105): „Außerdem stellt die Richtlinie nicht das Prinzip der - im Zweifel sofortigen - Fälligkeit der Forderung in Frage, sondern legt lediglich den Zeitpunkt fest, ab dem Zinsen zu zahlen sind. Es kann daher weiterhin zwischen der Einklagbarkeit der Forderung einerseits und dem Entstehen des Zinsanspruchs andererseits unterschieden werden.“; so auch: *Schmidt- Kessel*: Zahlungsverzug im Handelsverkehr- ein neuer Richtlinienentwurf: JZ 1998, 1135 (1138).

<sup>17</sup> Art. 6 Abs. 3.

<sup>18</sup> Vgl. § 288 Abs. 4 BGB.

Betrag anzurechnen. Wenn dann vom Verzugserschadensersatz noch etwas übrig bleibt, sind die Rechtsverfolgungskosten zu separieren und ist auf diese die Pauschale anzurechnen.

Um dies etwas zu vereinfachen, könnte es sich empfehlen, auf die Anrechnung der Pauschale ganz zu verzichten, was auch eine (moderate) Verschärfung der Sanktionen für Zahlungsverzug zur Folge hätte.

### c) Berechnung und Anrechnung von Beitreibungskosten

Eine durch die Richtlinie nicht klar beantwortete Frage ist, inwieweit auch rein interne Rechtsverfolgungskosten, die über die Pauschale hinausgehen, vom säumigen Schuldner ersetzt werden müssen.<sup>19</sup> Überdies ist unklar, ob Beitreibungskosten, die über die Pauschale von 40 Euro hinausgehen, zusätzlich zu den Verzugszinsen geschuldet sein sollen, oder ob die Verzugszinsen darauf angerechnet werden können.<sup>20</sup> Sollten diese Fragen später vom EuGH bejaht werden, wären die bisherige deutsche Rechtsprechung, nach der rein interne Kosten grundsätzlich nicht als Verzugserschaden ersatzfähig sind<sup>21</sup>, sowie § 288 Abs. 4 BGB, der die Anrechnung von Verzugszinsen vorsieht, richtlinienwidrig<sup>22</sup>.

Es ist eine politische Frage, ob hier eine der Klärung durch den EuGH mit Sicherheitsabstand vorauseilende Umsetzung stattfinden soll, oder – wie der Entwurf es vorsieht – insoweit erst einmal nicht in die bisherige Rechtslage eingegriffen werden soll.

## IV. Umsetzungsrelevante Bestimmungen im Altbestand des BGB

### 1. § 247 BGB

Durch die nun geplante Umsetzung würde eine unnötig umständliche und verwirrende Regelung des Referenzzinssatzes beibehalten.

Schon bei der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie im Jahre 2002 hat Deutschland nicht den von der Richtlinie geregelten Bezugszinssatz<sup>23</sup>, sondern den aus dem Diskontsatzüberleitungsgesetz übernommenen Diskontsatznachfolger in § 247 BGB als Berechnungsgrundlage für den Verzugszins eingeführt. Das materielle Ergebnis ist, dass in Deutschland der als Verzugszins geschuldete Zinssatz nach § 288 Abs. 2 E-BGB um ca. 0,12 Prozentpunkte höher liegt, als der vom Unionsrecht vorgeschriebene gesetzliche Zinssatz bei Zahlungsverzug. Insoweit überschreitet der vom deutschen Recht gewährte Gläubigerschutz die Vorgaben der Richtlinie etwas.

Dieser marginale Unterschied wird erkaufte durch eine unklare und umständliche Regelung in § 247 BGB, die – eng gekoppelt an die Entwicklung des europäischen Bezugszinssatzes – einen „Basiszinssatz“ bestimmt, der knapp einen Prozentpunkt unter dem europäischen Bezugszinssatz liegt. Um den Vorgaben der Richtlinie zu genügen, wird dann im Gegenzug der von der Richtlinie vorgeschriebene Aufschlag auf dem Bezugszinssatz von 8 Prozentpunkten in § 288 Abs. 2 E-BGB auf 9 Prozentpunkte erhöht.

<sup>19</sup> Vgl. den Erwägungsgrund 19.

<sup>20</sup> Vgl. dazu einerseits Erwägungsgrund 19, andererseits Art. 6 Abs. 3 („aller Beitreibungskosten“).

<sup>21</sup> BGH NJW 1976, 1256 (1257/ 1258), NJW 1985, 320 (324).

<sup>22</sup> So für den fehlenden Ersatz von Kosten für die Eigenbemühung auch *Gsell*: Die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug und deren Auswirkungen auf das deutsche Recht, ZIP 2000, 1861 (1866); a.A. u.a. Staudinger/ *Löwisch/ Feldmann*, BGB, Neubearbeitung 2009, § 286 Rn. 223.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 2 Nr. 7: Bezugszinssatz für a) Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, entweder

- i) den von der Europäischen Zentralbank auf ihre jüngsten Hauptrefinanzierungsoperationen angewendeten Zinssatz oder
- ii) den marginalen Zinssatz, der sich aus Tendersverfahren mit variablem Zinssatz für die jüngsten Hauptrefinanzierungsoperationen der Europäischen Zentralbank ergibt;

[...].

Zwar sind die praktischen Probleme für innerstaatliche Sachverhalte gering, da der Basiszinssatz regelmäßig von der Bundesbank festgestellt und öffentlich bekanntgemacht wird. Niemand wird sich deshalb ernsthaft die Mühe machen, die kaum verständliche Regelung in § 247 BGB selbst anzuwenden. Wenn aber etwa ausländische Gläubiger und ihre Rechtsberater das deutsche Recht anwenden möchten, dürfte es ihnen schwerfallen, den korrekten Zinssatz zu ermitteln. Die deutsche Lösung ist daher nicht nur unnötig kompliziert, sondern auch binnenmarkunfreundlich. Selbst für inländische Juristen hat die deutsche Lösung nicht geringe Tücken. Dies hat sich erst jüngst gezeigt: Im Gegensatz zum europäischen Bezugszinssatz kann der Basiszins auch einen negativen Wert annehmen (deutscher Basiszinssatz derzeit - 0,13 %, zum Vergleich: europäischer Bezugszinssatz 0,75%). Allen Ernstes wird nun im Schrifttum erörtert, ob für die Berechnung des richtigen Verzugszinssatzes nach § 288 BGB der negative Wert oder stattdessen 0 eingesetzt werden muss.<sup>24</sup>

Die Umsetzung der Richtlinie bietet eine gute Gelegenheit, den Basiszinssatz als Berechnungsgrundlage für Verzugszinsen abzuschaffen und an dessen Stelle den europäischen Bezugszinssatz, die sog. Hauptrefinanzierungsfazilität (auf die § 247 BGB ja ohnehin verweist) einzuführen. Dies ließe sich durch Änderung der §§ 247, 288, 503 Abs. 2 BGB sowie einiger weiterer Kostenvorschriften<sup>25</sup> relativ leicht umsetzen und wäre ein erhebliche Vereinfachung des deutschen Rechts.

## 2. § 270 BGB

Wünschenswert wäre auch eine Regelung zur Frage, wann eine Banküberweisung als rechtzeitig eingegangen anzusehen ist. Nach einem Urteil des EuGH zur Vorgängerrichtlinie von 2002,<sup>26</sup> muss, um die Entstehung von Verzugszinsen zu vermeiden, der geschuldete Betrag rechtzeitig auf dem Konto des Gläubigers eingegangen sein. Nur in diesem Fall könne dieser über den geschuldeten Betrag frei verfügen. Da das Urteil nicht auf die Zahlung durch Banküberweisung beschränkt ist, sondern für alle Arten von Zahlungen im Anwendungsbereich der Richtlinie gilt, muss insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts erfolgen.<sup>27</sup> Aus Gründen der besseren Transparenz des Gesetzes und damit einer besseren Lesbarkeit für die betroffenen Verkehrskreise ist eine Klarstellung von Seiten des Gesetzgebers wünschenswert.<sup>28</sup> Diese Regelung sollte im Rahmen des § 270 BGB erfolgen, da dieser in seinem Absatz 1 die Übermittlungsgefahr in Form der Verlustgefahr dem Schuldner zuweist<sup>29</sup> und zweckmäßigerweise auch eine Regelung der Gefahr der Verzögerung der Leistung im Einklang mit der EuGH- Rechtsprechung treffen könnte.

## 3. § 286 BGB: Wirkungen von Einreden und des Annahmeverzugs

Bereits in der Umsetzung der Vorgängerrichtlinie wurde § 286 BGB nicht dahingehend geändert, dass er einen Hinweis darauf enthält, dass das „bloße“ Bestehen einer Einrede aus § 320 BGB den Verzugseintritt hindert. Im Wortlaut des § 286 BGB finden sich als Voraussetzungen des Verzugs lediglich die Nichtleistung auf eine Mahnung des Gläubigers nach Eintritt der Fälligkeit. Jedoch findet sich kein Hinweis darauf, dass die Forderung auch durchsetzbar sein muss und damit das Vorliegen von Einreden dem Verzugseintritt entgegensteht.<sup>30</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit könnte es sich daher empfehlen, auch in Hinblick auf ausländische Unternehmen, die sich mit dem deutschen Recht konfrontiert sehen,

<sup>24</sup> Coen: „Der negative Basiszinssatz nach § 247 BGB“: NJW 2012, 3329 (3329 f.).

<sup>25</sup> Z.B. § 104 Abs. 1 ZPO, § 154 a, § 157 Abs. 1 Kostenordnung.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 03.04.2008, C- 306/06 01051 (Telecom GmbH ./ Deutsche Telekom AG).

<sup>27</sup> Faust. Rechtszeitigkeit der Leistung bei Geldschulden: JuS 2009, S. 81 ff.

<sup>28</sup> Ebenso: Staudinger: Zahlungsverzug bei Banküberweisung: DNotZ 2009, S. 196 ff.

<sup>29</sup> Schulze/ u.a./ Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Auflage 2012, § 270 Rn. 5.

<sup>30</sup> So die h.M. u.a. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 36. Auflage 2012, § 23 Rn. 5 ff.; Schlechtriem/ Schmidt- Kessel, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2005, Rn. 658.

klarstellende Regelungen in § 286 BGB einzufügen. Allerdings würde dies eine grundlegende Umgestaltung der bisherigen Regelungen zum Verzug erfordern.