

Stellungnahme
zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr
(BT-Drucksache 17/10491)

Sitzung des BT-Rechtsausschusses am 30. Januar 2013

1. Die Zahlungstreue ist Teil der das Privatrecht beherrschenden Maxime der Vertragstreue. Gesichert wird der Zahlungsanspruch im Bürgerlichen Recht über verschiedene Prinzipien und Instrumente:

- Zurückgehend auf *Bernhard Windscheid* verleiht das Bürgerliche Recht einem „Anspruch“ die Eigenschaft der *Klagbarkeit*. Zahlungsansprüche können ab dem Moment ihrer Entstehung eingeklagt werden. Anders als nach dem sog. *remedy*-Modell des common law, an dem sich auch das geplante Gemeinsame Europäische Kaufrecht (KOM(2011) 635 endg.) orientiert, setzen vertragliche Zahlungsansprüche nach der Konzeption des BGB gerade *keine* Nichterfüllung, sondern nur einen wirksamen Vertrag voraus (vgl. § 433 Abs. 2 BGB: „*durch* den Kaufvertrag“). Dies begünstigt den Gläubiger, muss dieser im Prozess doch allein das Zustandekommen des Vertrages schlüssig darlegen und beweisen.
- Das Dogma „*Geld hat man zu haben*“ verhindert, dass sich ein Zahlungsschuldner auf die Einwendungen der Unmöglichkeit (§ 275 BGB) und der Geschäftsgrundlagenstörung (§ 313 BGB) berufen kann.
- Die Rechtsnatur der Geldschuld als *qualifizierte Schickschuld* weist dem Zahlungsschuldner das Geldübermittlungsrisiko zu (§ 270 BGB).
- Die Zug-um-Zug *Einrede des nichterfüllten Vertrages* (§ 320 BGB) soll nach dem Willen des historischen Gesetzgeber als effektives Zahlungsdruckmittel fungieren.

2. Die Zahlungstreue wird darüber hinaus durch mehrere zahlungsmotivierende *Sekundärinstitute* gefördert; zu nennen sind namentlich:

- die Bewehrung des Zahlungsanspruchs mit einem Anspruch auf Ersatz des *Verzögerungsschadens* im Fall des Verzuges (§§ 280, 286 BGB), und
- der Anspruch auf *Verzugszinsen* (§ 288 BGB).

3. Die vorgenannten Instrumente des historischen BGB-Gesetzgebers werden den heutigen Gegebenheiten indes nur unzureichend gerecht:
 - Das *Windscheid'sche* Anspruchsmodell ist zwar effektiv, setzt allerdings eine Klageerhebung voraus, was aufwendig und laufenden Geschäftsbeziehungen abträglich ist.
 - Zahlungsschuldner sind eher unwillig denn unvernünftig, ihrer Zahlungsschuld nachzukommen; das Dogma „Geld hat man zu haben“ hilft insofern nicht weiter.
 - Sowohl das Zahlungsdruckmittel des § 320 BGB als auch die Ansprüche auf Ersatz des Verzögerungsschadens und der Verzugszinsen laufen leer, wenn eine Seite in Vorleistung geht und (überlange) Zahlungsfristen vereinbart werden.
 - Schließlich entfalten die Verzugsfolgen *de lege lata* keine hinreichende Abschreckungswirkung: Interne Beitreibungskosten sind der eigenen Müheverwaltung zuzurechnen und regelmäßig nicht ersatzfähig, die Geltendmachung eines konkreten Verzögerungsschadens erfordert die (schwierige) Darlegung der Kausalität und der Schadenshöhe.
4. Abhilfe soll das hier zu evaluierende „Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr“ (BT-Drucksache 17/10491) schaffen, welches die Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr in nationales Recht umsetzt.
5. Insgesamt ist der Gesetzentwurf gelungen: Er bemüht sich um Systemkohärenz im Hinblick auf die tradierten Prinzipien des Bürgerlichen Rechts. Dies gelingt zwar nicht ohne Friktionen, etwa in Bezug auf die Beitreibungspauschale (siehe infra 8.), ist allerdings vor dem Hintergrund der europarechtlichen Vorgaben hinzunehmen. Im Folgenden sollen ausgewählte Einzelaspekte gewürdigt werden (eine ausführliche Analyse findet sich bei *Weller/Harms*, Die Kultur der Zahlungstreue im BGB, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM), 2012, S. 2305 – 2314).
6. **§ 271a BGB-E** ändert zwar nichts am vorleistungsbedingten Leerlaufen des § 320 BGB. Allerdings deckelt § 271a BGB-E die zeitliche Spanne zwischen der erbrachten Sachleistung und der noch zu erfolgenden Zahlung, indem er Zahlungshöchstfristen statuiert: 60 Tage für private und 30 Tage für öffentliche Schuldner. Darüber hinausgehende Vereinbarungen sind in Einschränkung des Prinzips der Privatautonomie in der Regel unwirksam.

- a) Die Zahlungshöchstfristen sollen eine „Kultur der unverzüglichen Zahlung“ fördern.¹ Die gewählte Zweck-Mittel-Relation erscheint vertretbar, zumal die 60-Tages-Frist bei Verträgen zwischen Unternehmern keine starre Grenze bildet; vielmehr sieht § 271a Abs. 1 BGB-E Ausnahmen vor und dispensiert bei Ratenzahlungsvereinbarungen ganz von der Beachtung der Höchstfristen. Vor diesem Hintergrund sind in verfassungsrechtlicher Hinsicht sowohl der institutionelle Kernbereich der Vertragsfreiheit als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt.
- b) Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme (BT-Drucksache 17/10491, S. 17) vor, § 271a BGB-E dahin zu präzisieren, dass für den Fristbeginn erst der Empfang der Gegenleistung maßgeblich ist, falls die *Rechnung* schon vor der Bewirkung der *Gegenleistung* gestellt wird.² M.E. ist diese Präzisierung überflüssig, da der Zahlungsschuldner über § 320 BGB ausreichend geschützt ist, wenn die Gegenleistung noch nicht bewirkt wurde. Denn unabhängig von der Erhebung der Einrede verhindert das bloße objektive Bestehen des Zurückbehaltungsrechts, dass der Zahlungsschuldner in Verzug gerät (BGHZ 84, 44 = NJW 1982, 2242; MünchKommBGB/Emmerich, (2012), § 320 Rn. 37).
- c) *Verbraucher*-Gläubiger profitieren indes weder von den Zahlungshöchstfristen noch von der Beitreibungspauschale, da die Neuregelung auf den Geschäftsverkehr beschränkt ist.³ Die Beschränkung auf Unternehmer ist zwar gerechtfertigt, soweit Zahlungsschuldner zukünftig strenger behandelt werden sollen. Aus Perspektive des Zahlungsgläubigers führt die Ausklammerung von Verbrauchern jedoch dazu, dass diese schlechter gestellt werden als Unternehmer. Zum einen erhalten Verbraucher, die eine Entgeltforderung gegen einen säumigen Unternehmer betreiben müssen (etwa den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach einem Widerruf aus §§ 346 Abs. 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB⁴), keine Aufwandspauschale in Höhe von 40 Euro. Zum anderen können ihnen gegenüber Zahlungsfristen durchgesetzt werden, welche die 60-Tage-Obergrenze des § 271a Abs. 1 BGB-E übersteigen. Rechtspolitisch diskutiert werden könnte eine partielle (lediglich begünstigende) Einbeziehung von

¹ Vgl. die Erwägungsgründe Nr. 3, 6 und 12 der Richtlinie 2011/7/EU; BRat-Drucksache 306/12, S. 5.

² So auch Art. 3 Abs. 3 lit. b (ii) und (iii) RL 2011/7/EU.

³ Vgl. § 271a Abs. 4 BGB-E und § 286 Abs. 5 S. 1 BGB-E. Dies deckt sich mit dem auf den Geschäftsverkehr beschränkten Anwendungsbereich der Richtlinie 2011/7/EU, vgl. deren Erwägungsgrund Nr. 8.

⁴ Der Rückgewähranspruch aus §§ 357, 346 BGB gilt aufgrund der Verweisung in § 357 Abs. 1 S. 2 BGB auf § 286 Abs. 3 BGB als „Entgeltforderung“ mit der Konsequenz, dass auch der neue § 288 Abs. 5 BGB-E, der ebenfalls „Entgeltforderung[en]“ betrifft, auf ihn Anwendung finden müsste.

Verbrauchern, soweit sie in der Gläubigerrolle sind. § 271a Abs. 4 BGB-E könnte dann wie folgt formuliert werden:

„Die Absätze 1 bis 3 gelten nicht für die Vereinbarung von Teilleistungen sowie für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher als *Zahlungsschuldner* beteiligt ist.“

- d) Werden *kürzere* als die in § 271a BGB-E erlaubten 30- bzw. 60-Tages-Fristen in AGB vereinbart, unterliegen diese der AGB-Inhaltskontrolle gemäß §§ 307, 308 Nr. 1 BGB, da das gesetzliche Leitbild – entgegen der Befürchtung des Bundesrates (BT-Drucksache 17/10491, S. 17) – nach wie vor das Prinzip der *sofortigen* Fälligkeit vertraglicher Ansprüche ist (§ 271 BGB).⁵
- e) § 271a BGB-E soll sich laut Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 17/10491, S. 11) nur auf Leistungszeitvereinbarungen, nicht hingegen auf die *Stundung* von Zahlungsansprüchen erstrecken. Der gegenwärtige Wortlaut der Norm trägt diese Differenzierung jedoch nicht; abgesehen davon würde sie auch sachlich nicht überzeugen. Denn Leistungszeitvereinbarung und Stundung liegen – nicht zuletzt für juristische Laien – so nah beieinander⁶, dass eine Norm, die es durch einen vagen Tatbestand auf eine Abgrenzung anlegte, der Verkehrsmaxime der Rechtsklarheit zuwiderliefe. Die Unterschiede sind eher rechtstechnischer Art, die im Ergebnis jedenfalls für einen Schuldner, der seine Zahlung „hinausschieben“ möchte, kaum eine Rolle spielen. Sie liegen zum einen in der Rechtsnatur (Einwendung/Einrede)⁷, zum anderen in der Erfüllbarkeit der Forderung⁸, welche bei der Stundung schon vor dem Fälligkeitszeitpunkt gegeben ist.⁹ Schließlich ermöglichte man Zahlungsschuldnern Umgehungsstrategien, wenn man tatsächlich nach Leistungszeitbestimmung und Stundung differenzierte; durch Stipulierung

⁵ Ebenso die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucksache 17/10491, S. 19.

⁶ So ist eine Stundung ebenso wie eine Leistungszeitvereinbarung eine zweiseitige Vereinbarung, die nicht nur nachträglich, sondern bereits bei Vertragsschluss getroffen werden kann, vgl. für die Stundung MünchKommBGB/Krüger, (2012), § 271, Rn. 21 ff.; Staudinger/Bittner, BGB, (2009), § 271, Rn. 10; für die Leistungszeitvereinbarung vgl. BGH NJW 2007, 1581, 1582, Tz. 18, 20, 22.

⁷ Ist die vereinbarte Leistungszeit noch nicht gegeben, begründet dies eine von Amts wegen zu berücksichtigende rechtshindernde Einwendung; eine Stundung gewährt dem Schuldner dagegen „lediglich“ eine von ihm zu erhebende rechtshemmende (dilatorische) Einrede. In beiden Fällen wird eine verfrühte Leistungsklage als „derzeit unbegründet“ abgewiesen, MünchKommBGB/Krüger, (2012), § 271, Rn. 2 und 21.

⁸ Mit Erfüllbarkeit wird der Zeitpunkt bezeichnet, ab dem der Schuldner die Leistung erbringen darf und der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, wenn er sie nicht annimmt, MünchKommBGB/Krüger, (2012), § 271, Rn. 3.

⁹ Die Stundung ist eine Vereinbarung zugunsten des Schuldners, wonach er schon leisten darf, aber noch nicht muss, vgl. BGH NJW 2003, 2674, 2675; Palandt/Grünberg, BGB (2010), § 271, Rn. 13; Jauernig/Stadler, BGB, (2011), § 271, Rn. 9.

einer Stundung könnte man die Zahlungshöchstfrist in § 271a BGB-E aushebeln.

7. Der Anspruch auf Verzugszinsen, den **§ 288 Abs. 2 BGB-E** auf neun Prozentpunkte über den Basiszinssatz anhebt, stellt einen unwiderleglich vermuteten Mindestschaden dar, der dem Entgeltgläubiger insofern entgegenkommt, als er den Nachweis eines kausalen Verzögerungsschadens entbehrlich macht.
8. Als Novum eröffnet **§ 288 Abs. 5 BGB-E** dem Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners einen Anspruch auf eine Beitreibungskostenpauschale in Höhe von 40 Euro.
 - a) Die Pauschale ist unter dem Gesichtspunkt der Systemkohärenz nicht unproblematisch: Sie geht über das schadensrechtliche Kompensationsprinzip (§ 249 BGB) und Bereicherungsverbot (vgl. § 255 BGB) hinaus, weil sie die Liquidierung bisher nicht erstattungsfähiger interner Kosten der eigenen Müheverwaltung ermöglicht. Ihr ist damit ein pönaler Charakter inhärent, welcher dem tradierten Zivilrecht fremd ist. Sie ist allerdings insofern europarechtskonform, als die Zahlungsverzugsrichtlinie eine Sanktionierung mit „Abschreckungswirkung“ verlangt.¹⁰
 - b) Die Pauschale steht der Geltendmachung höherer Rechtsverfolgungskosten über §§ 280, 286 BGB nicht entgegen. In diesem Fall ist die Pauschale jedoch nach § 288 Abs. 5 S. 3 BGB-E auf den Schadensersatz *anzurechnen*.
 - c) In Höhe der Pauschale sind fortan zwar die *internen* Kosten der eigenen Müheverwaltung ersatzfähig. Werden jedoch tatsächliche *externe* Rechtsverfolgungskosten geltend gemacht (z.B. Anwaltskosten), geht in diesen die Pauschale aufgrund der Anrechnung auf; damit entfällt die Entschädigung für die eigene Müheverwaltung.¹¹ Anders gewendet: Nur derjenige Gläubiger erhält die 40 Euro für die eigene Müheverwaltung, bei dem es später *nicht* zur Einschaltung eines Anwalts und damit nicht zur Anrechnung kommt. Dies erscheint jedoch insofern gerechtfertigt, als die in § 288 Abs. 5 BGB-E vorgesehene Anrechnungslösung den pönalen Charakter der Pauschale abmildert und damit dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot Rechnung trägt.
9. *Ratenzahlungsvereinbarungen* sind vom Anwendungsbereich der Höchstfristregelung in § 271a BGB-E ausdrücklich ausgenommen; im Hinblick auf die Beitreibungspauschale in **§ 288 Abs. 5 BGB-E** findet sich hingegen keine explizite Regelung. Insofern stellt sich die

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 19 RL 2011/7/EU.

¹¹ Ebenso Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 17/10491, S. 18.

Frage, ob die Pauschale bei jeder säumigen Rate in voller Höhe (je 40 Euro) anfällt oder vom Ratenschuldner lediglich anteilig (d.h. im Verhältnis der säumigen Rate zur Gesamtsumme) zu entrichten ist. Der Wortlaut des Art. 5 S. 2 der Richtlinie 2011/7/EU spricht eher für eine proratarische Bemessung der Pauschale, besagt er doch, dass „Entschädigungen“ (zu denen auch die Pauschale zählt, siehe Art. 6), „*allein* auf der Grundlage der *rückständigen* Rate zu berechnen sind.“ Andererseits fällt bei der Beitreibung einer einzelnen Rate genauso viel Aufwand an wie bei der Beitreibung einer einheitlichen Forderung; kommt der Schuldner mit mehreren Raten in Verzug, summiert sich der Aufwand dementsprechend. Dies würde dafür sprechen, die Pauschale in Höhe von 40 Euro bei jeder säumigen Rate anfallen zu lassen. Der Gesetzgeber sollte diese Zweifelsfrage rechtspolitisch entscheiden und in § 288 Abs. 5 BGB-E klarstellen. Beide aufgezeigten Lösungen wären m.E. richtlinienkonform.

Prof. Dr. Marc-Philippe Weller