

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung) gegenüber dem Rechtsausschuß des deutschen Bundestages

Gegenstand der nachfolgenden Stellungnahme sind der Vorschlag der Kommission vom 8. 4. 2009¹ sowie der Berichtsentwurf der Berichterstatterin im Europäischen Parlament, *Barbara Weiler*, für den Ausschuß für Binnenmarkt und Verbraucherschutz des Europäischen Parlaments vom 4. 2. 2010 einschließlich der dort vorgeschlagenen Änderungen.²

Im Folgenden werde ich mich zunächst zu den rechtspolitischen Zielsetzungen der Richtlinie sowie zur besonderen deutschen Perspektive auf diese äußern (I.). Sodann wird es um den Anwendungsbereich und die Regelungsstruktur der vorliegenden Texte gehen (II.). Der rechtspolitische Kern der Texte ist sodann in den Regelungen des Verzugs und seiner Folgen zu sehen, und zwar zunächst in der allgemeinen Regelung (III.) und dann in den Sondervorschriften für die öffentliche Hand (IV.). Schließlich möchte ich mich noch zu einigen Einzelpunkten äußern (V.)

I. Politische Zielsetzungen aus deutscher Sicht

Die Kommission verfolgt mit ihrem Vorschlag eine doppelte Strategie, die sich m.E. mit deutschen Interessen nicht vollständig deckt. Beide Ziele der Kommission dienen dem Schutz der Liquidität vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen. Dabei will die Kommission nunmehr – gegenüber der bisherigen Richtlinie – stärker zwischen verschiedenen Kategorien von Schuldnern differenzieren:

Hinsichtlich privater Unternehmen bleibt es im Wesentlichen bei der bisherigen Regelung, lediglich für die bereits in der bisherigen Richtlinie vorgesehenen Beitreibungskosten sieht der Vorschlag nunmehr in Art. 4 RL-E eine Pauschalierung vor.

Schuldet die öffentliche Hand Vergütungen, sollen nach Vorstellung der Kommission künftig erheblich strengere Regelungen gelten. Diese umfassen insbesondere zeitliche Beschränkungen für Abnahmeverfahren, zusätzliche Einschränkungen der Abdingbarkeit der Verzugszinsregelungen sowie einen zusätzlich zu den Verzugszinsen zu zahlenden pauschalen Entschädigungsbetrag von 5% der offenen Forderung. Die Pauschalierung der Beitreibungskosten nach Art. 4 RL-E sollen jedenfalls auch für diese Schuldner eingreifen. Die Kommission schlägt vor den Kreis dieser Schuldner – wie bisher – durch Verweis auf das Vergaberecht zu bestimmen.

¹ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), KOM(2009)126 endg. Die Bestimmungen des Entwurfs sind mit RL-E zitiert. Zu diesem Entwurf bislang schon *Aspöck*, GPR 2009, 270 ff. Ferner demnächst *Schmidt-Kessel*, Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann, 2. Aufl. Stuttgart 2010.

² Entwurf eines Berichts über den Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung) (KOM(2009)126 – C7-0044/2009 – 2009/0054(COD)), Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, PE438.475v01-00. Die Beschlußfassung im Ausschuß ist für den 28. 4. 2010 die im Plenum für den 19. 5. 2010 vorgesehen. Die Abweichungen vom Vorschlag der Kommission sind mit RL-EP-E zitiert.

Das Parlament möchte dies einerseits um die sog. Sektorenauftraggeber, also vor allem die Energie- und Wasserversorger, sowie um die Organe der Union erweitern, Art. 2 II RL-EP-E.

Bei der Stellungnahme des Deutschen Bundestages zum Vorschlag der Kommission sollte m.E. aber zusätzlich der grenzüberschreitende Aspekt des künftigen Rechtsakts bedacht werden: Die Richtlinie bietet nämlich auch die Chance, erfolgreiche Elemente des deutschen Rechts in die anderen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu „exportieren“. Für die deutsche Exportwirtschaft dürfte die Verbesserung der Zahlungsmoral auch ihrer Abnehmer in anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein. Das gilt – trotz häufiger Anwendbarkeit deutschen Rechts bei Sitz etwa des Verkäufers oder Dienstleisters in Deutschland – auch für Leistungen an Private, es gilt aber vor allem für Leistungen an öffentliche Auftraggeber aus anderen Mitgliedstaaten, für welche nicht nur regelmäßig die Anwendbarkeit ihres Heimatrechts durchsetzen können (und vergaberechtlich wohl auch müssen), sondern die in den jeweiligen Rechtsordnungen auch zum Teil ganz erhebliche Möglichkeiten zur Verlängerung von Zahlungsfristen nach Leistungserbringung bestehen.³ Ein konkretes Interesse am Rechtsexport dürfte zudem bei der Regelung des Eigentumsvorbehalts gegeben sein (dazu unten sub V. 3).⁴

II. Anwendungsbereich und Regelungsstruktur

1. Anwendungsbereich

Bei der Beschreibung des Anwendungsbereichs findet sich in der Definition des Geschäftsverkehrs in Art. 2 Nr. 1 RL-E das für das Unionsrecht schon klassische Binom „Lieferung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen“ in vom Standard „Lieferung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen“ leicht abweichender Weise. Diese Formulierung führt hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Richtlinie zu erheblichen Unsicherheiten. Diese ergeben sich zunächst aus der Verwendung des Wortes Güter statt des üblichen Begriffs „Waren“, für die bereits zur derzeitigen Fassung der Richtlinie umstritten ist, ob die Verwendung des divergierenden Begriffs auch Geschäfte über Grundstücke erfasst.⁵ Noch schwieriger zu beantworten ist, ob auch Forderungen aus Gebrauchsüberlassungsverträgen erfasst sind,⁶ was bei Charterverträgen über Schiffe oder Flugzeuge aber ebenso bei Mietwagen durchaus Bedeutung erlangen kann. Beide Schwierigkeiten ließen sich vermeiden, wenn generell Entgelte für Leistungen von Unternehmen erfasst würden.

³ Siehe nur Art. 14 I des italienischen Decreto-legge Nr. 669/1996, welches der öffentlichen Verwaltung eine zusätzliche Vollstreckungsfrist von 120 Tagen einräumt. Der EuGH (Rs. C-265/07, Cafaro) hat diese Vorschrift aufgrund einer begrifflichen Differenzierung zwischen der Frist nach Art. 5 (der bisherigen Richtlinienfassung) und einer Frist zur Aussetzung der Vollstreckung für mit der Richtlinie vereinbar gehalten; anders noch GA *Trstenjak*, Schlussanträge zu Rs. C-265/07, Cafaro.

⁴ Zum bislang weiten Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten s. EuGH, Rs. C-302/05, Kommission/Italienische Republik, Rn. 25-31; ferner *Oliva Blázquez*, *Revista de derecho patrimonial* 2006, 93 ff.

⁵ Dagegen bislang *AnwKomm-BGB-Schulte-Nölke*, Verzugs-RL, Art. 1, 2 Rn. 16 dafür *Schmidt-Kessel*, *Zahlungszeit* (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: *Gebauer/Wiedmann*, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 9.

⁶ Dagegen bislang *Benedetti*, in: *Benedetti* (Hrsg.), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Turin 2003, 19 [33 f.]; dafür *Schmidt-Kessel*, *Zahlungszeit* (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: *Gebauer/Wiedmann*, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 9.

Wohl unvermeidlich dürfte hingegen die Erfassung auch solcher Leistungen sein, die zwar nicht auf vertraglicher Grundlage aber gleichwohl gegen Entgelt erbracht werden. Erfasst werden damit auch öffentlich-rechtlich organisierte Tätigkeiten Privater, etwa als amtliches Organ oder als Träger eines privaten Amtes, soweit – wie regelmäßig beim Insolvenzverwalter – die Unternehmereigenschaft gegeben ist oder als Sachverständiger, Dolmetscher oder Übersetzer in gerichtlichen Verfahren.⁷ Durch den Verzicht auf ein einschränkendes Kriterium – etwa: „auf Grundlage eines Vertrags“ – wird aber zurecht die nur akademisch interessante Debatte vermieden, welche Rechtsverhältnisse im einzelnen von der Richtlinie erfasst werden; der Begriff des Vertrags ist für das Unionsrecht bislang eben nicht geklärt. Der Zweck der Richtlinie spricht auch für eine Erfassung etwa des unternehmerisch handelnden *trustee* des englischen Rechts.

Wenig geklärt ist auch der Entgeltbegriff. Erwägungsgrund (9) RL-E (entspricht Erwägungsgrund (13) RL) gibt zwar einige Hinweise insbesondere für die Unanwendbarkeit auf Schadensersatzansprüche. Die zu erwartenden Abgrenzungsprobleme betreffen mit dem Bauvertragsrecht aber gerade den Kern der Richtlinie: Es wird vermutlich vom Zufall abhängen, wie der Gerichtshof den auf die freie Kündigung des Werkbestellers (etwa § 649 BGB oder Art. 1794 Code civil) folgenden Zahlungsanspruch des Unternehmer qualifizieren wird, ob als modifizierten Entgeltanspruch (wie in Deutschland) oder als Schadensersatz (wie überwiegend sonst).

2. Mindeststandard

Wie bereits die bestehende Richtlinie enthält Art. 11 III RL-E (= 6 II RL) die Anordnung, daß die Mitgliedstaaten für den Gläubiger günstigere Regelungen beibehalten oder erlassen können. Die Richtlinie führt also nach wie vor – abweichend vom primärrechtlichen Leitbild des Art. 288 AEUV – keine Vollharmonisierung herbei, sondern setzt nur einen Mindeststandard. Die Mitgliedstaaten sind daher frei, die durch die Richtlinie angeordneten Sanktionen zu verschärfen sowie zusätzlich dazu weitere Rechtsbehelfe zugunsten des Gläubigers oder Rechtsbehelfe zu Lasten des Gläubigers vorzusehen.

Unschädlich sind daher im deutschen Recht etwa die Regelungen der Fälligkeitszinsen in § 353 HGB⁸ sowie Art. 78 CISG und der Prozeßzinsen nach § 291 BGB, der prozessuale Kostenerstattungsanspruch nach §§ 91 ff. ZPO und die Möglichkeiten der Vertragsaufhebung bei verspäteter Zahlung etwa nach §§ 314, 323 BGB oder Art. 64 CISG. Ebenfalls möglich bleibt die Ersatzfähigkeit eines weitergehenden Verzögerungsschadens nach § 288 IV BGB sowie Art. 78 CISG a.E., für die freilich zu prüfen sein würde, ob die damit verbundene – für den Gläubiger relativ nachteilige – Anrechnung der nach der Richtlinie zuzusprechenden Zinsen und Beitreibungskosten auf den Schadensersatz auch die als Sanktionen gedachten Pauschalen nach Art. 5 V RL-E und Art. 4a RL-EP-E⁹ erfassen darf; dagegen spräche jedenfalls ein Strafzweck dieser Zahlungen. Die gleiche Frage dürfte für die Beitreibungskosten durch Art. 4 III RL-E zugunsten der Anrechenbarkeit

⁷ Schmidt-Kessel, Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 18.

⁸ Zum gesetzlichen Zinssatz des Handelsrechts in § 353 HGB s. unten sub V.1.

⁹ Dazu noch unten sub III.3.

entschiedenen sein; ein Umkehrschluß aus dieser Vorschrift gegen eine Anrechnungsfähigkeit der o.g. Pauschalen wiederum erschiene angesichts der Zweifelhafteit dieses Arguments für das Gemeinschaftsrecht¹⁰ problematisch.

3. Technische Gestaltung der Sonderregeln für öffentliche Stellen

Die bisherige Richtlinie hat – trotz mancher Streitfrage – den Vorzug relativ großer Regelungsklarheit und markanter Kürze. Der Vorschlag der Kommission enthält nun eine erhebliche Ausweitung des Regelungstextes, der die Korrektheit der Umsetzung in den Mitgliedstaaten nicht unbedingt befördern wird. Bedenklich erscheint dabei vor allem die in Artt. 3, 5 RL-E vorgenommene Verdoppelung der Regelungen. Bereits bei den inhaltsgleichen Art. 3 I-III und Art. 5 I, II, VI RL-E finden sich Wortlautdivergenzen ohne erkennbaren Grund (etwa „gesetzlich“ und „rechtlich“ sowie „Verzögerung“ und „Zahlungsverzug“). Art. 5 RL-E sollte sich dementsprechend – unabhängig von der rechtspolitischen Bewertung – auf die Sonderregeln für die öffentlichen Stellen beschränken.

Nicht nachvollziehbar ist auch die innere Ordnung der Richtlinie. Insbesondere die Position des Art. 5 RL-E zwischen zwei allgemeinen Regelungen ist völlig unlogisch und regelungstechnisch verfehlt. Das gilt umso mehr für den Fall, daß die im Berichtsentwurf für das Parlament vorgeschlagene Regelung des Art. 4a RL-EP-E Gesetz würde. Wenn überhaupt eine Zusammenfassung der Sonderregeln erforderlich ist, gehört die Bestimmung an das Ende der materiellen Regeln also hinter Art. 6 RL-E.

III. Die allgemeine Regelung des Verzugs und seiner Folgen

1. Die Regelung zum Verzugszins

Die Kommission schlägt eine weitestgehend unveränderte Fortschreibung der Regelungen zum Verzugszins vor: Terminologisch erfolgt der Wechsel von den Zinsen zu den Verzugszinsen. Ohne sachliche Änderung neu gefaßt wird die Regelung der Maßgeblichkeit des Basiszinssatzes für das jeweilige Kalenderhalbjahr, Artt. 3 III, 5 VI RL-E. Beim Basiszinssatz soll die bisherige Sonderregelung für Länder entfallen, die nicht der Eurozone angehören; bei erheblichen Zinsdifferenzen mag dies Schwierigkeiten nach sich ziehen. Entfallen soll ferner der bisherige Art. 3 II RL, der es – gedacht für begrenzte Bereiche von Forderungen gegen die öffentliche Hand – den Mitgliedstaaten gestattete für „bestimmte Vertragsarten“ die Zahlungsfrist von 30 auf 60 Tage zu erhöhen.

Zu den formalen Anforderungen an die Rechnung enthält der neue Vorschlag keine Änderungen. Auch wenn die Prüffähigkeit nicht ausdrücklich von der Richtlinie verlangt wird, so wird sie doch jedenfalls dort gefordert sein, wo sich der Umfang des Entgelts erst aus der Rechnung selbst ergibt. Rechnung im Sinne der Richtlinie ist eine textlich fixierte Mittelung der geschuldeten Geldsumme aus der sich mit hinreichender Klarheit Gläubiger, Grund und Höhe der Entgeltforderung entnehmen lassen¹¹. Das Genügen einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung dient zwar der

¹⁰ Vgl. *Schmidt-Kessel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Handbuch Europäische Methodenlehre* (2. Aufl.), § 17 Rn. 32.

¹¹ *Schmidt-Kessel*, *Zahlungszeit* (§§ 269 bis 271 BGB) und *Verzug* (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: *Gebauer/Wiedmann*, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 29; *AnwKomm-BGB-Schulte-Nölke*, *Verzugs-RL*, Art. 3 Rn. 11; s.a. *Zaccaria*, *Studium iuris* 2001, 259 [265].

Vermeidung einer übermäßigen Formalisierung. Gleichwertig ist eine solche Aufforderung aber nur dann, wenn der Schuldner erkennen kann welche Forderung gemeint ist und zugleich eine ausreichende Grundlage hat, die Forderung zu prüfen.¹² Die Aufnahme eines eigenen Erfordernisses der Prüffähigkeit der Rechnung¹³ brächte daher keine sachliche Änderung und sollte unterbleiben.

Ebenfalls keine neuen Hinweise enthält der Vorschlag der Kommission zur Frage der Beachtlichkeit einer sog. Nullfrist für den nach Art. 3 I lit. a RL. Damit bleibt es richtigerweise beim bisherigen Rechtszustand: Eine Vereinbarung der „Zahlung bei Lieferung“, „*spedizione contro assegno*“ oder „*cash on delivery*“ führt – anders als nach herrschender Auffassung zu § 286 II Nr. 1 BGB den Verzug herbei.¹⁴

Entfallen soll die Sonderbestimmung für den Fall der Unsicherheit über den Zeitpunkt des Eingangs der die 30-Tage-Frist auslösenden Rechnung, bislang Art. 3 II lit. b Nr. ii RL. Sie hat die mit der Anknüpfung an den Rechnungseingang einhergehenden Beweisprobleme nicht gelöst. Eine wirkliche Entlastung des Gläubigers ließe sich wohl auch nur über eine Eingangsvermutung erzielen, die außer dem Zeitpunkt auch den Umstand des Eingangs selbst¹⁵ erfassen müsste. Steht der Zahlungsbetrag auch ohne die Rechnung fest, ist der Schuldner der bereits fälligen Forderung auch nicht schutzwürdig; dient die Rechnung hingegen auch der Bestimmung der Höhe des Entgelts (etwa Abrechnung von Materialien nach Verbrauch, Arbeitsstunden etc.), wird es bei der Beweisbelastung des Gläubigers bleiben müssen.

Wie bislang schon die Richtlinie sieht auch der Vorschlag der Kommission in Art. 3 II lit. b Nr. ii RL-E für Abnahmeverfahren – also insbesondere die Abnahme nach Werkvertragsrecht oder VOB/B – einen späteren Beginn der 30-Tage-Frist vor. Damit ist freilich nur ein Teil der Fälle gelöst, in welchen die Fälligkeit der Gegenleistung *ex lege* erst nach den durch die Richtlinie bestimmten Zeitpunkten eintritt.¹⁶ Das gilt insbesondere für die gesetzlich vorgesehene Leistungsbestimmung durch Dritte, wie sie insbesondere bei den amtlichen Organen und Trägern eines privaten Amtes (etwa den Insolvenzverwalter) vorgesehen ist. Außerdem gestattet der Wortlaut des Vorschlags keine hinreichende Berücksichtigung der Besonderheiten erfolgsabhängiger Vergütungen bei Tätigkeiten ohne geschuldeten Erfolg, also etwa von Provisionen oder Umsatz- oder Gewinnbeteiligungen. Letzteres läßt schon jetzt an der Unionsrechtskonformität von §§ 87a IV, 87c HGB (soweit nicht durch die Handelsvertreterrichtlinie gedeckt) und von § 24 VerlagsG zweifeln. Es dürfte nicht in der Intention der Kommission liegen die betreffenden Vergütungsformen und

¹² *Schmidt-Kessel*, Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 29; *AnwKomm-BGB-Schulte-Nölke*, Verzugs-RL, Art. 3 Rn. 12.

¹³ Ziff. 5 des Entschließungsantrags, Ausschußdrucksache des Rechtsausschusses Nr. 17(6)006.

¹⁴ *Mengoni*, Europa e diritto privato 2001, 73 [75]; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 710; *AnwKomm-BGB-Schulte-Nölke*, Verzugs-RL, Art. 3 Rn. 5.

¹⁵ Bislang ist letzteres nicht der Fall: *Schmidt-Kessel*, NJW 2001, 97 [99, Fn. 35]; *AnwKomm-BGB-Schulte-Nölke*, Verzugs-RL, Art. 3 Rn. 16; a.A. offenbar *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, Rn. 712.

¹⁶ Dazu ausführlich *Schmidt-Kessel*, Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 32-38.

Abrechnungssysteme in Frage zu stellen; allerdings erscheint hier eine Ergänzung der Richtlinie geboten.

2. Entschädigung für Beitreibungskosten

Das deutsche Recht ist mit dem Ausgleich außergerichtlicher Beitreibungskosten bislang recht zurückhaltend.¹⁷ Als Schadensersatz kann der Gläubiger aber immerhin Mahnkosten¹⁸ sowie Inkassokosten bei Geldschulden¹⁹ verlangen. Nicht ersatzfähig sind jedoch regelmäßig die Kosten einer jedoch einer erst verzugsbegründenden Mahnung²⁰ sowie Mehrkosten, die durch die Beauftragung eines anderen Rechtsbeistands im Mahnverfahren angefallen sind.²¹ Im Anwendungsbereich der Zahlungsverzugsrichtlinie sind zwar richtigerweise auch die internen Verwaltungskosten des Gläubigers zu ersetzen;²² zu den ersatzfähigen Aufwendungen müssen dabei auch die eigene Arbeitskraft und -zeit zählen. In der Praxis hat sich dies bislang allerdings nicht durchgesetzt.²³

Soweit der Gläubiger seine Anstrengungen nicht durch die Vergabe nach außen kommerzialisiert – und damit letztlich ein Signal für einen sich anbahnenden Rechtsstreit setzt –, bleibt die Ersatzfähigkeit seines Aufwands gleichwohl prekär. Der ihm entstehende Schaden ist immaterieller Natur. Da die Unternehmen zur Wahrung der Kundenbeziehung aber die Beschreitung des Rechtswegs offenbar scheuen, erscheint die von der Kommission in Art. 4 I, II RL-E vorgeschlagene Festsetzung von Pauschalbeträgen sinnvoll. Sie würde auch zu einem Ausgleich für Kleinstunternehmen (Handwerkern etc.) führen, welche keine eigene interne Organisation zur Eintreibung von Außenständen vorhalten können. Allerdings dürfen die festgesetzten Pauschalen schon mit Blick auf die Obliegenheit des Gläubigers zur Schadensminderung nicht außer Verhältnis zum tatsächlichen Aufwand geraten. Daher erscheint die im Berichtsentwurf für das Europäische Parlament vorgeschlagene Obergrenze von 100 €, Art. 4 I lit. c RL-EP-E, sinnvoll.

Der Zwecksetzung der Regelung liefe freilich eine Anrechnung der Pauschalen auf den Ersatz der Beitreibungskosten insgesamt zuwider. Dementsprechend stellt Art. 4 III RL-E ausdrücklich klar, daß die Pauschalen nehmen den angemessenen Ersatz der „übrigen“ Beitreibungskosten treten. Die der bisherigen Richtlinie entstammende Formulierung „es sei denn, dass der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist“ sollte freilich entfallen: Die Voraussetzung der schuldnerischen Verantwortlichkeit samt Beweislastumkehr ergibt sich nunmehr bereits aus dem Verweis in Art. 4 I RL-E auf die Voraussetzungen der Verzugszinsen.

3. Pauschale Entschädigung

¹⁷ Siehe zum Folgenden PWW/Schmidt-Kessel § 280 Rn. 28.

¹⁸ BGHZ 52, 393, 398.

¹⁹ S. BGH NJW 90, 1905 f; Oldenburg JurBüro 06, 481; Löwisch NJW 86, 1725-1728.

²⁰ BGH NJW 85, 320, 324; München NJW-RR 06, 768, 770.

²¹ BGH NJW 06, 446 (zu § 91 ZPO); aA PWW/Schmidt-Kessel § 280 Rn. 28.

²² Schmidt-Kessel, Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann, 2. Aufl. Stuttgart 2010, Rn. 43.

²³ Gegen die Berücksichtigung der eigenen Arbeitszeit und Arbeitskraft gilt immer noch Frankfurt NJW 76, 1320 als maßgebend.

Berichterstatlerin *Weiler* schlägt für das Europäische Parlament die generelle Einführung einer nach dem zeitlichen Ausmaß der Verzögerung gestaffelten Pauschalentschädigung des Gläubigers vor, Art. 4a RL-EP-E. Sie plädiert damit für eine Verallgemeinerung und Ausdifferenzierung der von der Kommission allein für Schulden öffentlicher Stellen vorgeschlagenen Regelung, Art. 5 III RL-E.

Ob eine solche Pauschalentschädigung, die nach der Klarstellung in Art. 4a II RL-EP-E auch neben die Verzugszinsen und Beitreibungskosten treten soll,²⁴ überhaupt angebracht erscheint, ist Gegenstand der Diskussion. Die Bedenken können bei der Beurteilung einer unionsrechtlichen Regelung freilich nicht auf einem Widerspruch von „Strafschadensersatz“ zur deutschen Rechtsordnung gestützt werden.²⁵ Vielmehr droht hier ein – situationsunabhängig gewährter – *windfall profit* des Gläubigers. Ein solcher ist den europäischen Rechtsordnungen – im Blick auf die weitverbreitete Möglichkeit der Vereinbarung von Vertragsstrafen, die auch nicht durchgehend auf einen Schadensersatzanspruch angerechnet werden – zwar ganz überwiegend nicht fremd, beruht aber in der Regel auf vertraglicher Vereinbarung und unterliegt dann regelmäßig einer ganz erheblichen Ausübungs- und Inhaltskontrolle. Entsprechende situationsabhängige Moderierungsmöglichkeiten fehlen in den vorgeschlagenen Vorschriften gänzlich. Sie sind daher in der vorliegenden Form nicht akzeptabel, weil sich die Regelung nicht an die tatsächliche Interessenlage der Parteien anpassen läßt.

Andererseits läßt sich freilich nicht verkennen, daß gerade im Baubereich eine merkwürdige Schieflage entsteht, wenn einerseits der (Bau-)Unternehmer hinsichtlich der Fertigstellungstermine vertraglich mit erheblichen Strafzahlungen bedroht wird, der Besteller hingegen bezüglich seiner Zahlungsmoral ein entsprechendes Risiko nicht trägt. Hier ist die Waffengleichheit der Parteien in Frage gestellt. Dies gilt erst recht bei öffentlichen Ausschreibungen, welche hinsichtlich des Vertragsinhalts ohnehin keinerlei Spielräume zur Durchsetzung von Zahlungsbedingungen lassen. Eine Alternative zu den von der Kommission und im Parlament vorgeschlagenen Regelungen könnte daher sein, Vertragsstrafevereinbarungen künftig an ein Gegenseitigkeitserfordernis zu koppeln: Eine Vertragsstrafe hinsichtlich verzögerter Erbringung einer Leistung sollte nur dann wirksam vereinbart werden können, wenn zugleich die verzögerte Zahlung in gleichwertiger Weise sanktioniert wird. Eine solche Lösung hätte nicht nur den Vorzug, die Vereinbarung auch hinsichtlich ihrer Ausgestaltung den Parteien zu überlassen, sie würde auch den Anwendungsbereich der Regelung auf solche Geschäftsbereiche beschränken, in welchen Vertragsstrafen ohnehin zum üblichen Vertragsinhalt gehören. Einer Beschränkung auf Entgeltforderungen gegen öffentliche Schuldner bedürfte eine solche Regelung jedenfalls nicht.

Noch ein Hinweis zur Erklärung des Vorschlags der Kommission: Der vorliegende Vorschlag ist vermutlich auch auf die Schwierigkeiten zurückzuführen, welche die gesetzliche Regelung von Skonti und ähnlicher preisminderender Anreize zu schneller Leistung der Entgelte gegenübersteht: Die generelle Einführung etwa eines Skonto in Höhe von drei vom hundert bei Zahlung innerhalb von 15 Tagen etwa,

²⁴ Art. 5 V 2 RL-E klärt dies nur für die Verzugszinsen nicht aber für die Beitreibungskosten und eröffnet damit – offensichtlich ungewollt - Interpretationsspielräume.

²⁵ Vgl. Ziff. 2 des Entschließungsantrags, Ausschußdrucksache des Rechtsausschusses Nr. 17(6)006.

ließe sich als Preisnachlaß zu Lasten der an sich zu schützenden Gläubiger kaum rechtfertigen, im Gegenteil: die Durchsetzung nicht zuvor vertraglich vereinbarter Skonti durch marktmächtige Akteure wie die öffentliche Hand, ließe sich auch schon bislang als weiteres Schutzdesiderat aufgreifen. Versteht man nun die von der Kommission vorgeschlagene Regelung gleichsam als Kombination von Preisaufschlag und gesetzlicher Skonto-Einräumung, erscheint sie möglicherweise in einem etwas anderen Licht.

4. Grenzen der Abdingbarkeit

Auch wenn dispositives Recht ein hervorragendes Instrument der Mittelstandsförderung ist, zeigt die in Europa weitverbreitete Praxis der Durchsetzung unangemessen langer Zahlungsfristen durch marktmächtige Gläubiger. In Italien etwa ist daher gerade eine öffentliche Debatte darüber entbrannt, ob insoweit nicht das Kartellamt – unter dem Gesichtspunkt des Ausnutzens einer marktbeherrschenden Stellung – einschreiten sollte. Art. 6 RL-E übernimmt dementsprechend die bereits in der bisherigen Richtlinie vorgesehenen Bestimmungen zur Inhaltskontrolle und deren individueller und kollektiver Durchsetzung weitgehend unverändert. M.E. ist das gerade auch aus Sicht der deutschen Exportwirtschaft zu begrüßen, die im Rechtsverkehr mit dem Ausland ein der – im Inland viel gescholtenen – deutschen AGB-Kontrolle vergleichbares Schutzinstrument nicht selten vermißt.

IV. Sonderregeln für öffentliche Stellen

Die Kommission hat die Einführung von Sonderregeln für Forderungen gegen die öffentliche Hand vorgeschlagen. Abgesehen von deren unzureichender regelungstechnischen Aufbereitung²⁶ wird in der Diskussion die Differenzierung auch als solche in Frage gestellt.²⁷ Aber auch die vorgeschlagenen Regelungen im Einzelnen bedürfen der Überprüfung. Für die vorgesehene pauschale Entschädigung die diese bereits oben unternommen worden.²⁸

1. Grundsätzliche Gebotenheit von Sonderregeln?

Im Blick auf die besondere Zweckrichtung der Richtlinie des Schutzes von KMU vor Insolvenz durch illegitimen Liquiditätsentzug läßt sich eine generelle Privilegierung der öffentlichen Hand gegenüber privaten Auftraggebern nicht rechtfertigen. Im Gegenteil verlangen sowohl die tatsächlich vorhandene Marktmacht als auch die Ausschreibungspflicht besondere Vorsorge zugunsten der Bieter. Das Ausschreibungsverfahren führt nämlich – auch unterhalb der Schwellenwerte – regelmäßig zur einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts durch den öffentlichen Auftraggeber. Das praktisch wichtigste Instrument der Inhaltskontrolle, die Aushandlung des Vertrags durch gleichberechtigte Vertragsparteien entfällt in diesem Falle. Es ist daher gut nachvollziehbar, der öffentlichen Hand hier zusätzliche Schranken für die Gestaltung ihrer Beschaffungsverträge aufzuerlegen. Ob diese freilich wirklich Gegenstand einer gesonderten Vorschrift sein sollten, bedürfte nach

²⁶ Siehe oben sub II.3.

²⁷ Vgl. Ziff. 1 des Entschließungsantrags, Ausschußdrucksache des Rechtsausschusses Nr. 17(6)006. Der „Geltungsbereich“ des Vorschlags erfaßt freilich private und öffentliche Stellen; Gegenstand der Diskussion kann nur die interne Differenzierung der einzelnen Regelungen sein.

²⁸ Siehe oben sub III.3.

dem fallen der rechtspolitischen Entscheidungen erst noch einmal der Überprüfung; derzeit sehe ich keinen Bedarf für eine regelungstechnische Trennung.

2. Dauer von Abnahme- oder Überprüfungsverfahren

Die Kommission schlägt in Art. 5 III RL-E eine Höchstfrist von 30 Tagen ab Leistungserbringung. Abweichungen davon sollen nur bei ausdrücklicher Aufnahme in die Vergabeunterlagen und in den Vertrag und zudem nur dann möglich sein, wenn sie hinreichend begründet werden. Dieser Vorschlag verlangt zunächst vom Gesetzgeber die Setzung einer dispositiven Norm, welche die Abnahme- und Überprüfungsfrist entsprechend festsetzt, und zudem die Anordnung einer Begründungsobliegenheit für Abweichungen hiervon.

Kern des Problems dürfte auch hier die Inhaltskontrolle von Ausschreibungen der öffentlichen Hand sein. Dabei liegt auf der Hand, daß ein Zeitraum von 30 Tagen je nach Gegenstand der erbrachten Leistung viel zu kurz sein kann. Gleichwohl wird er in aller Regel völlig ausreichen und stellt damit eine geeignete dispositive Norm da, wie sie die Rechtsprechung ansonsten zur Inhaltskontrolle ohnehin entwickeln müßte. Soweit sich zeigen läßt, daß ein Abnahmeverfahren aus Sachgründen länger dauern wird als der dispositiv festgelegte Zeitraum, sollten an der Wirksamkeit von Klauseln mit längeren Fristen auch keine Zweifel bestehen. Wichtig ist dabei immer der Hinweis, daß die interne Organisation des Schuldners kein Sachgrund für längere Fristen ist.

Neben der offenen Frage der Verallgemeinerungsfähigkeit möchte ich noch darauf hinweisen, daß die Vorschrift besser aufgeteilt werden würde, weil es hinsichtlich der Inhaltskontrolle letztlich um eine Sonderregel zu Art. 6 RL-E geht. Dort ließe sich ohne weiteres ein zusätzlicher Absatz einfügen, welcher dann die widerlegliche (!) Vermutung für die grobe Benachteiligung durch die betreffende Klausel aussprechen könnte. Es geht also um den Beginn einer Liste von typischerweise benachteiligenden Klauseln, die aber im Einzelfall angemessen sein können.

3. Zusätzliche Beschränkungen der Dispositivität

Die zusätzlichen Beschränkungen der Dispositivität der Regelung zu den Verzugszinsen durch Art. 5 IV RL-E ist in ihrer Zielsetzung zwar löblich, aber in ihrer Ausgestaltung wenig hilfreich. Der Zahlungstermin wird sich regelmäßig ohnehin aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben müssen, so daß öffentliche Stellen die formale Hürde einer ausdrücklichen Vereinbarung leicht nehmen können.

Soweit auch hier die hinreichende Begründung verlangt wird geht es wiederum um eine Sonderbestimmung zu Art. 6 RL-E: Richtigerweise müßte man schlicht in einem zusätzlichen Absatz die Vermutung für die grobe Benachteiligung durch solche Klauseln statuieren, welche von den Zahlungsfristen zu Lasten des Gläubigers abweichen. Es geht also letztlich um einen weiteren Eintrag in die Liste verdächtiger Klauseln.

4. Zusätzliche Prüffrist für Rechnungen

Die vorliegende Ausschlußdrucksache sieht die Forderung nach einer Verlängerung der Fristen zugunsten des Schuldners vor, soweit es sich um Vergütungen für Bauleistungen oder um „öffentliche Stellen aus dem Bereich des Gesundheitswesens“ handelt. Von einer solchen Ausnahme bereits in der Richtlinie rate ich dringend ab: Die Rückwirkungen auf die Konkretisierung der Generalklausel des Art. 6 RL-E in sonstigen Fällen sind unkalkulierbar.

Die gestellte Sachfrage ist vielmehr eine andere: Soll die Vereinbarung kurzfristig zu leistender Abschlagszahlungen eine Verlängerung der Zahlungsfrist für die – unter Liquiditätsgesichtspunkten nicht mehr ganz so entscheidende – Schlußzahlung ermöglichen können. Mir erscheint es absehbar, daß sich solche der VOB/B entsprechende Vereinbarungen am Maßstab der Inhaltskontrolle werden halten lassen. Will man hier sichergehen, wäre das Drängen auf zusätzliche Kriterien in Art. 6 I RL-E m.E. nicht nur der Sache angemessener, sondern auch erfolversprechender als eine „lex VOB/B“.

V. Weitere Einzelpunkte

1. Gesetzliche Zinssätze und Mahnungserfordernis

Die Richtlinie wird – in der Fassung des Vorschlags und des Berichtsentwurfs – die gesetzlichen Zinssätze des deutschen Rechts, § 246 BGB und § 352 HGB, nicht tangieren. Sie gelten für den Verzug des Schuldners schon heute nicht mehr und können vor dessen Eintritt den Schutz des Gläubigers allenfalls verbessern.

Wie schon nach dem bisherigen Stand der Richtlinie wäre freilich die Beibehaltung des Mahnungserfordernisses in § 286 I BGB als Ausgangsregel des Verzugesintritts nicht unbedenklich: Die Mahnung als ergänzender Mechanismus der Verzugsbegründung läßt sich zwar angesichts von Art. 6 II RL wie auch Art. 11 III RL-E als solche mit der Richtlinie vereinbaren. Unter dem Gesichtspunkt der Umsetzungsklarheit ist die Beibehaltung der bisherigen Systematik freilich problematisch: Sie leistet der Fortschreibung der bisherigen Verkehrsauffassung Vorschub, welche die Mahnung – vom Falle kalendermäßiger Bestimmung abgesehen – bislang für den einzigen Weg zur Herbeiführung des Verzugs hielt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß der Europäische Gerichtshof hier bei einem Vertragsverletzungsverfahren zu einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der für § 286 BGB gewählten Systematik gelangen würde. Für den deutschen Richter folgt aus dieser Lage das Gebot eines zurückhaltenden Umgangs mit der Ableitung impliziter Mahnungserfordernisse bei vereinbartem Termin im Wege der Vertragsauslegung.

2. Drittschutz

Eine weitere mögliche Sanktion, welche bislang offenbar bislang weder von den Europäischen Organen noch von den nationalen Gesetzgebern in Betracht gezogen worden ist, wäre die deliktische Schadensersatzhaftung des Schuldners gegenüber den in der Insolvenz des Gläubigers ausgefallenen Drittgläubigern. Art. 6 II RL-E sieht nur einen Wettbewerberschutz vor, der mit einer Insolvenzausfallhaftung den Vorzug gemein hätte, daß die Durchsetzung der Einhaltung von Zahlungsfristen solchen Dritten (mit-)übertragen würde, deren Interesse an einer dauernden Kundenbeziehung zum säumigen Schuldner eher begrenzt ist.

3. Eigentumsvorbehalt

Zu Art. 8 RL-E (= Art. 4 RL) sollte erwogen werden, ob sich nicht im Zuge der Überarbeitung der Richtlinie die – bislang nicht überall ohne weiteres gewährleistete²⁹ – Insolvenzfestigkeit des vor allem von deutschen Exporteuren genutzten Eigentumsvorbehalts durchsetzen ließe. Darüber hinaus läge es

²⁹ Zu den besonderen formellen Anforderungen etwa des italienischen Rechts nach Art. 1524 Codice civile sowie Art. 11 III des Decreto legislativo Nr. 231 vom 9. Oktober 2002 siehe EuGH, Rs. C-302/05, Kommission/Italienische Republik, Rn. 25-31.

vermutlich in deutschem Interesse, Surrogate, die bei Verarbeitung oder Einbau für das Vorbehaltsgut entstehen, zum Sicherungsgegenstand des Eigentumsvorbehalts zu ziehen, also auch den verlängerten Eigentumsvorbehalt europaweit zu etablieren.

4. Verhältnis zum UN-Kaufrecht CISG

Ein besonders spezielles Problem stellt sich schließlich im Verhältnis der Richtlinie zum UN-Kaufrecht. Anders als die Verbraucherschützenden Richtlinien überschneidet sich die vorliegende Richtlinie ganz erheblich mit dieser inzwischen sehr erfolgreichen Konvention. Wie sich diese zu den sekundärrechtlichen Rechtsakten der Gemeinschaft verhält, ist bislang sehr umstritten, weil Artt. 90, 94 CISG im Jahre 1980 nicht hinreichend auf das Europarecht zugeschnitten worden sind.³⁰ Soweit sich Konflikte nicht vermeiden lassen, droht hier wegen der aus dem Vorrang des Unionsrechts folgenden Zwänge desselben schwerer Schaden für dieses wichtige Instrument des internationalen Handels.

Konflikte mit der Konvention bestehen allerdings nach derzeitigem Stand des Gesetzgebungsverfahrens nur hinsichtlich der Beitreibungskosten, wobei deren Ersatzfähigkeit unter der Konvention umstritten ist.³¹ Hingegen stellt die Konvention den Kaufpreis spätestens mit Leistungserbringung fällig und verzinslich (Artt. 58, 78 CISG) und enthält damit ohnehin eine – dem deutschen Verzugsrecht vorzugswürdige – der künftigen Richtlinie entsprechende Regelung. Hinsichtlich des Zinssatzes macht die Konvention hingegen keine Vorgaben und auch die Regelungen über die Nichtigkeit unfairer Vertragsklauseln bleiben unberührt. Angesichts der Begrenztheit des Konflikts, wäre dieser durch einen klarstellenden Erwägungsgrund vergleichsweise einfach zu lösen.

³⁰ Siehe Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari* (dt. Ausgabe) Art. 90 Rn 3, Art. 94 Rn. 5 sowie Schlechtriem/Schwenzer/*Slechtriem/Schwenzer/Hachem* (engl. Ausgabe) Art. 90 Rn. 4-6 („defending the CISG against the sometimes frightening ignorance of European legislative bodies towards the Convention“), Art. 94 Rn. 7.

³¹ Vgl. Schlechtriem/Schwenzer/*Schwenzer* (engl. Ausgabe) Art. 74 Rn. 25, 28 ff. sowie *Zapata Hermanos Sucesores SA v Hearthiside Baking Company, Inc d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, US Ct App (7th Cir), 19 November 2002, CISG-online 684.