JURISTISCHE RUNDSCHAU JR

Abhandlung

Dr. Tim Husemann*

Die »dynamische Wirksamkeitsregelung« als Ergebnis einer missglückten Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie

DOI 10.1515/juru-2015-0080

Zur Umsetzung der Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie hat der deutsche Gesetzgeber Änderungen im BGB vorgenommen. Hierzu zählt auch die Beschränkung der Vertragsfreiheit von Unternehmen im Hinblick auf die Möglichkeit zur Vereinbarung von Zahlungsfristen, die nunmehr in § 271a und § 308 Nr. 1a BGB verankert ist. Dabei wurde mit den Vorschriften eine dogmatisch missglückte so genannte »dynamische Wirksamkeitsregelung« erzeugt, die nicht nur der Systematik des BGB widerspricht, sondern deren Schaffung zur Umsetzung der Richtlinie weder notwendig noch geboten war. Der Beitrag stellt die Funktionsweise der »dynamischen Wirksamkeitsregelung« dar und zeigt auf, warum sie sich nicht in das BGB einfügt. Darüber hinaus wird eine alternative Regelung untersucht, die der Gesetzgeber bereits angedacht hatte. Diese hätte sowohl dem Richtlinienziel als auch der Systematik des Bürgerlichen Rechts mehr Rechnung getragen.

I. Einleitung

Der Gesetzgeber möchte die Kultur ändern, die Zahlungskultur. Eigentlich gehen Kulturänderungen langsam vonstatten, diese musste schnell gehen, denn die Umsetzungs-

frist der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr¹ war abgelaufen. Dem deutschen Gesetzgeber war eine Bundestagswahl dazwischengekommen, weshalb der erste gesetzgeberische Anlauf, die Richtlinie umzusetzen, in der 17. Legislaturperiode nicht mehr beendet werden konnte.² Eile war geboten,³ als es darum ging, die neuen europäischen Vorgaben in die Dogmatik des alten BGB einzufügen. Hierzu wurde eine ganze Reihe von Neuerungen vorgenommen.⁴ Ein zentrales Ergebnis⁵ ist die »dynamische Wirksamkeitsregelung«,⁶ die bei der Überprüfung von Zahlungsfristen, die die Vertragsparteien vereinbart haben, Anwendung findet. Mit der Wahl dieser Regelungstechnik geht eine erhebliche Rechtsunsicherheit einher, weil sie dazu führt, dass sich nicht mehr zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilen lässt, ob eine Vereinbarung wirksam ist. Um aufzuzeigen, wie misslungen die Regelungen sind, soll zunächst die Entstehung dieses gesetzgeberischen Ansatzes dargestellt werden um im Anschluss daran den Verstoß gegen die Systematik des BGB

¹ Richtlinie 2011/7/EU vom 16. Februar 2011.

² Haspl BB 2014, 771.

³ So die Einschätzung des Gesetzgebers, vgl. BT.-Drs 18/1309: »Mit Blick auf die in der Richtlinie gesetzte Umsetzungsfrist ist Eile geboten«.

⁴ Vgl. hierzu die Gesamtdarstellungen bei Spitzer MDR 2014, 933ff; Verse ZIP 2014, 1810ff; Thiergart GWR 2014, 342ff.

⁵ Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Umsetzung des Art. 3 Abs. 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie, d. h. die Problematik der Zahlungsfristen im Geschäftsverkehr. Die weitere Umsetzung ist nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

⁶ So die Titulierung von Haspl BB 2014, 771, 772.

*Kontaktperson: Tim Husemann, der Autor ist Akademischer Rat auf Zeit, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht (Prof. Dr. Jacob Joussen), Ruhr-Universität Bochum.

aufzuzeigen und darzulegen, wie eine bessere Lösung hätte aussehen können.

II. Ausgangspunkt

Die Regelung zur Leistungszeit ist so alt wie das BGB selbst. 114 Jahre lang reichte dazu eine Regelung aus, nämlich § 271 BGB. Die Vorschrift konnte sich zudem darauf beschränken, Unklarheitenfälle zu regeln, d.h. die Leistungszeit im Sinne eines »im Zweifel sofort« zu bestimmen, wenn die Parteien selbst dazu keine Regelung getroffen hatten.⁷ Grundsätzlich ging das BGB aber seit jeher davon aus, dass die Vertragsparteien selbst festlegen, wann sie ihre vertraglichen Leistungen zu erbringen haben. Ganz in diesem Sinne legt § 271 Abs. 2 BGB dann auch nur noch ergänzend fest, dass der Gläubiger – sofern die Parteien nicht auch dies geregelt haben – die Leistung zwar erst zum vereinbarten Zeitpunkt fordern, der Schuldner jedoch auch schon vorher – so er denn möchte – leisten darf. Das BGB sah es also als notwendig an, den Fall zu regeln, dass der Schuldner vor dem vertraglich bestimmten Termin leisten möchte. In der Wirklichkeit existieren, wie gleich zu sehen sein wird, andere Probleme.

III. Die tatsächliche Entwicklung

Die Schuldner, die ganz im Sinne des § 271 Abs. 2 BGB vor Fälligkeit ihren vertraglichen Pflichten nachkommen wollen, sind wohl in der Unterzahl. Legt man die Erwägungsgründe der Zahlungsverzugsrichtlinie zu Grunde, so ist die späte Erfüllung von Zahlungsforderungen vor allen Dingen im Geschäftsverkehr⁸ ein Problem geworden, weil damit ein erheblicher Liquiditätsverlust für die Gläubiger einhergeht, der diesen Wettbewerbsnachteile bereitet.⁹ Die späte Begleichung der Geldschulden beruht im Wesentlichen auf zwei Ursachen. Entweder vereinbaren die Parteien einen langen Zahlungsaufschub,¹⁰ d.h. legen vertraglich einen späten Fälligkeitstermin für die Geldforderung fest, oder der Zahlungsschuldner hält sich nicht an

den vereinbarten Fälligkeitstermin,¹¹ etwa auch deshalb, weil der Vertragsbruch durch niedrige Verzugszinsen mehr Vor- als Nachteile bringt.¹² Im ungünstigsten Fall kommt für den Gläubiger beides zusammen.

IV. Die europäische Antwort

Die Zahlungsverzugsrichtlinie verfolgt deshalb das Ziel, die bestehende Situation hin zu einer Kultur der unverzüglichen Zahlung zu verändern,¹³ um so zu erreichen, dass der Binnenmarkt reibungslos funktioniert und die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen gesichert ist.¹⁴ Anders als ihr Name erwarten ließe, setzt die Richtlinie nicht allein bei den Regelungen zum Verzug an, sondern bereits auf einer vorgelagerten Stufe. Der Vereinbarung von überlangen Zahlungsfristen, die den Eintritt des Verzuges verhindern, nicht jedoch die Liquiditätsengpässe der Lieferanten, sollen enge Grenzen gesetzt werden. Die insoweit entscheidende Regelung findet sich in Art. 3 Abs. 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie und lautet:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die vertraglich festgelegte Zahlungsfrist 60 Kalendertage nicht überschreitet, es sei denn im Vertrag wurde ausdrücklich etwas anderes vereinbart und vorausgesetzt, dass dies für den Gläubiger nicht grob nachteilig im Sinne von Artikel 7 ist.

Die Richtlinie will damit den möglichen Vereinbarungen zur Leistungszeit Grenzen setzen, die das deutsche Recht bis dato nicht kannte.

V. Die Umsetzung ins deutsche Recht

Das Herzstück der Reform¹⁵ bestand dann auch in der Umsetzung der genannten Richtlinienvorgabe, die die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Vereinbarung von Zahlungsfristen beschränkt.¹⁶ Da die Probleme des Zahlungsverzuges insbesondere im Geschäftsverkehr existieren, gilt die Vorschrift des § 271a BGB gemäß ihres Abs. 5 Nr. 2 nicht, wenn der Zahlungsschuldner ein Verbraucher ist.

⁷ Vgl. hierzu nur *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, 74. Aufl. 2015, § 271 Rn. 2.

⁸ Zur Definition siehe Art. 2 Nr. 1 Der RL: »Geschäftsverkehr« Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistung durch Entgelt führen.

⁹ Erwägungsgrund 3 der Richtlinie.

¹⁰ Vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie.

¹¹ Vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie.

¹² Vgl. Erwägungsgrund 12 der Richtlinie; die Rede ist insoweit auch vom so genannten Gläubigerdarlehen.

¹³ Vgl. Erwägungsgrund 12 der Richtlinie.

¹⁴ Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie.

¹⁵ So die Einschätzung von *Verse* ZIP 2014, 1810.

¹⁶ *Haspl* BB 2014, 771.

Soweit hier von Interesse¹⁷ wurden zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie drei Regelungen geschaffen.

Dem § 271 BGB wurde die Vorschrift des § 271a BGB zur Seite gestellt, deren erster Absatz folgenden Wortlaut hat:

Eine Vereinbarung, nach der der Gläubiger die Erfüllung einer Entgeltforderung erst nach mehr als 60 Tagen nach Empfang der Gegenleistung verlangen kann, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und im Hinblick auf die Belange des Gläubigers nicht grob unbillig ist. Geht dem Schuldner nach Empfang der Gegenleistung eine Rechnung oder gleichwertige Zahlungsaufstellung zu, tritt der Zeitpunkt des Zugangs dieser Rechnung oder Zahlungsaufstellung an die Stelle des in Satz 1 genannten Zeitpunkts des Empfangs der Gegenleistung. Es wird bis zum Beweis eines anderen Zeitpunkts vermutet, dass der Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung oder Zahlungsaufstellung auf den Zeitpunkt des Empfangs der Gegenleistung fällt; hat der Gläubiger einen späteren Zeitpunkt benannt, so tritt dieser an die Stelle des Zeitpunkts des Empfangs der Gegenleistung.

Zudem wurde die Vorschrift des § 286 BGB um einen neuen Absatz 5 ergänzt, der § 271a flankiert:¹⁸

Für eine von den Absätzen 1 bis 3 abweichende Vereinbarung über den Eintritt des Verzugs gilt § 271a Absatz 1 bis 5 entsprechend.

Letztlich wurden auch die Regelungen zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen geändert. In § 308 BGB wurde u. a.¹⁹ die Nr. 1a eingefügt, nach der in allgemeinen Geschäftsbedingungen insbesondere unwirksam ist

1a (Zahlungsfrist)

eine Bestimmung, durch die sich der Verwender eine unangemessen lange Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung des Vertragspartners vorbehält; ist der Verwender kein Verbraucher, ist im Zweifel anzunehmen, dass eine Zeit von mehr als 30 Tagen nach Empfang der Gegenleistung oder, wenn dem Schuldner nach Empfang der Gegenleistung eine Rechnung oder gleichwertige Zahlungsaufstellung zugeht, von mehr als 30 Tagen nach Zugang dieser Rechnung oder Zahlungsaufstellung unangemessen lang ist;

1. Die »dynamische Wirksamkeitsregelung«

Anders als der Gesetzentwurf aus der 17. Legislaturperiode, der Opfer der Diskontinuität wurde, enthalten die

nunmehr Gesetz gewordenen Regelungen eine »dynamische Wirksamkeitsregelung«, die ein – unnötiges – Novum in der deutschen Vertragskontrolle darstellt. Um dies näher zu beleuchten, ist es zunächst notwendig, sich den komplizierten Tatbestand der Regelungen vor Augen zu führen.

Geht man zunächst von der Vorschrift des § 271a Abs. 1 BGB aus, so verbietet die Regelung ihrem Wortlaut nach vertragliche Abreden, nach denen der Gläubiger die Erfüllung seiner Geldforderung erst nach mehr als 60 Tagen nach Empfang der Gegenleistung verlangen kann. Das heißt, dass etwa die Vereinbarung »Kaufpreis ist fällig 3 Monate nach Lieferung« gegen § 271a Abs. 1 BGB verstößt und – grundsätzlich – unwirksam ist. Kein Grundsatz ohne Ausnahme. Auch eine Regelung wie im genannten Beispiel könnte nämlich zulässig sein, wenn sie erstens ausdrücklich getroffen wird und zweitens nicht grob unbillig ist. Während das Erfordernis der ausdrücklichen Regelung wohl nur konkludente Abreden verhindern soll²⁰, bestehen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der groben Unbilligkeit Probleme bei der näheren Begriffsbestimmung, die hier jedoch nicht vertieft werden sollen.²¹ Lässt man die Kritik am Merkmal der groben Unbilligkeit beiseite, so dürfte die Regelung des § 271a Abs. 1 Satz 1 BGB für sich genommen noch handhabbar sein. Die Probleme kommen mit dem zweiten Satz der Vorschrift, der seinem Wortlaut nach nur als bloße Abwandlung bzw. Präzision des Satzes 1 erscheint. Satz 2 zufolge soll für den Fall, dass dem Schuldner nach Empfang der Gegenleistung eine Rechnung oder gleichwertige Zahlungsaufstellung²² zugeht, deren Zugangsdatum an die Stelle des in Satz 1 genannten Zeitpunktes des Empfangs der Gegenleistung treten.

2. Regelungsfälle

Bei näherer Betrachtung erweist sich die Regelung als derart kompliziert, dass sich der Inhalt sinnvoll wohl nur anhand einer Fallgruppenbildung erfassen lässt.²³ Da es den Regelungen um eine Begrenzung der möglichen Parteiabreden zur Zahlungsfrist geht, ist deren nähere Ausgestaltung Ausgangspunkt für die folgende Betrachtung.

²⁰ Vgl. hierzu u. a. *Teichmann/Rojahn ZVertriebsR* 2014, 359, 363.

²¹ Zu dieser Thematik vgl. etwa *Krafka*, in: BeckOK, BGB, Ed. 34, Stand: Februar 2015, § 271a Rn. 32 mit weiteren Nachweisen.

²² Der Zusatz »oder gleichwertige Zahlungsaufstellung« wird im Folgenden aus Gründen der Lesbarkeit weggelassen.

²³ Auch *Verse* erklärt die Wirkungsweise dieser zur korrekten Umsetzung nach seiner Auffassung »wohl gebotenen« Vorschrift anhand eines Beispiels, vgl. *Verse ZIP* 2014, 1810.

¹⁷ Einen Überblick über die gesamten Neuerungen gibt etwa *Spitzer MDR* 2014, 933 ff.

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 18/1309, S. 6; 18.

¹⁹ Darüber hinaus wurde auch die Regelung der Nr. 1b neu geschaffen, die überlange Überprüfungs- und Abnahmefristen verhindern soll.

a) Koppelung des nicht datierten Zahlungstermins an Rechnung oder Gegenleistung

Für die Parteien besteht zunächst die Möglichkeit, keinen festen Termin für die Fälligkeit der Entgeltforderung zu vereinbaren, sondern diesen an den Zugang der Rechnung bzw. der Gegenleistung zu koppeln. D. h. die Parteien vereinbaren etwa, dass die Ware 20 Tage nach Lieferung oder 20 Tage nach Rechnungsstellung zu bezahlen ist. Eine solche vertragliche Vereinbarung zur Zahlungsfrist lässt sich dann verhältnismäßig leicht und vor allen Dingen: sofort, d. h. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, auf ihre Vereinbarkeit mit § 271a Abs. 1 BGB hin untersuchen. Handelt es sich bei der Vereinbarung um AGB, ist die speziellere Regelung des § 308 Nr. 1a BGB Kontrollmaßstab.²⁴ Verse empfiehlt Parteien, die sofort wissen wollen, ob ihre Vertragsgestaltung zulässig ist, die Wahl einer solchen Abrede.²⁵

b) Zwei fixe Termine

Ebenfalls unproblematisch im Hinblick auf die sofortige Überprüfbarkeit ist die Fallkonstellation, in der die Vertragsparteien für die Fälligkeit beider Hauptleistungspflichten fixe Termine festlegen. Vereinbaren die Parteien für die Lieferung der Ware Datum X und für deren Bezahlung Datum Y, so lässt sich leicht feststellen, ob zwischen diesen Daten mehr als 30 bzw. 60 Tage liegen. Auch die Frage, ob eine Überschreitung der Frist ausnahmsweise zulässig ist, lässt sich – bei allen bestehenden Unklarheiten – zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilen.

c) Nur Zahlungstermin vereinbart: dynamische Wirksamkeit

Problematisch, unübersichtlich und vor allem: unnötig kompliziert wird es, wenn die Parteien nur den Zahlungstermin fest bestimmen, ohne diesen in ein Verhältnis zur Gegenleistung bzw. Rechnungsstellung zu bringen. Dann ist zwar das Ende der Zahlungsfrist vertraglich bestimmt, nicht aber deren Beginn. Da die neuen Regelungen zur Beurteilung der Wirksamkeit der Vereinbarung einer Zahlungsfrist aber an deren Länge anknüpfen, ist es zwingend notwendig, auch deren Beginn zu kennen. Die oben wie-

dergegebene Richtlinie selbst trifft keine Aussagen darüber, wann die Zahlungsfrist beginnen soll, Art. 3 Abs. 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie spricht lediglich davon, dass die Frist nicht länger als 6 Wochen sein darf. Der deutsche Gesetzgeber sah sich nun gehalten, selbst über den Fristbeginn nachzudenken und schuf eine schwer verständliche Regelung, die Rechtliches mit Tatsächlichem vermischt. Das ist für eine Vertrags- bzw. Klauselkontrolle mindestens ungewöhnlich. Zur Beurteilung, ob eine vertragliche Abrede wirksam ist, soll nicht nur der Wortlaut der Vereinbarung entscheidend sein, vielmehr soll auf ein später stattfindendes tatsächliches Ereignis abgestellt werden, nämlich auf die Erbringung der Gegenleistung oder die Rechnungsstellung.

Ein Beispielsfall verdeutlicht die Problematik: A kauft bei B am 1. 2. 2015 Waren. Beide verabreden, dass A diese Waren am 1. 6. 2015 bezahlt. Ist diese Vereinbarung wirksam, d. h. vereinbar mit § 271a Abs. 1 bzw. § 308 Nr. 1a BGB? Das Problem liegt jetzt auf der Hand: Die Parteien vereinbaren einen Zahlungstermin, aber keine Zahlungsfrist. Jedenfalls nicht in der für die Vorschriften der §§ 271a und 308a Nr. 1a BGB notwendigen Art und Weise. Denn um zu beurteilen, ob eine Frist zu lang ist, muss man nicht nur deren Ende kennen, sondern auch deren Beginn. Legen die Parteien diesen nicht fest, soll der Fristbeginn nach der Vorstellung des Gesetzgebers vom Verhalten des Zahlungsgläubigers abhängen. Die »dynamische Wirksamkeitsregelung« ist geboren. Der Regelung des § 271a Abs. 1 Satz 1 BGB zufolge soll die Zahlungsfrist beginnen, wenn der Schuldner seine Leistung erbringt. Für den Beispielsfall bedeutet dies, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 1. 2. 2015 niemand sagen kann, ob die Vereinbarung des Fälligkeitstermins für den 1. 6. 2015 wirksam ist. Das hängt vielmehr davon ab, wann der Schuldner seine Gegenleistung erbringt. Findet dies in einem Zeitraum von weniger als 60 (bzw. 30) Tagen vor dem 1. 6. 2015 statt, ist die vertragliche Abrede wirksam. Leistet er früher, dann ist sie unwirksam. Es sei denn, die Verabredung ist ausnahmsweise nicht grob unbillig.

Als wäre diese Regelung des § 271a Abs. 1 Satz 1 BGB nicht schon kompliziert genug, erweitert der Gesetzgeber seine Zersetzung der Vertragskontrolle durch spätere tatsächliche Vorgänge noch weiter. Nach § 271a Abs. 1 Satz 2 BGB (bzw. § 308 Nr. 1a Halbsatz 2 BGB) soll der Zeitpunkt der Erbringung der Gegenleistung dann nicht maßgeblich sein, wenn dem Schuldner später eine Rechnung oder eine gleichwertige Zahlungsaufstellung zugeht. Was auf den ersten Blick durchaus sinnvoll erscheinen mag, weil ja gerade die Rechnung dazu dienen soll, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, die Höhe der gegen ihn gerichteten

²⁴ Stoffels, AGB-Recht, 3. Aufl. 2015, Rn. 768a.

²⁵ Verse ZIP 2014, 1810.

Forderungen zu kontrollieren, führt im Hinblick auf die Beurteilung der Wirksamkeit der Fälligkeitsabrede zu abenteuerlichen Ergebnissen. Denn nun tritt zum tatsächlichen Element der Erbringung der Gegenleistung alternativ noch ein weiteres hinzu, nämlich die Zusendung einer Rechnung. Jetzt wird die »dynamische Wirksamkeitsregelung« noch dynamischer, richtigerweise wird man sagen müssen: noch unübersichtlicher.

Denn für den Beispielsfall bedeutet diese gesetzliche Erweiterung Folgendes: Wenn A am 1. 3. 2015 seine Waren liefert, ist die vertragliche Vereinbarung, zu deren Wirksamkeit man bei Vertragsschluss noch nichts sagen konnte, unwirksam, wenn nicht ausnahmsweise Gründe vorliegen, die gegen eine grobe Unbilligkeit sprechen. Eine endgültige Beurteilung der vertraglichen Abrede kann allerdings auch jetzt noch nicht vorgenommen werden. War die vertragliche Abrede also zunächst gar nicht zu beurteilen, war sie danach – vom 1.3. an – »vorübergehend unwirksam«, denn die Länge der Zahlungsfrist ist zunächst zu lang. Der Schuldner könnte die vertragliche Abrede jedoch – evtl. ungewollt – retten. Wenn er nämlich dem Gläubiger binnen 30 (bzw. 60) Tagen vor dem 1. 6. 2015 eine Rechnung zuschickt, ist deren Zugangstermin maßgeblich für den Fristbeginn. Für den Beispielsfall bedeutet dies, dass, wenn A dem B am 15. 5. 2015 eine Rechnung zusendet, dies dazu führt, dass die ursprüngliche Vereinbarung, nach der B am 1. 6. 2015 die Waren bezahlen muss, nun wieder wirksam ist.²⁶ Die vertragliche Abrede hat damit eine wechselhafte Geschichte hinter sich gebracht. Zunächst war es gar nicht möglich zu beurteilen, ob die Vereinbarung wirksam ist, dann war die Verabredung wegen der Vereinbarung einer zu langen Frist unwirksam, um letztendlich doch den Anforderungen des BGB zu genügen. Die »dynamische Wirksamkeitskontrolle« führt sowohl zu immensen für die Praxis sicherlich höchst problematischen Rechtsunsicherheiten, die nicht auf diese Fallgruppe beschränkt sind (dazu sogleich), als auch zu einem Verstoß gegen die bisherige Dogmatik der Vertragskontrolle im BGB (dazu siehe unter VII.), der zu allem Überfluss auch noch vermeidbar gewesen wäre. Denn die interessen- und sachgerechte Lösung der Problematik lag in der 17. Legislaturperiode bereits auf dem Tisch (dazu unter VIII.).

VI. Die Privilegierung des Rechnungszugangs

Die Privilegierung des Rechnungszugangs, wie ihn die Regelungen in der vorgestellten Weise vornehmen, führt weiterhin dazu, dass auch die zunächst als unproblematisch vorgestellte Fallgruppe a), in der die Parteien im Rahmen ihrer Vereinbarung die Zahlungsfrist an die Gegenleistung bzw. Rechnungsstellung koppeln, Überraschungen birgt.

Soll z.B. eine Vereinbarung dahingehend, dass die Ware 70 Tage nach Lieferung zu bezahlen sein soll, dann (doch) wieder wirksam sein, wenn der Schuldner dem Gläubiger erst 50 Tage nach der Lieferung noch eine Rechnung zukommen lässt? Gilt die Privilegierung des Rechnungszugangs also auch, wenn die Zahlungsfrist an die Lieferung gekoppelt war und/oder die (spätere) Rechnungsstellung gar nicht vereinbart war? Der Wortlaut des Gesetzes spricht eindeutig dafür.

Mit dieser Privilegierung des Rechnungszugangs öffnet das Gesetz zudem die Tür für Umgehungsgeschäfte. Ein solches wird man etwa darin sehen müssen, wenn die Parteien im Vertrag einen Zahlungstermin gekoppelt an die Rechnungsstellung vereinbaren²⁷ und gleichzeitig verabreden, dass der Schuldner die Rechnung erst nach Ablauf einer längeren Zeitspanne erstellt. Durch die Privilegierung des Rechnungsdatums bei der Berechnung der Zahlungsfrist im Sinne der §§ 271a Abs. 1 und 308 Nr. 1a BGB würde eine solche Vorgehensweise nicht gegen den Wortlaut der Regelungen verstoßen, jedoch zu ihrem Ziel, die Liquidität der Lieferanten zu erhöhen, im Widerspruch stehen. Eine solche Vereinbarung müsste also – als unzulässige Umgehung – unwirksam sein.²⁸ Für ein solches Verständnis spricht zudem Art. 4 Abs. 3 b) der Richtlinie, der eine Abrede zum Zusenden der Rechnung im Verkehr mit öffentlichen Stellen verbietet. Aber allein die rechtliche Einordnung als Umgehungsgeschäft muss nicht verhindern, dass in der Praxis dann solche dem Grundgedanken der Zahlungsverzugsrichtlinie widersprechenden Verabredungen getroffen werden.

²⁷ »Zahlbar 20 Tage nach Rechnungsstellung«.

²⁸ Verse ZIP 2014, 1810: »Es sollte Einigkeit bestehen, dass eine solche Umgehung nicht zugelassen werden darf.«; so im Ergebnis wohl auch Teichmann/Rojahn ZVertriebsR 2014, 359, 364 f.

²⁶ Vgl. zu dieser Konstellation auch Haspl BB 2014, 771, 774.

VII. Der Verstoß gegen die Dogmatik des BGB

Die komplizierte Regelungstechnik und die aus ihr folgende Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Regelung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird vor allem für die praktische Handhabung der Vorschrift ein Ärgernis sein. Denn stellt sich später heraus, dass die vereinbarte Zahlungsfrist unwirksam war, gilt die gesetzliche Regelung des § 271 Abs. 1 BGB²⁹ mit der Folge der sofortigen Fälligkeit und eines entsprechenden Zinsanspruchs bei späterer Zahlung im Vertrauen auf eine Abrede, die sich erst später als unwirksam herausgestellt hat.

Aber an dieser Stelle endet die Kritik nicht. Denn die Regelungstechnik, die den Vorschriften des § 271a und § 308 Nr. 1a BGB zu Grunde liegt, fügt sich auch in dogmatischer Hinsicht nicht ins BGB ein. Die vorgestellten Regelungen der §§ 271a Abs. 1 und 308 Nr. 1a BGB weichen – ohne dass dies notwendig gewesen wäre – von der allgemeinen Regel ab, nach der die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften allein nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme zu bewerten ist.³⁰ Was für die Beurteilung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot³¹ oder die guten Sitten³² verstößt, grundsätzlich³³ so angenommen wurde, wird auch für die AGB-Prüfung so formuliert.³⁴ Das Abstellen auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbaren Verhältnisse und Entwicklungen des konkreten Rechtsverhältnisses³⁵ wird dabei neben dem Hinweis auf die der Umsetzung des Art. 4 Abs. 1 der Klauselrichtlinie³⁶

dienenden Vorschrift des § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB³⁷ vom BGH gerade mit zwei Erwägungen begründet: Es sei gerade auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegenden und erkennbaren Erkenntnisse und Entwicklungen des konkreten Rechtsverhältnisses abzustellen, weil sich die Beteiligten auf die Wirksamkeit des Vertrages zu diesem Zeitpunkt einstellen können müssten.³⁸ Spätere Tatsachen müssten schon deshalb außer Betracht bleiben, weil anderenfalls die Beurteilung der Wirksamkeit einer einbezogenen Klausel immer nur eine temporäre wäre.³⁹ Eine vorübergehende Unwirksamkeit, die Folge von wandelnden Verhältnissen sein könne, sei zu vermeiden.⁴⁰ Daher seien Änderungen der vertraglichen Interessenlage oder von Gepflogenheiten nach Vertragsschluss ohne Bedeutung.⁴¹

Nach der neuen Systematik der »dynamischen Wirksamkeit« gilt dies alles nun nicht mehr. Für viele Konstellationen der Vertragsgestaltung lässt sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gerade nicht feststellen, ob die vereinbarte Fälligkeitsregelung gegen die §§ 271a bzw. 308 Abs. 1a BGB verstößt oder nicht. Dass sich die Regelung damit nicht in die Dogmatik des BGB einfügt, ist zu bedauern.

VIII. Die bessere Lösung

Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass die Schaffung von Regelungen in dieser Gestalt und Systematik keineswegs zwingend war.⁴² Gerade der Verzicht auf drei nicht gebotene Maßnahmen hätte eine dogmatisch saubere und zudem leichter handhabbare Lösung zur Folge gehabt. Bei diesen misslungenen gesetzgeberischen Maßnahmen handelt es sich erstens um die unnötige Schaffung der Regelungen des § 308 Nrn. 1a und 1b BGB (dazu sogleich unter 1.), zweitens um die Privilegierung des Rechnungszugangs (dazu unter 2.) und letztlich um die ebenfalls nicht gebotene Einführung der »dynamischen Wirkweise« (dazu unter 3.). Der Verzicht auf diese Schritte war zudem so fernliegend nicht, denn ein Geset-

²⁹ Vgl. nur *Teichmann/Rojahn ZVertriebsR* 2014, 359, 360; *Thiergart GWR* 2014, 342, 344.

³⁰ *Fischinger JZ* 2012, 546, 548.

³¹ *Sack/Seibl*, in: *Staudinger*, BGB, 15. Aufl. 2011, § 134 Rn. 54 mit Verweis auf BGHZ 45, 322, 326; BGHZ 154, 21, 26f; BGH NZG 2010, 310, 312; BAG NZA-RR 2010, 32, 35; BayObLG NZG 2002, 828, 829f; OLG Düsseldorf JR 1993, 113, 114; so auch *Canaris DB* 2002, 930 m. w. N.

³² *Ellenberger*, in: *Palandt*, BGB, § 138 Rn. 9; *Wendtland*, in: *BeckOK*, BGB, § 138 Rn. 26; *Medicus NJW* 1995, 2577, 2579.

³³ Eine Ausnahme stellt die Rechtsprechung des BAG zur Frage des Lohnwuchers dar, vgl. BAG, 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08 hierzu i.E. zustimmend *Joussen SAE* 2010, 95ff; siehe aber auch *Fischinger JZ* 2012, 546.

³⁴ Beurteilungszeitpunkt im Individualprozess der Zeitpunkt des Vertragsschlusses: *H. Schmidt*, in: *BeckOK*, BGB, § 307 Rn. 39; BGH NJW 2009, 1491, 1493; NJW 1990, 2383, 2384; für das Arbeitsrecht: *Winter BB* 2010, 2757, 2761 mit Verweis auf BAG, 4. 3. 2004 – 8 AZR 196/03 = BB 2004, 1740 3; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, § 307 Rn. 3.

³⁵ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 472 mit Verweis auf BGH NJW 2000, 1110, 1113; 2010, 2041, 2043; 2014, 2180; *Grüneberg*, in: *Palandt*, BGB, § 307 Rn. 7.

³⁶ Richtlinie 93/13/EWG.

³⁷ *Stoffels*, AGB-Recht, Rn. 472.

³⁸ *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 307 Rn. 93 unter Hinweis auf Art. 4 der RL und BGH NJW 2010, 2041; auch *Medicus NJW* 1995, 2577, 2580 weist auf den Aspekt der Rechtssicherheit hin.

³⁹ BGH NJW 2010, 2041 2043 mit Verweis auf *Medicus NJW* 1995, 2577, 2580.

⁴⁰ BGH NJW 2010, 2041; s. auch *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, § 307 Rn. 93.

⁴¹ BGH NJW 2010, 2041, 2043; s. auch *Pfeiffer*, in: *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, § 307 Rn. 93.

⁴² A. A. *Haspl BB* 2014, 771, 774; *Verse ZIP* 2014, 1810.

zesentwurf, in dem diese fehlen, lag in der 17. Wahlperiode bereits vor.

1. Keine Änderung der AGB-Regelungen

Die Einführung der Regelungen in § 308 Nrn. 1a und b BGB ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf die zum Teil heftige Kritik am ersten Gesetzesentwurf aus der 17. Legislaturperiode,⁴³ der zwar auch schon die Schaffung eines neuen § 271a BGB vorsah, jedoch keine neuen Regelungen in den Vorschriften zur AGB-Kontrolle. An diesem Entwurf wurde unter anderem⁴⁴ kritisiert, dass mit dem § 271a BGB ein von der Vorschrift des § 271 BGB abweichendes gesetzliches Leitbild geschaffen werde, das bei der AGB-Kontrolle im Rahmen des § 307 zu berücksichtigen sei.⁴⁵ Obwohl die Bundesregierung auf Stellungnahme des Bundesrates⁴⁶ zum ersten Gesetzesentwurf hin noch der Auffassung war, dass eine Klarstellung im AGB-Recht nicht notwendig sei,⁴⁷ sollen die nunmehr in § 308 BGB eingefügten Regelungen festlegen, dass durch § 271a BGB kein neues Leitbild begründet wird, es vielmehr bei den Grundsätzen des § 271 BGB bleiben soll.⁴⁸

Dieses Ziel hätte sich wohl auch durch eine entsprechende Formulierung in § 271a BGB erreichen lassen, selbst die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass dieser Umstand durch die Regelung nur »auch noch einmal klargestellt« werde.⁴⁹ Es handelt sich um eine überschießende Umsetzung⁵⁰ der europäischen Vorgaben. Die neuen, gegenüber § 271a BGB spezielleren,⁵¹ Regelungen in § 308 BGB wären nicht notwendig gewesen.

Da es der Zahlungsverzugsrichtlinie um die Verbesserung der Zahlungsmoral im Geschäftsverkehr ging, hat der Gesetzgeber, wie er in der Gesetzesbegründung selbst ausführt, die neuen Klauselverbote der § 308 Nrn. 1a und 1b vor allem auf Klauseln zugeschnitten, die gegenüber

Unternehmen⁵² verwendet werden. Damit sind die Vorschriften aber systemwidrig platziert.⁵³ Denn bislang galten die §§ 308, 309 BGB gemäß § 310 Abs. 1 BGB a.F. nicht direkt für gegenüber Unternehmen verwendeten AGB, sondern konnten allenfalls im Rahmen von § 307 BGB Indizwirkung entfalten.⁵⁴ Mit den Neuregelungen in § 308 Nrn. 1a, b BGB und der damit einhergehenden Änderung des § 310 BGB⁵⁵ befinden sich erstmals Regelungen, die allein auf gegenüber Unternehmern verwendete AGB anwendbar sind, ausdrücklich in den dem besonderen Schutz der Verbraucher dienenden Vorschriften.⁵⁶

Der Gesetzgeber hätte hier besser daran getan, es bei der Schaffung eines neuen § 271a BGB zu belassen. Auch im Hinblick auf dessen Regelungstechnik wäre es jedoch sinnvoller gewesen, auf zwei Maßnahmen, die der zweite Gesetzesanlauf sowohl in § 271a als auch in § 308 BGB mit sich brachte, zu verzichten. Namentlich hätte auf die Privilegierung des Rechnungszugangs ebenso verzichtet werden sollen wie auf die Schaffung der »dynamischen Wirkweise«.

2. Keine Privilegierung des Rechnungszugangs, bloße Alternativität

Auch die Privilegierung des Rechnungszugangs, wie sie nunmehr durch § 271a Abs. 1 Satz 2 BGB vorgenommen wird, ist wohl eine Reaktion auf die Kritik zum ersten Gesetzesentwurf. Die Regelung des § 271a Abs. 1 BGB-E hatte beim ersten gesetzgeberischen Anlauf folgenden Wortlaut:⁵⁷

Eine Vereinbarung, durch die die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung um mehr als 60 Tage nach Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung oder um mehr als 60 Tage nach Empfang der Gegenleistung überschritten wird, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich getroffen und für den Gläubiger nicht grob nachteilig ist.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 17/10491.

⁴⁴ Zur Kritik am ersten Gesetzesentwurf vgl. auch die Darstellung bei Haspl BB 2014, 771; zum ges. Gesetzgebungsverfahren vgl. auch Klose NJ 2014, 272ff.

⁴⁵ Graf von Westphalen ZRP 2013, 5, 7 f; ders. BB 2013, 515ff; a. A. zum ersten Entwurf bereits Pfeiffer BB 2013, 323, 324 f.

⁴⁶ Vgl. Stellungnahme des BR zum ersten Gesetzesentwurf, BT-Drs. 17/10491, S. 17.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der BReg zur Stellungnahme des BR zum ersten Gesetzesentwurf, BT-Drs. 17/10491, S. 19.

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 18/1309, S. 20.

⁴⁹ BT-Drs. 18/1309, S. 20.

⁵⁰ So auch die Einschätzung von Teichmann/Rojahn ZVertriebsR 2014, 359, 363.

⁵¹ Stoffels, AGB-Recht, Rn. 768a.

⁵² S. hierzu auch Stoffels, AGB-Recht, Rn. 768b.

⁵³ So zu Recht Teichmann/Rojahn ZVertriebsR 2014, 359, 364.

⁵⁴ Vgl. BGHZ 174, 1 = NJW 2007, 3774, 3775 Rn. 12.

⁵⁵ § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB lautet nunmehr, um die Vorschriften der § 308 Nrn. 1a und 1b aus der Sperre für Unternehmen wieder auszuklammern: § 305 Absatz 2 und 3, § 308 Nummer 1, 2 bis 8 und § 309 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden.

⁵⁶ Teichmann/Rojahn ZVertriebsR 2014, 359, 364.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 17/10491, S. 5.

Auch mit dieser – viel einfacheren – Vorschrift wollte der Gesetzgeber die Vorgaben aus Art. 3 Abs. 5 der Zahlungsverzugsrichtlinie umsetzen.⁵⁸ Die Problematik, dass die Richtlinie sich in ihren Vorgaben für den Unternehmensverkehr nicht zum Beginn der Zahlungsfrist äußert, hatte der Gesetzgeber auch seinerzeit schon gesehen und sie gelöst, indem er sich an den Vorgaben der Richtlinie zum Fristbeginn beim Verkehr mit öffentlichen Stellen in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie orientiert hat.⁵⁹ In Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie wird für den Fristbeginn auf den Zugang der Rechnung⁶⁰ oder den Erhalt der Gegenleistung abgestellt. Zuzugeben ist dabei, dass die Richtlinie die beiden möglichen Termine des Fristbeginns nicht bloß alternativ nennt. Grundsätzlich soll, vgl. Art. 4 Abs. 3 a) i) der Zahlungsverzugsrichtlinie, der Zugang der Rechnung die Zahlungsfrist auslösen. Wenn dieser Zugang »unsicher« ist,⁶¹ soll der Empfang der Waren oder Dienstleistung den Lauf der Zahlungsfrist auslösen. Das soll auch gelten, wenn die Rechnung vor dem Empfang der Waren oder Dienstleistung zugeht.⁶² Damit wird – regelungstechnisch anders, aber im Ergebnis vergleichbar – die Rechnungsstellung wie in der hier in Rede stehenden Regelung des § 271a Abs. 1 BGB privilegiert. Aber diese Vorgaben der Richtlinie gelten für den Zahlungsverkehr mit öffentlichen Stellen, für den zwischen Privaten enthält die Richtlinie nicht einmal Angaben zum Zeitpunkt des Fristbeginns, geschweige denn zu deren Verhältnis zueinander.

Nun ist eine Frist, die mangels festgelegtem Beginn niemals zu laufen beginnt, sinnlos. Es ist daher notwendig und angezeigt, sich über den Zeitpunkt des Fristbeginns Gedanken zu machen. Und es spricht vieles dafür, hier die möglichen Ansatzpunkte in der Rechnungsstellung oder der Erbringung der Gegenleistung zu sehen. Man mag dies mit der Systematik der Richtlinie⁶³ oder einer Analogie zu den Regelungen betreffend den Verkehr mit öffentlichen Stellen begründen⁶⁴ oder schlicht mangels anderer sinnvoller Alternativen auf diese Zeitpunkte rekurren können. Aber musste mit der Anleihe im Hinblick auf die möglichen Zeitpunkte des Fristbeginns auch deren dort angenommenes Verhältnis zueinander auf die Regelungen zwischen Privaten übertragen werden? Oder wäre es nicht sinnvoller gewesen, es bei der Anleihe im Hinblick auf den möglichen Fristbeginn zu belassen und bzgl. der beiden

möglichen Zeitpunkte den Parteien ein Wahlrecht einzuräumen?

Der Gesetzgeber hat sich ursprünglich und richtigerweise für die zweite Möglichkeit entschieden. Mit der oben wiedergegebenen Formulierung des § 271a Abs. 1 BGB-E sollte zum Ausdruck kommen, dass es den Parteien überlassen bleibt, den Fristbeginn zu bestimmen. Zur Wahl stehen dann entweder die Erbringung der Gegenleistung oder der Rechnungszugang.⁶⁵

Dass nunmehr doch die Privilegierung des Rechnungszugangs Gesetz geworden ist, dürfte – wie schon die Regelungen der § 308 Nr. 1 a und b BGB⁶⁶ – seinen Ursprung in der Stellungnahme des Bundesrates⁶⁷ zum ursprünglichen Gesetzentwurf haben. Darin moniert der Bundesrat gerade den Umstand, dass der ursprüngliche Gesetzentwurf keine Aussagen zur praktisch wichtigen Frage des Rangverhältnisses der Anknüpfungspunkte enthalte. Dies würde dann aber in Fällen, in denen die Rechnung schon vor Erbringung der Gegenleistung gestellt wird und die Zahlungsfrist an dieses Ereignis anknüpfe, im Extremfall zur Folge haben, dass der Schuldner in Verletzung des Synallagmas das Entgelt bereits vor Erhalt der Gegenleistung entrichten müsse.⁶⁸ Aus diesem Grunde sei das in der Richtlinie in Art 4 Abs. 3 vorgesehene Rangverhältnis der Anknüpfungspunkte auch auf die Regelungen zwischen Privaten zu übertragen.⁶⁹ Die Bundesregierung hatte schon in der 17. Legislaturperiode zugesagt, die Notwendigkeit eines Rangverhältnisses zu prüfen,⁷⁰ und dann letztlich das Rangverhältnis, das die Richtlinie lediglich für die Fälle des Verkehrs mit öffentlichen Stellen vorsieht, auf die Regelung zum Privatrechtsverkehr übertragen. Dies geschah, um einerseits grundsätzlich auf den Rechnungszugang abzustellen, aber andererseits auch, um die – vermeintlich – problematischen Fälle der »verfrühten« Rechnungsstellung zu regeln.⁷¹

Weder ist eine grundsätzliche Privilegierung des Rechnungszugangs notwendig noch stellt die »verfrühte« Rechnung überhaupt eine relevante Problematik dar. Der

58 BT-Drs. 17/10491, S. 10.

59 BT-Drs. 17/10491, S. 11.

60 Oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung.

61 Art. 4 Abs. 3 a) ii) der Zahlungsverzugsrichtlinie.

62 Nach Art. 4 Abs. 3 a) iii) der Zahlungsverzugsrichtlinie.

63 Wie *Haspl* BB 2014, 771, 772.

64 *Oechsner* EuZW 2011, 940, 943.

65 BT-Drs. 17/10491, S. 11: »Nach § 271a Absatz 1 Satz 1 BGB-E können die Parteien den Fristbeginn daher entweder an den Zugang der Rechnung, an eine gleichwertige Zahlungsaufstellung oder an den Empfang der Gegenleistung knüpfen«; für Alternativität wohl auch *Oechsner* EuZW 2011, 940, 943.

66 Siehe oben unter VIII. 1.

67 Abgedruckt BT-Drs. 17/10491, S. 17f.

68 BT-Drs. 17/10491, S. 17.

69 BT-Drs. 17/10491, S. 17.

70 Vgl. Gegenäußerung der BReg zur Stellungnahme der BReg BT-Drs. 17/10491, S. 19.

71 Vgl. BT-Drs. 18/1309, S. 14.

Gesetzgeber hätte hier gut daran getan, es beim ursprünglich vorgesehenen Regelungsansatz zu belassen und es infolgedessen den Vertragsparteien zu überlassen, den Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn zu wählen. Damit wäre die Vertragsfreiheit an dieser Stelle weniger eingeschränkt worden und an anderer – im Hinblick auf das Richtlinienziel sinnvollerer – Stelle mehr.

Zunächst ist aber noch festzuhalten, dass keine Notwendigkeit besteht, den Rechnungszugang als Fristbeginn grundsätzlich zu privilegieren. Dies folgt insbesondere nicht aus dem Zweck der Rechnung, die Überprüfung der Entgeltforderung zu ermöglichen.⁷² Dieser Zweck verlangt nicht vom Gesetzgeber zu verhindern, dass der Schuldner eine Entgeltforderung erfüllen muss, bevor ihm eine Rechnung zugegangen ist.⁷³ Nach der ursprünglichen Gesetzesfassung könnte dies der Fall sein, wenn die Parteien den Beginn der Zahlungsfrist an die Rechnungsstellung gekoppelt haben. Diese Konstellation ist aber nicht »problematisch«, sondern Ausdruck der den Parteien verbleibenden Vertragsfreiheit. Schließlich haben sich die Parteien in diesem Fall auf die Bindung an den Rechnungszugang geeinigt, anstatt auf eine ansonsten noch mögliche Kopplung an die Erbringung der Gegenleistung. Und so gilt für den Gläubiger, der sich dann über den Umstand der fehlenden Lieferung bei Fälligkeit des Zahlungsanspruchs beschwert: *volenti non fit iniuria*.

Mehr noch: Die frühe Fälligkeit wäre ja nicht nur kein Unrecht, das dem Gläubiger geschieht, sondern auch ganz im Sinne der Zahlungsverzugsrichtlinie, deren Anliegen ja gerade die zügige Begleichung von Geldschulden ist.

Mit der ursprünglichen Regelung wäre – bei einem naheliegenden Verständnis – allerdings eine andere und sinnvollere Beschränkung der Vertragsfreiheit einhergegangen, insbesondere vor dem Hintergrund der schwer verständlichen Regelung, die nunmehr Gesetz geworden ist.⁷⁴ Diese hätte zwar den Parteien bei der Bestimmung der Zahlungsfrist die Wahl gelassen zwischen der Erbringung der Gegenleistung oder dem Rechnungszugang als Anknüpfungspunkt, die Wahl aber eben auch auf diese beschränkt. Das hätte zur Folge gehabt, dass die Parteien auf Basis ihrer Privatautonomie zwischen den beiden Zeitpunkten hätten wählen können. Vor dem Hintergrund des genannten Rechnungszwecks hätte es dann auch zulässig sein müssen, beide Handlungen des Schuldners, die Rechnungsstellung und die Leistungserbringung, vertraglich

als kumulative Voraussetzungen für den Beginn der Zahlungsfrist zu vereinbaren.

Durch die Beschränkung der Vertragsfreiheit auf diese beiden Punkte für den Fristbeginn wäre aber eine derart komplizierte Regelung wie die jetzt existente verhindert worden. Denn für die Parteien hätte dies schlicht bedeutet, dass sie wirksame Zahlungsfristen nur in der Weise vereinbaren können, dass sie diese – ohne die Vereinbarung eines festen Termins – an die genannten Zeitpunkte knüpfen. Erfüllt eine Vereinbarung diese Anforderungen nicht, so wäre sie – das hatte der Gesetzgeber in seiner Begründung zum ursprünglichen Gesetzentwurf bereits formuliert – unwirksam mit der Folge, dass die Regelung des gesetzlichen Leitbildes in § 271 BGB zur Anwendung kommt und die Zahlungsforderung demzufolge sofort fällig ist. Hier mag man die Einschränkung der Vertragsfreiheit bedauern. Sie stünde aber jedenfalls im Einklang mit dem Richtlinienziel, zu dessen Umsetzung sie erfolgt. Und durch Beschränkung auf diese möglichen Vertragsgestaltungen wäre der Rechtssicherheit Rechnung getragen worden.

3. Keine dynamische Wirkweise

Dies gilt über die Ablehnung einer gesetzlichen Privilegierung des Rechnungszugangs hinaus. Durch eine derartige Regelung wäre zumindest für den wichtigen Bereich des Verkehrs zwischen Unternehmen⁷⁵ zudem die oben dargestellte »dynamische Wirksamkeitsregelung« vermieden worden, deren Einführung nicht europarechtlich geboten war.⁷⁶ Es wäre jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses klar zu beurteilen gewesen, ob die im Vertrag vereinbarte Zahlungsfrist gegen die Vorschrift des § 271a Abs. 1 BGB-E verstößt oder nicht. Fälle der »wechselnden Wirksamkeit«⁷⁷ wären ebenso vermieden worden wie die Schaffung eines dogmatischen Fremdkörpers innerhalb der Vertragskontrolle des BGB.

Die nunmehrige Regelung zwingt die Parteien, die schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Klarheit über die Wirksamkeit ihrer Zahlungsfrist haben wollen, diese als Zeitspanne an den Empfang der Gegenleistung und Zugang der Rechnung als Zahlungsfrist zu vereinbaren.⁷⁸ Da wäre es nur ein kleiner Schritt, das auch bei heutiger Rechtslage wegen seiner rechtlichen Unsicherheit nicht

⁷² A. A. *Haspl* BB 2014, 771, 772.

⁷³ Dies ist das so genannte Problem der »verfrühten« Rechnung.

⁷⁴ Vgl. die Darstellung oben unter V. 2.

⁷⁵ Die direkte Umsetzung des Art. 4 der RL, der den Verkehr zu öffentlichen Stellen regelt, ist nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

⁷⁶ A. A. *Haspl* BB 2014, 771, 774; *Verse* ZIP 2014, 1810.

⁷⁷ Vgl. oben unter V. 2.

⁷⁸ *Haspl* BB 2014, 771, 772f.

empfehlenswerte Anknüpfen an ein Kalenderdatum im Verkehr zwischen Unternehmen⁷⁹ gesetzlich auszuschließen und es dafür den Parteien freizustellen, ob sie die Zahlungsfrist an die Rechnung oder die Erbringung der Gegenleistung knüpfen wollen. Die Folge wäre, dass sich die vertragliche Abrede nach dem vom BGB dafür vorgesehenen Zeitpunkt beurteilen ließe: dem des Vertragsschlusses.

IX. Zusammenfassung

Der Erlass der Zahlungsverzugsrichtlinie machte unter anderem eine Änderung der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts betreffend die Vereinbarung von Zahlungsfristen bei Vertragsschlüssen im Geschäftsverkehr, d.h. insbesondere zwischen Unternehmen notwendig. Zur Erfüllung der Vorgaben wurden – neben weiteren Änderungen – die Regelungen des § 271a Abs. 1 BGB sowie des § 308 Nr. 1a BGB geschaffen. Beide schränken die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die Möglichkeit, Zahlungsfristen zu vereinbaren, ein. Regelungstechnisch geschieht dies durch die Schaffung einer »dynamischen Wirksamkeitskontrolle« von dahingehenden Vertragsabreden. Diese Regelungstechnik ist in mehrfacher Hinsicht zu kritisieren.

Die Regelungen erscheinen höchstens auf den ersten Blick leicht verständlich. Ein näheres Hinsehen verdeutlicht, dass sich der Tatbestand sinnvoll nur mit der Bildung von Fallgruppen erfassen lässt. Für eine praxisrelevante

Regelung des Allgemeinen Schuldrechts wäre hier eine leichtere Handhabbarkeit wünschenswert gewesen, insbesondere vor dem Hintergrund der von den jetzigen Regelungen ausgehenden Rechtsunsicherheit.

Diese Rechtsunsicherheit folgt neben dem komplizierten Tatbestand der Regelung auch aus dem Umstand, dass sich infolge der »dynamischen Wirksamkeitsregelung« nicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilen lässt, ob die Parteien eine wirksame Vereinbarung zur Zahlungsfrist vereinbart haben. Dies verstößt gegen die grundsätzliche Systematik der Vertragskontrolle des BGB.

Die soeben geübte Kritik wäre vermeidbar gewesen. Der erste gesetzgeberische Anlauf sah eine rechtstechnisch gelungenere Vorschrift des § 271a BGB vor, die auf die Privilegierung des Rechnungszugangs beim Fristbeginn und die Schaffung der »dynamischen Wirksamkeitsregelung« verzichtet hätte, leichter zu verstehen gewesen wäre und unter Vermeidung eines Systemverstoßes weitaus weniger Rechtsunsicherheit produziert hätte.

Dies gilt auch für die schlicht überflüssige Regelung in § 308 Nr. 1a BGB. Eine Änderung der AGB-rechtlichen Vorschriften war im ersten Gesetzentwurf nicht vorgesehen und auch nicht notwendig. Die jetzigen Regelungen sind eine unnötige Reaktion auf die Kritik am ersten Gesetzentwurf, mit dem neuen § 271a BGB würde ein neues Leitbild für die AGB-Kontrolle geschaffen. Neben der Kritik zur Regelungssystematik der »dynamischen Wirkungsweise« ist an der Vorschrift zudem zu bemängeln, dass sie systemwidrig platziert wurde. Nunmehr finden sich in den ursprünglich nur für Verbraucher geltenden Vorschriften der §§ 308 und 309 BGB auch Regelungen, die einzig für den Geschäftsverkehr gelten.

79 In der die Rechnungsstellung ohnehin üblich sein dürfte.