

Berlin, März 2012
Stellungnahme Nr. 19/2012
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

**durch seine Ausschüsse Zivilrecht und
Privates Bau- und Architektenrecht**

zum

**Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz
für ein Gesetz zur Bekämpfung von
Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr**

Aktenzeichen BMJ: III A 4 – 3502/3 – 36 37/2012

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht:

Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer,
Köln (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln

Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen,
Frankfurt

Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken,
Berlin

Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle

Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert,
Berlin

Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden

Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen

Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe
(BGH)

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Christine Martin

Mitglieder des Ausschusses Privates Bau-
und Architektenrecht:

Rechtsanwältin Gritt Diercks-Oppler,
Hamburg (Vorsitzende)

Rechtsanwältin Prof. Dr. Antje Boldt,
Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Dr. Klaus Eschenbruch,
Düsseldorf

Rechtsanwältin Ulrike Gantert,
Markt Schwaben

Rechtsanwalt Dr. Peter Sohn, Hamm

Rechtsanwalt Prof. Dr. Volkert Vorwerk,
Karlsruhe (BGH)

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwalt Udo Henke

Verteiler:

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Berlin
 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin
 Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
 Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
 Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenden Parteien
 Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen des Deutschen Bundestages
 Bundesministerium der Justiz, Berlin

Ausschuss der Verbände und Kammern für die Honorarordnung e. V./ AHO, Berlin
 Bund Deutscher Architekten/ BDA, Berlin
 Bund Deutscher Baumeister Architekten und Ingenieure e. V./ BDB, Berlin,
 Bund Deutscher Innenarchitekten, Bonn
 Bund Deutscher Landschaftsarchitekten e. V., Berlin
 Bundesarchitektenkammer e. V./ BAK, Berlin
 Bundesingenieurkammer/ BIngK, Berlin
 Bundesingenieur- und Architektenverband e. V., München
 Bundesvereinigung der Prüflingenieur- und Bautechniker e. V., Berlin
 Deutscher Baugerichtstag/ DBG, Hamm,
 Forum Vergabe e. V., Berlin
 Informationskreis für Raumplanung/ IfR, Dortmund

Interessengemeinschaft Angestellter Architekten und Stadtplaner, Aachen
 Union Beratender Ingenieure e. V., München
 Union Freie Berufe e. V., München
 Verband Deutscher Architekten- und Ingenieurvereine e. V./ DAI, Berlin
 Verband Deutscher Architekten e. V./ VDA, München
 Verband Unabhängig Beratender Ingenieure und Consultants e. V./ VUBIC, Berlin
 Verein Deutscher Ingenieure e. V./ VDI, Düsseldorf
 Vereinigung Angestellter Architekten e. V./ VAA, Brühl
 Vereinigung Freischaffender Architekten Deutschland e. V., Berlin
 Zentralverband Deutscher Ingenieure e. V., München

Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., Berlin
 Deutscher Industrie- und Handelskammertag e. V., Berlin
 Deutsche Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e. V., Hennef
 Deutsche Vereinigung Gas- und Wasserfaches e. V., Bonn
 Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V., Berlin

Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
 Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
 Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik
 Deutschland
 Bundesnotarkammer, Berlin
 Deutscher Notarverein e. V., Berlin
 Deutscher Richterbund e. V., Berlin
 Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen, Berlin
 Neue Richtervereinigung, Berlin

Bayrischer Gemeindetag, München
 Deutscher Landkreistag, Berlin
 Deutscher Städtetag, Berlin

Deutscher Städte- und Gemeindebund, Berlin
 Gemeindetag Baden-Württemberg, Stuttgart
 Gemeinde- und Städtebund Rheinland-Pfalz, Mainz
 Gemeinde und Städtebund Thüringen e. V., Erfurt
 Niedersächsischer Städtetag, Hannover
 Hessischer Städtetag, Wiesbaden
 Niedersächsischer Städte- und Gemeindebund, Hannover
 Saarländischer Städte- und Gemeindetag, Saarbrücken
 Sächsischer Städte- und Gemeindetag, Dresden
 Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag, Kiel
 Städte- und Gemeindebund Brandenburg, Potsdam
 Städte- und Gemeindebund Sachsen-Anhalt, Magdeburg
 Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf
 Städte- und Gemeindetag Mecklenburg Vorpommern, Schwerin
 Städtetag Rheinland-Pfalz, Mainz
 Städtebund Schleswig-Holstein, Kiel

Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
 Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
 Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
 Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
 Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein
 Zivilrechtsausschuss im Deutschen Anwaltvereins
 Ausschuss Privates Bau- und Architektenrecht im Deutschen Anwaltverein

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
 Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl, Berlin
 Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen
 Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln
 Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.
 Redaktion Deutsches Architektenblatt, Düsseldorf
 Redaktion Deutsches Ingenieurblatt, Königswinter

Redaktion Stadt und Gemeinde, Burgwedel
 Redaktion Allgemeine Bauzeitung, Berlin
 Redaktion IBR, Mannheim
 Redaktion NVwZ, Frankfurt am Main
 Redaktion NzBau , Frankfurt am Main
 Redaktion Baurecht, Köln
 Redaktion Vergaberecht, München
 Redaktion Der Gemeinderat, Schwäbisch-Hall
 Redaktion Veris Bundesanzeiger Verlag, Berlin

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Entwurf dient der Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU. Wie in der Begründung mit Recht ausgeführt wird, bedarf es zur Umsetzung keiner umfangreichen Eingriffe in das deutsche Recht, da Vieles in Deutschland bereits entsprechend der Richtlinie geregelt ist. Der gewählte Regelungsstandort im BGB in den §§ 270 ff. ist sachgerecht. Jedoch genügt der Entwurf nicht in allen Einzelheiten den Anforderungen der Richtlinie und geht in anderer Hinsicht über sie hinaus. Außerdem sind weitere Änderungen aus der Sicht der deutschen Gesetzgebungstechnik angezeigt.

Zu Artikel 1 Nr. 1:

Die vorgeschlagene Einfügung des Wortes „rechtzeitig“ in § 270 BGB ist nur in Verbindung mit der Begründung und vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH vom 03.04.2008 C-306/06 geeignet, das Ziel zu erreichen. Die bloße Einfügung des Wortes „rechtzeitig“ besagt schlicht Selbstverständliches: der Schuldner muss immer rechtzeitig leisten. Die bisher strittige Frage ging dahin, wann die Leistungshandlung des Schuldners rechtzeitig ist, ob insbesondere der Schuldner das Verzögerungsrisiko trägt

dazu Staudinger/*Bittner*, Bearbeitung 2009, § 217 Rn. 29 ff., 33, 38.

Die Einfügung des Wortes „rechtzeitig“ besagt für sich selbst nichts darüber, ob es dem Schuldner zuzurechnen ist, wenn sich der Empfang der Zahlung (Gutschrift) beim Gläubiger infolge eines Verschuldens der eingeschalteten Banken oder aus sonstigen Gründen verzögert. Jedenfalls, wenn die Verzögerung auf einem Verschulden der Empfängerbank beruht, wird man dieses Verschulden dem Gläubiger gemäß § 278 BGB zurechnen

so Staudinger/*Bittner* aaO. Rn. 21.

Ein weitergehender Regelungsbedarf besteht jedoch nicht. Die Einfügung des Wortes „rechtzeitig“ setzt ein hinreichendes Signal dafür, wie § 270 BGB zu lesen ist.

Zu Artikel 1 Nr. 2:

Mit dieser Bestimmung soll der wesentliche Inhalt der Richtlinie (im Vergleich zu der Richtlinie 2000/35) umgesetzt werden. Der Entwurf beruht insoweit zum Teil auf einem

Missverständnis der Richtlinie. Außerdem sollte – über die Richtlinie hinaus – auch eine Regelung für Abschlagszahlungen getroffen werden. Im Einzelnen:

1. Der in der Richtlinie verwendete Begriff der Zahlungsfrist ist nach der dem Entwurf zugrundeliegenden Meinung in der Richtlinie nicht definiert (Begründung Seite 14, erster voller Absatz). Als Folge davon bestimmt der Entwurf für manche Fälle die Frist zu kurz und enthält für andere Fälle keine Regelung. Nach dem Verständnis des DAV ist die in der Richtlinie genannte Zahlungsfrist diejenige Frist, die in Artikel 3 Absatz 3 und in Artikel 4 Absatz 3 mit 30 (Kalender-)Tagen festgelegt ist. Die Vereinbarung einer längeren Zahlungsfrist ersetzt diese 30-tägige Frist. Der Beginn der Zahlungsfrist ist also sehr wohl in der Richtlinie festgelegt.

Die Berechnung der Frist soll gemäß § 271a Abs. 1 und Abs. 2 BGB/E „mit Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung *oder* ... Empfang der Gegenleistung“ beginnen. Damit würde die Frist mit dem früheren Zeitpunkt beginnen. Das wäre nicht sachgerecht und entspricht auch nicht der Richtlinie.

Die in Artikel 3 Absatz 3 und Artikel 4 Absatz 3 vorgesehene 30-Tage-Frist beginnt allerdings nach der Richtlinie nicht immer mit den in diesen Bestimmungen genannten Zeitpunkten des Fristbeginns. Hinzukommen muss gemäß Artikel 3 Absatz 1a, Artikel 4 Absatz 1a die Erfüllung sonstiger Verpflichtungen des Gläubigers, deren Erfüllung Voraussetzung der Fälligkeit ist. Daher sollte auch ausdrücklich vorgesehen werden, dass sonstige Voraussetzungen der Fälligkeit der Gesamtforderung oder eines Teils davon unberührt bleiben. Das gilt beispielsweise für eine vereinbarte Gewährleistungsbürgschaft als Voraussetzung für die Fälligkeit der letzten Tranchen des Entgelts. Solche Gewährleistungsbürgschaften muss auch ein öffentlicher Auftraggeber vereinbaren können.

Da der Fristbeginn in Artikel 3 und Artikel 4 der Richtlinie übereinstimmend geregelt ist, empfiehlt es sich, zur Vermeidung von Wiederholungen in der Umsetzung diesen Fristbeginn einheitlich zu regeln. Dadurch wird es möglich, die Regelungen zur Vereinbarung der Zahlungsfrist mit der Regelung zur zulässigen Dauer einer Prüfungs-/Abnahmefrist zu verbinden. In dem Entwurf fehlt eine solche Verknüpfung.

Die Einhaltung der für den öffentlichen Auftraggeber gesetzten Grenze von höchstens 60 Tagen ist ein weiteres Wirksamkeitserfordernis. Der Entwurf widmet ihm einen eigenen Satz. Bei der im Folgenden vorgeschlagenen Regelungstechnik bedarf es dessen nicht. Die Regelungstechnik des Entwurfs bedeutet zwar, dass der Gläubiger die Beweislast für die Überschreitung der Höchstfrist von 60 Tagen trägt. Das dürfte jedoch sachlich nicht relevant sein, da die Länge der Frist (im Unterschied zum Fristbeginn) wohl nicht zweifelhaft sein kann. Daher wird vorgeschlagen, die Regelung insoweit zu verkürzen.

2. Die Verlängerung der Prüfungs- und Abnahmefrist sowie (im Falle von Unternehmen als

Schuldern) der Zahlungsfrist ist nach der Richtlinie unwirksam, wenn sie für den Gläubiger grob nachteilig ist. Der Entwurf setzt diese Einschränkung der Regelungsbefugnis nicht um, sondern verweist insoweit auf die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Begründung Seite 16, erster voller Absatz). Das entspricht der Methode der Umsetzung der bisherigen Richtlinie 2000/35/EG, die insoweit entsprechende Vorgaben enthielt. Daraus wird gefolgert, dass im Anwendungsbereich der Richtlinie § 138 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen sei, dass jede den Gläubiger grob benachteiligende Regelung gegen §§ 138, 242 BGB verstoße

Palandt/*Grüneberg* 71. Aufl. 2012, § 286 Rn. 31.

Diese Regelungsmethode ist nicht zweckmäßig. Wenn § 138 BGB als – teilweise – Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie verstanden würde, würden seine ohnehin schon schwer genug zu ziehenden Grenzen vollends unscharf. § 242 BGB wiederum ist keine Vorschrift zur Inhaltskontrolle, sondern zur Auslegung und zur Ausübungskontrolle. Hinzu kommt: Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des UKlaG (Artikel 2 Nummer 1) bezieht sich auf Verstöße gegen § 271a BGB. Da auch diese Erweiterung des UKlaG auf der Vorgabe der Richtlinie beruht (Artikel 3 Absatz 5) sollte die besondere Inhaltskontrolle der Benachteiligung durch zu lange Zahlungsfristen in § 271a BGB geregelt werden. Schließlich sollte nicht durch die Art der Umsetzung der weite Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle nach der gegenwärtigen Rechtsprechung zementiert werden. Das wäre der Fall, wenn eine Einschränkung dieses Anwendungsbereichs der AGB-Inhaltskontrolle zu einer unzureichenden Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie führen würde.

3. Entsprechend § 286 Abs. 3 BGB verwendet der Entwurf anstelle des in der Richtlinie verwendeten Begriffs der (mit einer Rechnung) gleichwertigen „Zahlungsaufforderung“ denjenigen der „gleichwertigen Zahlungsaufstellung“. Das sollte geändert werden. Das Nebeneinander von „Rechnung“ und „gleichwertige Zahlungsaufstellung“ legt nahe, dass letztere etwas anderes ist als eine Rechnung. Das kann jedenfalls zu Missverständnissen führen, auch wenn vertreten wird, dass eine Zahlungsaufstellung über eine Entgeltforderung immer auch eine Rechnung sei

so Palandt/*Grüneberg* aaO. § 286 Rn. 28.

Als Zahlungsaufstellung ist bereits ein Leistungsverzeichnis anzusehen, das beispielsweise in Bausachen mit dem Angebot abgegeben wird, sehr detailliert die einzelnen Leistungen bepreist und eine Endsumme nennt. Der Auftragnehmer könnte sich deshalb nach der Abnahme darauf berufen, dass dem Auftraggeber bereits eine „Zahlungsaufstellung“ vorliege, und damit in den Genuss von Zinsforderungen kommen. Insbesondere bei der öffentlichen Hand, die vergaberechtlich gehalten ist, die Leistungen wie im Angebot aufgeführt auszuführen, würde das zu einer erheblichen Mehrbelastung der Haushalte führen. Deshalb sollte der Begriff „Zahlungsaufforderung“ verwendet werden. Er stellt klar,

dass die Übersendung eines noch so detaillierten Leistungsverzeichnisses so lange keine Fälligkeit begründen kann, wie der Auftragnehmer nicht eindeutig die Forderung der Bezahlung an den Auftraggeber stellt.

Das Wort „Zahlungsaufstellung“ im Gegensatz zur „Zahlungsaufforderung“ legt zudem nahe, dass eine solche Aufstellung auch dann vorliegen kann, wenn sie den umsatzsteuerlichen Anforderungen an eine Rechnung nicht genügt. Die Formulierung „gleichwertige Zahlungsaufforderung“ legt ein solches Missverständnis nicht oder jedenfalls weniger nahe. Deshalb sollte es bei diesem der deutschen Fassung der Richtlinie entsprechenden Wort verbleiben. Jedenfalls muss sicher sein, dass ein Dokument, welches nicht den Anforderungen des Umsatzsteuergesetzes an eine Rechnung genügt, im unternehmerischen Rechtsverkehr einer Rechnung nicht gleichwertig ist. Wenn ein unternehmerischer Schuldner bei Meidung drakonischer Verzugszinsen gehalten wäre, auf eine „Zahlungsaufstellung“ zu zahlen, auch wenn sie den Voraussetzungen für die Vorsteuerabzugsfähigkeit der Umsatzsteuer nicht entspricht, könnte sich daraus eine erhebliche Liquiditätsbelastung für den Schuldner ergeben. Auch das würde dem Sinn der Richtlinie zuwider laufen.

4. Um einer überschießenden Auslegung durch deutsche Gerichte vorzubeugen, empfiehlt sich eine Klarstellung dahin, dass die zwingenden Regelungen zur Fälligkeit nicht gelten, wenn der Geldgläubiger (Lieferant der Waren oder Erbringer der Dienstleistungen) die Finanzierung des Entgelts insgesamt oder zum Teil übernimmt. Da in diesen Fällen die effektive Zahlung von vornherein hinausgeschoben ist, handelt es sich bei einer solchen Kreditvereinbarung nicht um eine Stundung. Eine Klarstellung ist deshalb sinnvoll.
5. Schließlich gibt der DAV zu erwägen, ob die Regelung über die Länge der Frist nicht auch für gesetzlich oder vertraglich geschuldete Abschlagszahlungen gelten soll. Bei ihnen wird zwar der Zeitpunkt, zu dem die Frist zu laufen beginnt, oft weniger deutlich festliegen. Wenn dieser jedoch feststeht, sind ungebührlich lange Zahlungsfristen oder deren Überschreitung für den Gläubiger ebenso belastend wie hinsichtlich der Fristen für die Schlusszahlung, unter Umständen sogar noch belastender, weil die sich aus der Verzögerung von Abschlagszahlungen ergebende Liquiditätsbelastung des Gläubigers die Vollendung des Werks gefährden kann. Auch der Anspruch auf Abschlagszahlung ist eine Entgeltforderung. Solche Forderungen sind in § 15 Abs. 2 HOAI und in § 632a BGB vorgesehen – allerdings ohne Frist.

Aus all den vorgenannten Gründen empfiehlt der DAV, den § 271a BGB/E wie folgt zu fassen:

„§ 271a Zahlungs-, Überprüfungs- und Abnahmefrist

- (1) Eine Vereinbarung, nach der die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung 60 Tage nach *Fristbeginn* (Absatz 3) überschreitet, ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich

getroffen ist.

- (2) Ist der Schuldner ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, so ist abweichend von Absatz 1 eine Vereinbarung, nach der die Zeit für die Erfüllung einer Entgeltforderung 30 Tage *nach Fristbeginn* überschreitet, nur wirksam, wenn die Vereinbarung
1. ausdrücklich getroffen,
 2. aufgrund der besonderen Natur oder der Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist *und*
 3. die in ihr vereinbarte Zeit 60 Tage nicht überschreitet.
- (3) *Die Frist beginnt mit dem Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufforderung, jedoch nicht vor Empfang der Gegenleistung und, soweit für die Fälligkeit der Forderung oder eines Teils davon weitere Voraussetzungen vereinbart sind, für die davon betroffene Forderung oder Teilforderung nicht vor Erfüllung dieser Voraussetzungen. Ist die Entgeltforderung erst nach Prüfung oder Abnahme der Gegenleistung zu erfüllen, so beginnt die Frist nicht davor oder vor Ablauf der für sie angemessenen Frist; die Prüfungs- oder Abnahmefrist beträgt 30 Tage, sofern nicht ausdrücklich eine längere Frist vereinbart ist.*
- (4) *Eine Vereinbarung gemäß Absatz 1 oder Absatz 3 ist unwirksam, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles den Gläubiger grob benachteiligt. Bei der Beurteilung der Umstände des Einzelfalles sind insbesondere die Art der Gegenleistung und die Frage zu berücksichtigen, ob entgegen den Grundsätzen des guten Glaubens und der Redlichkeit von guter Handelspraxis abgewichen wird und der Schuldner einen objektiven Grund für die Verlängerung der Frist hat.*
- (5) *Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend für Abschlagszahlungen, die aufgrund gesetzlicher Vorschrift oder vertraglicher Vereinbarung geschuldet werden.*
- (6) *Als Vereinbarung über die Zeit der Erfüllung der Entgeltforderung gilt es nicht, wenn nach ausdrücklicher Vereinbarung der Gläubiger dem Schuldner einen Kredit in Höhe der Entgeltforderung oder eines Teils derselben gewährt und diese Finanzierung durch vereinbarte Zinsen oder eine Erhöhung des Entgelts vergütet wird.*
- (7) *Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für die Vereinbarung von Teilleistungen sowie für Rechtsgeschäfte, an denen ein Verbraucher beteiligt ist.“*

Entsprechend sollte in § 286 Abs. 3 BGB das Wort „Zahlungsaufstellung“ durch „Zahlungsaufforderung“ ersetzt werden.

Der DAV weist außerdem auf Folgendes hin: Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung in Folge eines Umstands unterbleibt, den er nicht zu

vertreten hat. Dazu gehört auch der Fall der unverschuldeten Unkenntnis von Bestand oder Umfang der Forderung, auch wenn die Unkenntnis auf einem entschuldbaren Rechtsirrtum beruht

BGH NJW 2011, 2120; NJW 1994, 2754.

Nach Artikel 3 Absatz 1b und Artikel 4 Absatz 1b der Richtlinie kann der Anspruch auf Verzugszinsen entfallen, wenn „der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist“. Es erscheint fraglich, ob bei einer autonomen unionsrechtlichen Auslegung dieser Bestimmung auch der Fall der unverschuldeten Unkenntnis der Zahlungspflicht erfasst ist.

Zu Artikel 1 Nr. 3:

Nach § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB/E steht dem Gläubiger „außerdem“ ein Anspruch auf den Pauschalbetrag zu. Daraus wird deutlich, dass diese Pauschale neben den Verzugszins tritt. Das entspricht der Richtlinie. Gemäß § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB/E ist die Pauschale auf den geschuldeten Schadensersatz anzurechnen „soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung begründet ist“. Diese Anrechnung entspricht der Richtlinie nicht. Die Pauschale soll nach Erwägungsgrund 19 die internen Kosten des Gläubigers abdecken. Darüber hinaus soll der Gläubiger nach Erwägungsgrund 20 „Anspruch auf Ersatz *der übrigen*, durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten haben“ (Hervorhebung nur hier). Daraus ergibt sich, dass der Anspruch auf Ersatz der übrigen Beitreibungskosten nicht durch Anrechnung der Pauschale gemindert werden darf. Im deutschen und englischen Wortlaut des Artikel 6 kommt dies nicht deutlich zum Ausdruck, wohl aber im französischen, wonach der Kostenerstattungsanspruch für „tous les autres frais de recouvrement“ gilt, also eben für andere als diejenigen, die mit der Pauschale abgegolten sind. Dass zu diesen anderen Kosten auch Anwaltskosten gehören können, beweist nichts anderes. Im Ergebnis kann also eine Anrechnung der Pauschale nur insofern verlangt werden, als ein Schaden wegen weiterer interner Kosten geltend gemacht wird; dieser ist dann nur ersatzpflichtig, soweit er die Pauschale überschreitet. Der Satz 3 sollte also wie folgt formuliert werden:

„Die Pauschale nach Satz 1 ist auf den geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit dieser in *durch die Rechtsverfolgung entstehenden Verwaltungs- und sonstigen internen Kosten des Gläubigers* begründet ist.“

Schließlich sollte Satz 2 dieses Absatzes wie folgt gefasst werden:

„*Eine Vereinbarung, die diesen Anspruch ausschließt, ist unwirksam, wenn sie den Gläubiger grob benachteiligt; dies ist im Zweifel anzunehmen.*“

Die Formulierung des Entwurfs übernimmt nahezu wörtlich diejenige der deutschen Fassung von Artikel 7 Absatz 3 der Richtlinie. Für die deutsche Gesetzessprache ist aber festzuhalten, dass nur Tatsachen vermutungsfähig sind, nicht aber Wertungen. Der Gesetzessprache entspricht es, dies mit der Formulierung „im Zweifel“ auszudrücken. Überdies weicht der Entwurf der Formulierung „unangemessen benachteiligt“ von der Formulierung der Richtlinie „grob nachteilig“ ab; sie knüpft insoweit an § 307 Abs. 2 Satz 1 BGB an, der aber nur für AGB gilt. Da die allgemeine Regel des Artikel 7 Absatz 1 hinsichtlich Vereinbarungen zu Beitreibungskosten in § 288 BGB nicht enthalten ist, muss in Absatz 5 auch die Rechtsfolge bestimmt werden.

Zu Artikel 2 und 3:

Die vorgesehenen Änderungen des UKlaG und des EGBGB sind sachgerecht.