

ZINSEN ALS MASSSTAB FÜR DEN
MINDESTVERZUGSSCHADEN DES GLÄUBIGERS EINER
NICHTENTGELTFORDERUNG – EIN DENKANSTOSS NACH
DEUTSCHEM RECHT

BORÇLUNUN TEMERRÜDÜNDE PARA HARİCİ EDİM
ALACAKLISININ ASGARİ TAZMİNAT ALACAĞININ
ÖLÇÜSÜ OLARAK TEMERRÜT FAİZİ – ALMAN
HUKUKUNA GÖRE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Zafer ZEYTİN*

ÖZ

Edimin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu borç ilişkilerinde borç vadesinde ifa edilmezse, sözleşmesel veya kanuni temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olmaktadır. Buna karşın edim konusunun para borcundan başka bir borç olduğu hallerde borçlunun temerrüde düşmesinde, alacaklı uğra-

* Der Autor war Gastprofessor an der SRH-Hochschule Heidelberg -gefördert von DAAD- (2018) und ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht an der Türkisch-Deutschen Universität, Istanbul. Der Aufsatz basiert auf einem Vorfall in Deutschland. Die Ausführungen können aber ohne weiteres auf Länder wie u.a. die Türkei und die Schweiz übertragen werden, welche die gleichen oder ähnlichen rechtliche Regelungen für Verzugszinsen und Verzugsschaden bei Geld- und Nichtgeldschulden vorsehen.

Çalışma SRH Hochschule Heidelberg Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesinde DAAD tarafından desteklenen misafir öğretim üyesi statüsünde bulunulduğum dönemde yaşanan ve örnek olarak verilen olay nedeniyle hazırlanmıştır. Makalede yer alan görüşler temerrüt faizi ve gecikme tazminatına ilişkin aynı veya benzer düzenlemelere sahip olan, örneğin Türk ve İsviçre ülke hukukları için de ileri sürülebilir. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesidir. zeytin@tau.edu.tr. 0090 216 333 34 22. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3316-4453>

dığı zararı, ancak bunu ispat etmek kaydı ile tazminat olarak talep edebilmektedir. Alacaklının peşin veya kısmi ön ödeme yaptığı ve borçlunun temerrüdü nedeniyle karşı edime sahip olmadığı hallerde, para borcu dışında edim alacaklısı tarafın nihayetinde finansal kayba uğradığı hallerde dahi, alacaklı için bir asgari tazminat öngörülmemiştir. Temerrüt faizi gibi asgari zararının tazmine yönelik bir alacak hakkı tanınmamıştır. İşte bu durum bu çalışmada eleştirilmektedir. Bu halde kanımızca para dışı edim alacaklısının kaybettiği finansal avantaj ile temerrüde düşen borçlunun kendisine yapılan kısmi ön ödeme veya peşin ödeme nedeniyle haksız olarak sahip olduğu finansal avantajın denkleştirilmesi gereklidir. Borçlunun temerrüdüne bağlanan bu farklı hukuki sonuçların neden olduğu eşitsizliğin giderilmesi için sinallagmatik sözleşme ilişkilerinde konusu para olmayan edim alacaklısının kısmen veya tamamen peşin ödeme yaptığı hallerde temerrüt faizi esas alınarak hesaplanacak bir kalemin asgari zarar kabul edilip tazmin edilmesi veya alacaklının tazminat talebinde hesaplanacak bu miktara kadar alacaklının ispat yükünden kurtarılması, tüketicinin korunması hukuk politikasının, sözleşmelerdeki eşitlik ve genel adalet duygusunun bir gereğidir.

Anahtar Kelimeler: *Borçlunun temerrüdü, para alacağı, para dışı alacak, temerrüt faizi, asgari temerrüt tazminatı*

**INTEREST AS A STANDARD FOR THE MINIMUM DEFAULT
DAMAGE TO THE CREDITOR OF A NON-REQUIREMENT - A
THOUGHT-INITIATION UNDER GERMAN LAW**

ABSTRACT

Whether from a contract or a legal provision, when a pecuniary obligation has not been fulfilled, the moratory and contractual interest that is determined by the contract or by legal provisions will arise. On the contrary, where the non-performed obligation is a debt other than money the creditor only has a claim against the debtor on the basis of "damages" in which case the creditor carries the burden of proof. If the creditor party has paid in cash or made a prepayment, yet the debtor did not fulfill his performance on time; even in the cases that the creditor is subjected to financial loss due to default of the debtor, there is no such claim for a minimum loss. In this scenario, the law does not set forth a claim in the manner of the aforementioned moratory interest. Hereby, our study aims to criticize this issue. From our standpoint, it is a necessary to create equalization between the deprived financial advantage of the creditor party and the unjust financial advantage of the debtor, when the creditor has a claim for a debt other than money and he has made prepayment or paid in cash to the debtor who did not fulfill his part on time. In order to resolve this imbalance, in synallagmatic contracts where the creditor has a claim for a debt other than money and fulfilled his pecuniary debt in cash or made a prepayment and the debtor did not fulfill his obligation on time; a type of compensation based on moratory interest shall be formed in favor of the creditor. This compensation should be calculated as if the minimum loss is an amount that is in the ratio of moratory interest or the burden to prove the loss shall be lifted from the creditor sum of this amount. This amendment is essential to preserve fundamental principles such as equality, justice and consumer protection and will benefit the current legal policy.

Keywords: *Default of the debtor, pecuniary claim, claims other than pecuniary debt, moratory interest, minimum delay damage compensation*

Handelt es sich bei der zu erbringenden Leistung um eine Geldschuld aus einer vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage und bleibt diese aus, wird ein Fälligkeits- oder Verzugszins nach einer vereinbarten oder gesetzlichen Höhe fällig und gilt somit als objektiver Mindestschaden. Ist der Gegenstand der Leistung jedoch ein anderer als eine Geldschuld und bleibt diese Leistung aus, wird nach den gesetzlichen Regelungen kein Mindestschaden fällig, auch dann nicht, wenn der Gläubiger Vorauszahlungen geleistet hat. Der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung durch den Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, darf einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen. Im Gegensatz dazu darf der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, dem wegen der Vorauszahlung ohne entsprechende Gegenleistung letztlich aber auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen, was in unverhältnismäßiger Weise gegen das Gleichheitsgebot und das Gerechtigkeitsgefühl im Leistungsstörungenrecht sowie den Gedanken des Verbraucherschutzes verstößt.

Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein. Ein Mindestschadenersatzanspruch oder eine Abschaffung der Beweispflicht sollte bei Verzug bzw. Fälligkeit der Nichtentgeltforderung eingeführt werden, um das Gleichgewicht und die Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis sowie den Zweck des Verbraucherschutzes zu gewährleisten, wenn der Gläubiger der Nichtentgeltforderung eine Vorauszahlung geleistet hat.

I. Einleitung

In der freien Marktwirtschaft der kapitalistischen Grundordnung ist es nicht zu übersehen, dass Erstere für die Gesellschaft in all ihren Belangen etwa im wirtschaftlichen Zuwachs, bei sozialrechtlichen Zuwendungen, bei Rechtsstaatlichkeit, bei Freiheiten und der Demokratiekultur von großer Bedeutung ist. Um dieser gerecht zu werden, werden auch rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit sind nur einige

Grundprinzipien, die der freien Marktwirtschaft zugutekommen. Jedoch gilt sie nicht unbegrenzt. Etwa steuerrechtlichen Vorschriften, Verbraucherschutzregelungen, anderen zwingenden Rechtsvorschriften und den Generalklauseln zur Nichtigkeit und Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte kann man eine Korrektur der freien Marktwirtschaft entnehmen. Solche Korrekturen dienen den anderen grundgesetzlichen und menschenrechtlichen Belangen der Gesellschaft und gewährleisten Gleichheit sowie Gerechtigkeit im weiteren Sinne und somit Rechtsstaatlichkeit.

Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein und sich verwirklichen. Die Vertragsparteien sind im Grunde genommen rechtlich gesehen gleichwertig und haben grundsätzlich gleiche Interessen, nämlich die Erfüllung der vertraglich oder gesetzlich einem Vertragspartner zustehenden Leistungen. Bleibt die Erfüllung einer Leistung aus, treten dann dazugehörige vertragliche oder gesetzliche Rechtsfolgen bzw. Ansprüche des jeweiligen Gläubigers gegen den Schuldner ein, der die zu erfüllende Leistung gemäß Vertrag oder Gesetz zu erbringen hat. Die Rechte stehen im Leistungsstörungsrecht grundsätzlich jedem Gläubiger zu und zwar unabhängig davon, ob er oder der Schuldner eine natürliche beziehungsweise juristische Person ist, oder ob er vermögend oder arm ist. Ein Unterschied zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten wird in manchen Belangen entsprechend den Erfordernissen des Geschäftslebens hingenommen und grundsätzlich nicht beanstandet.¹ So ist es etwa bei dem Fälligkeitszins unter Kaufleuten nach § 353 HGB.² Verbraucherrechte werden auch anerkannt und inzwischen weitgehend zugunsten der Verbraucher durchgesetzt.³

¹ Für Kritik wegen einer Ungleichbehandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten in Bezug auf das Zinsrecht siehe *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 59, 164 ff.; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), HGB, 3. Aufl., München 2015, § 353 Rn. 5; *Canaris*, in: Staub HGB Bd. 4, 4. Aufl. Berlin 2004, § 353 Rn. 6 f.

² vgl. *Pamp*, in: *Oetker* (Hrsg.) HGB 5. Aufl. München 2017, § 353 Rn. 1; *Kindler* (Fn.1), 1996, S. 34 u. 167; *Kindler*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.) HGB (Fn. 1), § 353 Rn. 1 ff.; *Canaris*, in: *Staub HGB (Fn. 1)*, § 353 Rn. 3, 5; *Klappstein*, in: *Heidel/Schall (Hrsg.)*, HGB 2. Aufl. Baden-Baden 2015, § 353 Rn. 1.

³ Vgl. *Podszun/Busch/Henning-Bodewig*, GRUR 2018, 1004 f.

Handelt es sich bei der zu erbringenden Leistung aber um eine Geldschuld aus einer vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlage und bleibt diese aus, wird ein Fälligkeits- oder Verzugszins nach einer vereinbarten oder gesetzlichen Höhe fällig und gilt somit als objektiver Mindestschaden. Die Erbringung eines Gegenbeweises ist ausgeschlossen. Ist der Gegenstand der Leistung jedoch ein anderer als eine Geldschuld, etwa bei einer Sachleistung durch Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung und bleibt diese aus, wird nach den gesetzlichen Regelungen kein Mindestschaden fällig. Gegebenenfalls muss der Gläubiger bei einer Nichtentgeltforderung seinen konkreten Verzugsschaden zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs beweisen. Eine Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten sowie Verbrauchern wird in Bezug auf den materiellrechtlichen Anspruch auf Verzugszinsen nicht vorgenommen.

Ein Beispiel⁴ dazu: Vor Ende der Fertigstellung eines Familienhauses wurde eine Einbauküche in Höhe von 15.000 Euro bestellt und eine Vorauszahlung von 10.000 Euro geleistet. Die Lieferzeit beträgt 8 Wochen. Die Einbauküche wurde nicht termingerecht geliefert. Das Familienhaus war fertig, wurde ohne Einbauküche bezogen und die Familie behalf sich in Ermangelung der Küche in dieser Zeit entgeltlich oder unentgeltlich vielfältig. Die Nachlieferung verzögerte sich um 5 Wochen. Der Besteller fragte sich, ob er einen Anspruch auf Schadenersatz gegen den Schuldner habe, weil der Lieferungstermin um 5 Wochen überschritten wurde. Diese Frage ist zu bejahen, wenn der Besteller durch den Verzug einen materiellen, in Geld messbaren Schaden erlitten hat und diesen beweisen kann. Wäre der Schuldner mit einer Geldzahlung um 5 Wochen in Verzug, dann hätte sein Gläubiger gegen ihn zumindest einen gesetzlichen Zinsanspruch, ohne dass er einen tatsächlichen Schaden hätte erleiden müssen und ohne, dass er diesen beweisen muss.

Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen des Verzugs werden hier beanstandet. Bei dem derzeitigen niedrigeren Basiszinssatz (0,88%) wirkt das Thema vielleicht nicht interessant. Jedoch ist nicht zu übersehen, dass es, wenn es sich um gesetzliche Verzugszinsen mit 4,12% und 8,12% bzw.

⁴ Der Vorfall geschah in Deutschland.

einen vereinbarten höheren Verzugszins handelt, zu nicht unerheblichen Beträgen führen kann.⁵ Es ist auch eine dogmatische Rechtsproblematik. Es kann hier, im vorliegenden Fall und auch in ähnlichen Fällen, dahingestellt bleiben, dass dem Gläubiger andere Rechtsbehelfe als die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs zustehen und den Gläubiger zudem eine Schadensvermeidungspflicht trifft, die abgesehen von gesetzlichen Konkretisierungen in Spezialgebieten wie dem Versicherungsrecht allgemein unter Berufung auf Treu und Glauben von der Rechtsprechung als Richterrecht von Fall zu Fall entwickelt wurde.⁶ Danach soll der Geschädigte im Rahmen des von einem vernünftigen und sorgfältigen Menschen zu Erwartenden dazu beitragen, dass der Schaden nicht unnötig groß wird. Um den Gedanken der Beanstandung zu untermauern, werden unten die betroffenen gesetzlichen Regelungen und Grundsätze entsprechend dem Untersuchungszweck kurz dargestellt und anschließend wird eine Bewertung im Fazit abgegeben.

II. Begünstigungen der Gläubiger einer Entgeltforderung anhand von Zinsregelungen

a. Allgemeines

Obwohl eine Vielzahl zinsbezogener Normen vorhanden ist, fehlt es an einem gesetzlich definierten Zinsbegriff und somit an einem einheitlichen Zinsbegriff.⁷ Nach der heute gebräuchlichen Definition, die von *Canaris*⁸ in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung mitentwickelt wurde, sind Zinsen eine gewinn- und umsatzunabhängige, laufzeitabhängige, in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu entrichtende Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs von Kapital.⁹ Der Zins wird

⁵ *Ernst*, MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. München 2016, § 288 Rn. 3a.

⁶ *Lorenz*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 01.08.2018/47. Edt., § 254, Rn. 30.

⁷ *Heermann*, in: Gernhuber (Hrsg.) Handbuch des Schuldrechts, Geld und Geldgeschäfte, Bd. 10, Tübingen 2003, § 4 Rn. 11 ff.; *Toussaint*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 246 Nr. 7.

⁸ *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892.

⁹ *Omlor*, in: SatudingerBGB Geldrecht, Buch 2, Berlin 2016, § 246 Rn. 23;

aber generell als eine laufzeitabhängige Vergütung¹⁰ für die zeitweilige Überlassung von Geldbeträgen verstanden.¹¹ Hauptmerkmale sind dabei die Laufzeitabhängigkeit und die prozentuale Berechnung aus einem zeitweilig überlassenen Kapital aus Geld oder anderen vertretbaren Sachen.¹² Auch einmalige Zahlungen oder Abzüge vom ausgezahlten Kapital können Zinsen sein.¹³ Unumstritten ist, dass die Zinsschuld in vielen Fällen nur eine sich zeitabhängig erneuernde Nebenpflicht und in der Entstehung, im Fortbestand und in der Beendigung grundsätzlich von der Hauptpflicht abhängig ist. Jedoch ist die Zinsschuld nach der Entstehung selbstständig, so dass sie allein abtretbar und pfändbar ist und gesondert eingeklagt werden kann.¹⁴

Einen allgemeinen Zinsanspruch gibt es nicht, obwohl §§ 246 und 247 BGB die Zinshöhe bei gesetzlichen oder vertraglichen Zinsansprüchen regeln.¹⁵ Die Normen begründen keinen Zinsanspruch, sondern bestimmen nur die Höhe des Zinsanspruchs, der nach anderen Normen oder kraft

Toussaint, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 6), § 246 Nr. 12; *Grundmann*, in: MünchKommBGB, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015, § 246 Rn. 4; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 01.08.2018/47. Edition, § 246 Rn. 1; *BGH NJW* 2014, 2420, 2424.

¹⁰ Versteht man den Zins als den Preis für die Überlassung von Vermögenswerten, können dann auch Mieten und Pacht gelegentlich als Zinsen in diesem Sinne angesehen werden, die auch fortlaufend entrichtet werden.

¹¹ *Schulze*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Baden-Baden 9. Auflage, 2017, § 246 Rn. 3; *Berger*, in: Jauernig Kommentar zum BGB 17. Aufl. München 2018, § 246 Rn. 2; *Canaris*, NJW 78, 1892; *BGH NJW* 79, 806; *BGH NJW-RR* 92, 592.

¹² *Heermann*, in: Gernhuber (Hrsg.) (Fn. 6), § 19 Rn. 3; *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 4; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn. 8), § 246 Rn. 1; *BGH NJW* 2014, 2420 (2424).

¹³ *Schulze* (Fn. 10), § 246 Rn. 3; *Omlor*, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 32; *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn.8), § 246 Rn. 1; *Canaris NJW* 1978, 1891 (1893).

¹⁴ *Grothe*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.) (Fn. 8), § 246 Rn. 5; *Berger*, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 5.

¹⁵ *Toussaint*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 6), § 246 Rn. 1 u. 23 m. w. Hinw. in Fn. 48; *Grundmann*, in: MünchKommBGB (Fn.8), § 246, Rn. 1.

Vereinbarung begründet ist, und auch nur dann, soweit keine abweichende Norm oder Vereinbarung zur Zinshöhe eingreift.¹⁶ § 246 BGB verlangt das Bestehen einer grundsätzlich verzinslichen Schuld, bei der es sich nicht unbedingt um eine Geldschuld handeln muss.¹⁷

Als allgemeiner Zinsanspruch kann zum einen derjenige auf Fälligkeit zins unter Kaufleuten nach § 353 HGB angesehen werden, der außer der Fälligkeit keine weiteren Anforderungen zur Anspruchsbegründung voraussetzt.¹⁸ Gesetzliche Zinsen werden nach dem Bürgerlichen Recht erst vom Zeitpunkt des Verzugseintritts (§§ 286, 288 Abs. 1 BGB) oder der Rechtshängigkeit (§ 291 BGB) an geschuldet. Sie stellen somit keine allgemeine Zinsregel dar, obwohl sie alle Geschäfte nach BGB und HGB erfassen.¹⁹ Sie setzen nämlich zur Anspruchsbegründung weitere Anforderungen voraus, etwa bei Nichtzahlung innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung (§ 286 Abs. 3 BGB). Abgesehen von gesetzlichen Anforderungen zum Verzug, insbesondere der Mahnung (§§ 286, 288 BGB) kann man in der Verzugszinsregelung auch einen allgemeinen Zinsanspruch sehen, wenn ein Verzugszins bei Fälligkeit der Forderung entsteht (§ 286 Abs. 2 BGB).²⁰ So ist es etwa bei den genannten Ausnahmefällen nach § 286 Abs. 2 BGB,²¹ wonach es für den Verzug und somit den Verzugszins außer der Fälligkeit keiner Mahnung bedarf. Der Anspruch auf Verzugszinsen steht dem Gläubiger der Entgeltforderung neben dem darüberhinausgehenden Verzugsschadenanspruch zu. Dem Gläubiger einer Nichtentgeltforderung steht hingegen kein Anspruch auf Verzugszinsen zu, sondern nur ein Anspruch auf Verzugsschaden, der grundsätzlich entstanden und bewiesen werden muss.

¹⁶ Omlor, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 1, 12 ff. Berger, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1; Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 1.

¹⁷ Omlor, in: StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 74.

¹⁸ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 15; vgl. BGH, NJW 2018, 2197 (2198).

¹⁹ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 15.

²⁰ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 20.

²¹ Grundmann, in: MünchKommBGB (Fn. 8), § 246, Rn. 22; Grundmann, AcP 204 (2004), 569.

b. Zinshöhe und Verzugszinsen

Die Regelung des gesetzlichen Zinssatzes nach § 246 BGB, der nur subsidiär eingreift, hat als Bezugsgröße für die Zinshöhe erheblich an Bedeutung eingebüßt, weil die eigenständige Regelung des Verzugszinses (§§ 288, 291, 497 BGB) mit dem periodisch anzupassenden Basiszinssatz (§ 247 BGB) vorrangig zur Geltung kommt.²² Der Basiszinssatz (3,62% nach 247 Abs. 1 BGB) passt sich seit Inkrafttreten des SchRModG zum 1.1.2002 halbjährlich jeweils zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres an. Den Maßstab für den Basiszinssatz liefert der Zinssatz der Europäischen Zentralbank für Hauptfinanzierungsgeschäfte. Die Deutsche Bundesbank gibt den geltenden Basiszinssatz unverzüglich im Bundesanzeiger bekannt, was nur deklaratorische Bedeutung hat.²³ Die Höhe des Zinssatzes richtet sich entweder nach der Vereinbarung der Parteien oder nach dem Gesetz. Der Basiszinssatz nach § 247 BGB liegt derzeit (seit 1.7.2018 geltend) bei 0,88% per anno. Verzugszinssätze nach § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB liegen aktuell somit bei 4,12% und 8,12%.

Ist der Schuldner einer Geldschuld²⁴ im Verzug, hat der Gläubiger als Verzugsfolge einen Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 BGB.²⁵ Gegebenenfalls dient der Zinsanspruch als Präventionsgedanke, dass der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten wird und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder Verweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden.²⁶ Gemäß dem gesetzlichen Zinssatz nach § 288 BGB i.V.m. § 247 Abs. 1, 2 BGB steht dem Gläubiger ein objektiver pauschalierter Mindestschaden²⁷ als Ersatz zu, unabhängig davon, ob ihm tatsächlich ein entsprechender Schaden durch Verzug zugefügt wurde.²⁸ § 288 Abs. 1 BGB stellt somit eine eigenständige Anspruchs-

²² *Omlor*, StaudingerBGB (Fn. 8), § 246 Rn. 12 ff.; *Berger*, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1.

²³ *Berger*, in: Jauernig BGB (Fn. 10), § 246 Rn. 1.

²⁴ *Löwisch/Feldmann*, in: StaudingerBGB, Buch 2, 2009, § 288 Rn. 6.

²⁵ *Löwisch/Feldmann*, in: StaudingerBGB (Fn. 23), § 288 Rn. 1.

²⁶ BT-Drucks. 14/1246 S. 5 zu Art. 1 Nr. 1, S. 10 f.; BGHZ 94, 333.

²⁷ *Huber*, Handbuch des Schuldrechts Leistungsstörungen Bd. 2 1999, S. 45.

²⁸ *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-

grundlage zur Verfügung unabhängig von den allgemeinen Voraussetzungen für den Schadenersatzanspruch wegen der Leistungsverzögerung.²⁹ Der maßgebliche Schaden liegt in der Vorenthaltung des Geldwertes. Die Regelung lässt keinen Gegenbeweis dahingehend zu, dass dem Gläubiger tatsächlich kein oder ein niedriger Schaden entstanden ist, abgesehen von den Ausnahmen nach § 497 Abs. 1 S. 2 BGB für den Verbraucherdarlehensvertrag.³⁰ Im Weiteren ist der Gläubiger nach Art. 288 Abs. 4 BGB jedenfalls berechtigt, Ersatz für einen über die Verzugszinsen hinausgehenden Zinsschaden geltend zu machen. Der Anspruch auf Verzugszinsen fällt darüber hinaus sogar auch dann nicht weg, wenn der Gläubiger aufgrund eines Mehrerlöses aus einem Deckungsverkauf im Ergebnis sogar einen Vermögensvorteil durch den Verzug erzielt hat.³¹

Durch das Gesetz vom 22.7.2014 (BGBl. Jahr 2014, I 1218)³² wurde eine neue Regelung in § 288 Abs. 6 BGB eingeführt, wonach eine im Voraus getroffene Vereinbarung, die den Anspruch des Gläubigers einer Entgeltforderung auf Verzugszinsen ausschließt, unwirksam ist, es sei denn, dass der Schuldner der Entgeltforderung Verbraucher ist.³³ Ein nachträglicher Verzicht auf Verzugszinsen ist nach wie vor zum Zweck der gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits zugelassen.³⁴

c. Zinspauschale

Durch dasselbe Gesetz vom 22.7.2014 wurde eine neue Regelung über

BGB, 8. Aufl. 2017, § 288 Rn. 4; *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288 Rn. 4; *BAG (GS)*, NZA 2001, 1195 ff.; *BGH NJW-RR* 2012, 373, 374.

²⁹ *Schulte-Nölke*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), *NomosKommBGB*, 2. Aufl. Baden-Baden 2012, § 288 Rn. 3.

³⁰ *Stadler*, in: Jauernig BGB 17. Aufl. München 2018, § 288, Rn. 2.

³¹ *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 4.1.

³² Diese Neuregelungen dienen der Umsetzung der RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), ABl. 2011 L 48, ABLEU Jahr 2011 L Seite 1 (Zahlungsverzugs-RL).

³³ *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 35, 36; *Schulze* (Fn. 10), § 288 Rn. 7b; *Stadler*, in: Jauernig BGB (Fn. 29), § 288, Rn. 11.

³⁴ *Lorenz*, BeckOK BGB (Fn. 5), § 288, Rn. 14.

den Anspruch des Gläubigers auf eine Kostenpauschale eingeführt. Nach § 288 Abs. 5 BGB steht dem Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzug des Schuldners - wenn dieser kein Verbraucher ist - ferner auch ein Anspruch auf Zahlung einer Pauschale in Höhe von 40 Euro zu. Der Anspruch besteht auch, wenn es sich bei der Entgeltforderung um eine Abschlagszahlung oder sonstige Ratenzahlung handelt.³⁵ Die Pauschale stellt neben den Verzugszinsen eine weitere gesetzliche Form des Verzugschadens dar.³⁶ Der Zahlungsverzug soll dadurch bekämpft werden, dass der Schaden des Gläubigers, der sich durch eine kostenträchtige Rechtsverfolgung ergibt, ausgeglichen wird. Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadenersatz anzurechnen, soweit der Schaden in Kosten der Rechtsverfolgung³⁷ begründet ist. Auf einen Anspruch auf Ersatz von Verzugschaden, der nicht die Rechtsverfolgungskosten betrifft, ist die Pauschale aber nicht anzurechnen. Somit scheint es richtig, den Anspruch auf die Pauschale als Strafschadenersatz/Privatstrafe einzuordnen.³⁸ In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird aber teilweise angenommen, dass durch den Verzug erzielte Vorteile (etwa im Falle eines Mehrerlöses aus einem Deckungsverkauf) anzurechnen sind.³⁹ Vereinbarungen, welche den Anspruch auf Zahlung der Kostenpauschale oder auf Ersatz von als Verzugschaden ersetzbaren Rechtsverfolgungskosten ausschließen oder beschränken, sind nach § 288 Abs. 6 S. 2 BGB ebenfalls unwirksam, wenn sie grob unbillig sind. Nach S. 3 wird allerdings bei einem vollständigen Ausschluss die grobe Unbilligkeit widerlegbar vermutet. Diese die Privatautonomie beschränkende Regelung,

³⁵ Diese Vorschrift dient zum Teil auch der Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35).

³⁶ *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 4

³⁷ Der *BGH* (III. Zivilsenat), Beschl. v. 18.1.2018 – III ZR 174/17 (EuZW 2018, 252) hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob ein Pauschalbetrag auf vorgegerichtliche Rechtsanwaltskosten anzurechnen sei. Dem EuGH wird gem. Art. 267 AEUV diese Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt.

³⁸ *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 29.

³⁹ *KG Berlin* v. 26.09.2017 - 21 U 73/17; a.A. *Seichter*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.) (Fn. 27), § 288 Rn. 22.1.

welche die Abbedingung einer Kostenpauschale nicht zulässt, gilt nicht, wenn der Schuldner der Entgeltforderung ein Verbraucher ist.⁴⁰

III. Gleichheitsgebot, Rechtsstaatlichkeit und Recht auf ein faires Verfahren

Natürlich ist es dem Gesetzgeber überlassen, wie er die Interessen der Betroffenen rechtlich ausgestaltet. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, Menschenrechte und das Grundgesetz sowie die subjektiven und öffentlichen wirtschaftlichen Interessen sind dabei zu beachten. Auf diese oder andere ist hier nicht näher einzugehen. Lediglich die Ausführungen des Verfassungsgerichts sollen wiedergegeben werden, soweit es sich verpflichtet sieht, seine Korrekturfunktion einzusetzen: Die Auslegung und Anwendung des Bürgerlichen Rechts obliegt grundsätzlich den Fachgerichten. Regelmäßig ist es nicht Sache des BVerfG, den Zivilgerichten vorzugeben, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben.⁴¹ Die Schwelle eines Verstoßes gegen das Verfassungsrecht, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der betroffenen Grundrechte beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet.⁴²

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, sind die Rechtspositionen der Gläubiger einer Entgeltforderung und Nichtentgeltforderung in Bezug Verzugsfolgen materiell- und verfahrensrechtlich nicht gleichwertig geregelt, was in unverhältnismäßiger Weise gegen das Gleichheitsgebot und das Gerechtigkeitsgefühl im Leistungsstörungenrecht verstößt. Betrachtet man auch den Zweck der Verbraucherschutzregelungen, die Vertragsparteien in ihrer Rolle als Verbraucher beziehungsweise Konsumenten von Gütern oder Dienstleistungen gegenüber Unternehmen schützen sollen, stellt die Forderung, das Unrecht in Verzugsfolgen zu beseitigen,

⁴⁰ Lorenz, BeckOK BGB (Fn. 5), § 288, Rn. 13, 16; Stadler, in: Jauernig BGB (Fn. 29), § 288, Rn. 12.

⁴¹ vgl. BVerfGE 129, 78 = NJW 2011, 3428.

⁴² BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, 46.

nicht nur einen rechtspolitischen Korrekturwunsch, sondern eine rechtspolitisch berechnete Verpflichtung dar.

Art. 6 EMRK regelt das Recht auf ein faires Verfahren als selbständiges Menschenrecht.⁴³ Die Norm sieht eine positive Handlungspflicht der Konventionsstaaten vor, die darin besteht, dass die Konventionsstaaten ihre Justiz so einzurichten haben, dass die Gerichte allen Anforderungen von Art. 6 EMRK entsprechen können.⁴⁴ Die Vorschrift enthält wichtige Verfahrensgrundsätze insbesondere für strafrechtliche Streitigkeiten, so dass sie im Strafrecht von erheblicher Bedeutung ist. Sie gilt aber auch - wie ausdrücklich geregelt - für zivilrechtliche Streitigkeiten. Das Recht auf ein faires Verfahren wird als allgemeines Prozessgrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet.⁴⁵ Als Teil des Rechts auf ein faires Verfahren wird es als Prinzip der Waffengleichheit angesehen.⁴⁶ Der Grundsatz der Waffengleichheit ist zentraler Bestandteil des Fairnessgebots des Art. 6 Abs. 1 EMRK und bildet gleichzeitig eine besondere Ausprägung des Gleichheitssatzes.⁴⁷ Danach müssen die im Verfahren sich gegenüberstehenden Beteiligten gleichwertige Möglichkeiten haben, auf die Entscheidungsfindung einzuwirken.⁴⁸ Ein wirksamer Schutz materieller Rechte ist nämlich nur dann möglich, wenn über ihre Reichweite und ihre Verletzung die unparteiische Entscheidung eines unabhängigen Gerichts aufgrund eines fairen

⁴³ *Valerius*, BeckOK StPO, 01.06.2018/30. Edt., EMRK Art. 6, Rn. 1.

⁴⁴ *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK 4. Aufl. Baden-Baden 2017, EMRK Art. 6, Rn. 1-3.

⁴⁵ BVerfGE 57, 250 (274) = NJW 1981, 1719 (1722); BVerfGE 110, 339 (342) = NJW 2004, 2887; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, EMRK (Fn. 43) EMRK 6. Rn. 89; *Valerius*, BeckOK StPO (Fn. 42) EMRK Art. 6 Rn. 1.1.

⁴⁶ BVerfGE 38, 105 (111) = NJW 1975, 103; BVerfGE 110, 226 (253) = NJW 2004, 1305 (1308).

⁴⁷ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. München 2016, § 24. Rn. 67.

⁴⁸ *Esser*, in: *Löwe/Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz/EMRK/IPBPR, Bd. 11, 26. Aufl. Berlin 2012, EMRK Art. 6 Rn. 204; *Paeffgen*, in: *Wolter* (Hrsg.) SK-StPO Art. 1-8 EMRK, Bd. X, 5. Aufl. Köln 2017, Art. 6 Rn. 79; *Pache*, EuGRZ 2000, 601 (604).

Verfahrens herbeigeführt werden kann.⁴⁹ Von einem fairen Verfahren bei Streitigkeiten in Bezug auf Rechtsfolgen beim Verzug eines Schuldners einer Entgeltforderung einerseits und einer Nichtentgeltforderung andererseits kann nicht gesprochen werden, wenn der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung vom Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen darf, während der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, dem wegen der Vorauszahlung ohne entsprechende Gegenleistung auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen darf.

Es wird hier nicht die Vereinbarung zwischen Privatpersonen als Grundrechtsträger in Frage gestellt, was die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bzw. Menschenrechte im Privatrecht zu diskutieren rechtfertigen würde.⁵⁰ Es handelt sich hier vielmehr um die Frage nach der unmittelbaren Wirkung der Grundrechte unter Privatpersonen im Privatrecht.⁵¹ Die Auswirkungen der Verzugsregelung haben nämlich im Privatrecht unter Privatpersonen und vor allem im Verbraucherrecht verfassungsrechtlich zu beanstandende unterschiedliche Folgen.⁵²

⁴⁹ Valerius, BeckOK StPO (Fn. 42), EMRK Art. 6 Rn. 1.1.

⁵⁰ Vgl. Armbrüster, MünchKommBGB, BGB § 134 Gesetzliches Verbot, München 8. Aufl. 2018, BGB § 134 Rn. 33,34; Kainer, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, 894 ff.

⁵¹ Vgl. Jarras, Jarass GrCh EU-Grundrechte-Charta, München 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 31, 33, 37.

⁵² EuGH, C-236/09 – Test-Achats, Slg.2011, I-773 Rn.32 f.; Herresthal, ZEuP 2014, 270 f.; Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte unter Privatpersonen ist nur von didaktischer Bedeutung. Der von Canaris entwickelten Integration der Drittwirkungslehre in das Konzept staatlicher Schutzpflichten sei zu folgen. Danach sei der Zivilrichter wegen seiner Grundrechtsbindung verpflichtet, im Rahmen seiner Kompetenzen durch eine grundrechtskonforme Auslegung und ggf. Fortbildung des einfachen Rechts Schutz zu gewähren. Dies bedeute z.B., dass nicht der Arbeitgeber, der einem Bhagwan-Jünger kündigt, gegen Art. 4 GG verstöße, sondern unter Umständen der Richter, der im Prozess verkenne, dass eine derart begründete Kündigung dem Grundrechtsschutz zuwiderliefe. Diese

IV. Fazit

Es mag sein, dass bei dem derzeitigen niedrigen Basiszinssatz (0,88%) das Thema nicht interessant wirkt.⁵³ Jedoch ist nicht zu übersehen, dass es zu nicht unerheblichen Beträgen führen kann, wenn es sich um gesetzliche Verzugszinsen mit 4,12% und 8,12% bzw. einen vereinbarten höheren Verzugszins handelt. Insbesondere für die Länder der globalisierten Welt, in denen Basiszinsen und somit auch Verzugszinsen hoch sind, ist die Problematik von großer Bedeutung.

Ferner handelt es sich meines Erachtens auch um eine dogmatische Rechtsproblematik. Dem Schuldner einer Entgeltforderung können durch die Zinsregelung unwiderlegbar vermutete finanzielle Vorteile im Falle des Schuldnerverzugs durch Verzugszinsregelung als Mindestschaden entzogen werden. Im Gegensatz dazu können unwiderlegbar vermutete finanzielle Vorteile, die durch eine volle oder teilweise Vorauszahlung des Entgelts bei dem Schuldner der Nichtentgeltforderung (Gläubiger) im Falle seines Verzugs entstehen, durch eine entsprechende Regelung nicht entzogen werden. Dem Gläubiger der Nichtentgeltforderung muss Schaden entstehen und er muss ihn auch beweisen. Diese Ungleichbehandlung steht auch dem Grundsatz "nemo auditur turpitudine sua allegans" (niemand darf zu seinen Gunsten auf eigenes unrechtmäßiges Vorverhalten berufen) entgegen. Im letzten Fall genießt der Gläubiger der Nichtentgeltforderung materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich keine Sonderstellung wie der Gläubiger einer Entgeltforderung bei Verzugsfolgen im Leistungsstörungenrecht. Das Leistungsstörungenrecht sollte einen gerechten Ausgleich zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Parteien und deren Interessen im Hinblick auf die eingetretene Störung herstellen.⁵⁴ Es handelt sich dabei auch nicht etwa um einen Ersatz der fiktiven Mangelbeseitigungskosten, deren Ersatz bisher nach

somit begründete Ansicht kann aber die Frage nicht beantworten, welcher Grundrechtsverpflichtete gegen Grundgesetz bzw. Menschenrechte verstößt, wenn der Zivilrichter als Grundrechtsverpflichteter den Grundrechtsverstoß nicht erkennt.

⁵³ Zum Thema des negativen Basiszinssatzes nach § 247 BGB siehe *Coen*, NJW 2012, 3329 ff; *Ernst*, MünchKommBGB (Fn. 3), § 288, Rn. 3a.

⁵⁴ *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, Berlin 2008, § 1 Rn. 6; *Huber*,

ständiger Rechtsprechung im Rahmen des Anspruchs auf Schadenersatz statt der Leistung bei Werkverträgen⁵⁵ und Kaufverträgen⁵⁶ unabhängig davon verlangt werden kann, ob sie tatsächlich durch die Mangelbeseitigung entstanden sind oder nicht.⁵⁷ Vielmehr geht es hier um eine Vorteilsabschöpfung durch den Mindestschadenersatzanspruch des Gläubigers der Nichtentgeltforderung im Leistungsstörungenrecht. § 288 Abs. 1 BGB will ausnahmsweise dem Gläubiger einer Geldschuld Verzugszinsen ohne Nachweis eines Schadens gewähren. Eine Übertragung dieser Ausnahmeregelung auf andere Verpflichtungen, die mittelbar die Verschaffung von Geld zum Gegenstand haben, sei nicht begründet,⁵⁸ stellt keinen Grund dar, dem Gläubiger einer Nichtentgeltforderung vergleichsweise Erleichterungen bei der Geltendmachung seines Schadenersatzanspruchs im Falle des Verzugs des Schuldners der Nichtentgeltforderung nicht zuerkennen. Der Zweck der Verzugsregelung und des Präventionsgedankens gebieten es nämlich im Blick auf Gleichheit und Gerechtigkeit im synallagmatischen Vertragsverhältnis und zum Zweck des Verbraucherschutzes. Was ersetzbarer Schaden ist, ist auch ein wandelbarer und normativer Begriff, der sich nach dem zivilrechtlichen Regelungszweck orientiert.⁵⁹

Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen Bd. 1 Tübingen 1999, S. 29; Lobinger, Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, Tübingen 2004, S. 192.

⁵⁵ *BGH*, NJW 2013, 370; NJW 2007, 2697; NJW 1987, 645.

⁵⁶ *BGH*, NJOZ 2016, 1793; NJW 2015, 468 mit Hinw. auf *BGH*, NJW 2012, 2793.

⁵⁷ Der *BGH* hat mit Urteil vom 22.2.2018 seine Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Wege des Schadenersatzes statt der Leistung (sog. kleiner Schadenersatz) für Werkverträge aufgegeben und selbst darauf hingewiesen, dass sich diese neue Rechtsprechung auf das Kaufrecht nicht übertragen lässt, weil es sich um eine genuin werkvertragliche Argumentation handele, aus der sich nichts für die Anwendbarkeit auf kaufrechtliche Fallkonstellationen ableiten lasse. Siehe dazu *Heinemeyer*, NJW 2018, 2441 ff.

⁵⁸ *Löwisch/Feldmann*, in: *StaudingerBGB* (Fn. 23), § 288 Rn. 11.

⁵⁹ *Lange*, Handbuch des Schuldrechts, Schadenersatz Bd.1, 2. Aufl. Tübingen 1990, S. 39 f.

Das Recht auf ein faires Verfahren ist ein selbstständiges *Menschenrecht*, weil ein wirksamer Schutz materieller Rechte nur möglich ist, wenn über ihre Reichweite und ihre Verletzung die unparteiische Entscheidung eines unabhängigen Gerichts aufgrund eines fairen Verfahrens herbeigeführt werden kann.⁶⁰ Von einem fairen Verfahren im Zivilrecht kann nicht gesprochen werden, wenn der Verzug des Schuldners je nach Art der geschuldeten Leistung (Geld-, Sach- oder Dienstleistung) unterschiedliche Rechtsfolgen hat, zumal der Wert der nicht geleisteten Sach- bzw. Dienstleistung in Geld messbar ist und deren Schuldner eine Geldzahlung als Gegenleistung erhalten hat. Für einen entstandenen Verzugsschaden eine unbegründete Beweispflicht für den Anspruch des Gläubigers der Nichtentgeltforderung gegebenenfalls zu fordern, verstößt gegen das Recht auf ein faires Verfahren, zumal der Gläubiger als Verbraucher die vereinbarte Zahlung als Gegenleistung im Voraus teilweise oder komplett erbracht hat und der Schuldner der Nichtentgeltforderung mögliche Vorteile daraus erzielen kann.

Der Zinsanspruch und die Zinspauschale dienen dem Präventionsgedanken, wonach der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten ist und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder der Zahlungsverweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden. Warum sollte dieser Präventionsgedanke nicht auch bei Leistungsstörungen der Nichtentgeltforderung zur Anwendung kommen? Es kann sein, dass ein derartiger Mindestschadenanspruch des Gläubigers einer Nichtentgeltforderung bei Fälligkeit und Verzug in Höhe von einer gesetzlichen Zinspflicht bei Schuldnern bzw. Verkäufern und meist gewerblichen Verkäufern zu einer höheren finanziellen Belastung führt. Dies ist aber gerecht und hinnehmbar, insbesondere dann, wenn im konkreten Fall eine Vorauszahlung vorgenommen wurde. Gegebenenfalls verfügt der Schuldner der Nichtentgeltforderung ja bereits über das Entgelt und damit auch über mögliche finanzielle Vorteile, obwohl dieser selbst seine Leistungspflicht nicht erfüllt hat.

Es mag sein, dass die unterschiedliche Regelung zwischen Geldschuld und Nichtgeldschuld damit zu rechtfertigen ist, dass die Geldschuld und

⁶⁰ Esser, in: Löwe/Rosenberg (Fn. 47), EMKR Art. 6, Rn. 2.

die Sachleistung mit Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung nicht gleiche Größen sind und Geld als eine Austauschwährung allgemein einsetzbar und gegenwärtig ist. Jedoch ist der Wert der zu erbringenden Sachleistung mit Eigentumsübertragung oder Nutzungsüberlassung in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis auch in Geld messbar und entspricht konkret der Höhe des vereinbarten Entgelts. Insbesondere führt der Verzug des Schuldners einer Nichtentgeltforderung in Fällen, in denen der Käufer Vorauszahlungen geleistet hat, zu einer nicht vertretbaren Ungleichbehandlung im Leistungsstörungenrecht. Somit stellt er einen Verstoß gegen Grundsätze des Gleichheitsgebots – und wenn man die Beweispflicht in Betracht zieht – eines fairen Verfahrens und der Waffengleichheit im Zivil- und Zivilprozessrecht dar, was in meisten Fällen den Verbrauchern benachteiligt.

Betrachtet man auch die rechtspolitische Forderungen des Verbraucherschutzes, welche die Benachteiligungen des Verbrauchers als Konsumenten von Gütern oder Dienstleistungen gegenüber den Unternehmen als Waren und Dienstleistungsanbietern zu beseitigen sind, stellt die Beseitigung dieser unterschiedlichen Verzugsfolgen nicht nur eine allgemeine berechnete rechtspolitische Forderung gegenüber Gesetzgeber, sondern auch gegenüber Rechtsanwendern dar.

Meines Erachtens ist hier vertretbar, dass Gläubiger einer Nichtentgeltforderung einen Mindestschadenersatzanspruch gegen den Schuldner bei dessen Verzug geltend machen können, ohne dass sie tatsächlich einen Schaden erlitten haben oder ihn beweisen müssen. Der Umfang des Mindestschadenersatzanspruchs richtet sich nach der geleisteten Vorauszahlung und der gesetzlichen Verzugszinshöhe. Voraussetzung sollte dafür sein, dass der Gläubiger der Sach- und Dienstleistung bereits eine teilweise oder komplette Vorauszahlung geleistet hat. Dies würde auch dazu dienen, das Gleichgewicht und die Gerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis zu schaffen und dem Schutz des Verbrauchers gegenüber den Waren- und Dienstleistungsanbietern zu gewährleisten. Dies kann durch eine Änderung oder Ergänzung der Regelungen der Verzugsfolgen oder der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung erreicht werden, was in ers-

ter Linie eine berechtigte rechtspolitische Forderung gegenüber dem Gesetzgeber scheint. Wie dies aber im konkreten Fall geschehen sollte, ist dem Gesetzgeber überlassen. Eine höchstrichterliche Lösung zu dem Problem ist ebenso zum Zweck des Verbraucherschutzes denkbar, ob und wie sie materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich ausfiele, bleibt abzuwarten.

ZUSAMMENFASSUNG

In der freien Marktwirtschaft der kapitalistischen Grundordnung ist es nicht zu übersehen, dass Erstere für die Gesellschaft in all ihren Belangen etwa im wirtschaftlichen Zuwachs, bei sozialrechtlichen Zuwendungen, bei Rechtsstaatlichkeit, bei Freiheiten und der Demokratiekultur von großer Bedeutung ist. Um dieser gerecht zu werden, werden auch rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit sind nur einige Grundprinzipien, die der freien Marktwirtschaft zugutekommen. Jedoch gilt sie nicht unbegrenzt. Etwa steuerrechtlichen Vorschriften, Verbraucherschutzregelungen, anderen zwingenden Rechtsvorschriften und den Generalklauseln zur Nichtigkeit und Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte kann man eine Korrektur der freien Marktwirtschaft entnehmen. Gleichheit sowie Gerechtigkeit sollten auch in einem synallagmatischen Vertragsverhältnis vorhanden sein

Der Gläubiger einer Entgeltforderung, dem wegen der Vorenthaltung der Geldzahlung durch den Schuldner die finanziellen Vorteile entgehen, darf einen Mindestschaden in Höhe der gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszinsen geltend machen. Der Anspruch auf Verzugszinsen steht dem Gläubiger der Entgeltforderung neben dem darüberhinausgehenden Verzugsschadenanspruch zu. Ist der Schuldner einer Geldschuld im Verzug, hat der Gläubiger als Verzugsfolge einen Anspruch auf Verzugszinsen als ein objektiver pauschalierter Mindestersatzschaden zu, unabhängig davon, ob ihm tatsächlich ein entsprechender Schaden durch Verzug zugefügt wurde und er dies beweisen muss. Verzugszinsanspruch dient dem Präventionsgedanke, dass der Schuldner zur alsbaldigen Erfüllung angehalten wird und ihm die aus der Zahlungsverzögerung oder Verweigerung typischerweise entstehenden finanziellen Vorteile entzogen werden.

Im Gegensatz dazu darf der Gläubiger einer Nichtentgeltforderung, der eine Teilzahlung oder Vollzahlung ohne entsprechende Gegenleistung durch den Schuldnerverzug vorgeleistet hat und ihm dadurch letztlich auch finanzielle Vorteile entgehen, keinen Mindestschaden geltend machen. Er kann dann einen Anspruch auf den Verzugsschaden geltend machen, falls ihm ein konkreten Verzugsschaden entstanden ist und bewiesen wird.

Diese unterschiedliche Regelung zwischen den Verzugszinsen bei Geldschulden und den Verzugsschaden bei Nichtentgeltforderung mit teilweisen oder vollen Vorauszahlungen des Entgelts verstößt nicht nur gegen das Gleichheitsprinzip im Vertragsrecht, sondern verbraucherrechtlich und beweisrechtlich insbesondere in Bezug auf Waffengleichheit zu beanstanden. Dies Unrecht kann durch eine Änderung oder Ergänzung der Regelungen der Verzugsfolgen oder der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung beseitigt werden, was in erster Linie eine berechtigte rechtspolitische Forderung gegenüber dem Gesetzgeber scheint. Wie dies aber im konkreten Fall geschehen sollte, ist dem Gesetzgeber überlassen. Eine höchstrichterliche Lösung zu dem Problem ist ebenso zum Zweck des Verbraucherschutzes denkbar, ob und wie sie materiellrechtlich oder verfahrensrechtlich ausfiele, bleibt abzuwarten.

ÖZET

Liberal bir sistemde serbest piyasa ekonomisinin toplumun gelişmesine yönelik olarak her alanda önemli rol oynadığı yadsınmaz: Serbest piyasa ekonomisinin ekonomik büyümede, sosyal yardım faaliyetlerinde, hukuk devletinde, özgürlükler konusunda ve demokrasi kültürünün gelişmesinde bu rolünü oynayabilmesi için de gerekli olan hukuki altyapı sağlanmıştır. İrade özerkliği, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, sözleşme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, çalışma özgürlüğü gibi temel hak ve ilkeler serbest piyasa ekonomisine hizmet etmektedir. Ancak serbest piyasa ekonomisi de sınırsız değildir, toplumsal diğer ihtiyaçların temini, kişisel menfaat çatışmalarının düzenlenmesi amacıyla getirilen vergisel düzenlemeler, emredici hükümler ve hukuka ve ahlâka aykırılık gibi genel hukuk ilkeleri ile ve tüketici hukukunda olduğu gibi getirilen özel yasal düzenlemelerle serbest piyasa ekonomisi sınırlandırılmıştır. Amaç toplumun anayasal ve temel hak ve özgürlükler kapsamındaki menfaatlerini sağlamak, eşitliği ve genel adaleti gerçekleştirmek ve hukuk devletini tesis etmektir. Eşitlik ve adalet borçlar hukukunda özellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de tesis edilmelidir.

Almanya'da yaşanmış bir olaydan yola çıkılarak Alman hukukuna göre ela alınan konu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarına ilişkindir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmeye aykırılık hallerinden biri olan temerrütte temerrüt faizi ile gecikme tazminatı değerlendirilmiş, bu iki yaptırımın farklı uygulama şartlarının bazı durumlarda sözleşmeler hukukunda da aranması gereken eşitlik, usul hukukundaki silahların eşitliği ilkelerine ve genel adalet duygusuna aykırı olduğu, özellikle tüketici hukuku politikası açısından vurgulanmıştır.

Edimin konusunun bir miktar paranın ödenmesi olduğu borç ilişkilerinde borç vadesinde ifa edilmezse, sözleşmesel veya kanuni temerrüt faizinin ödenmesi söz konusu olmaktadır. Bu yaptırımın doğması için, diğer bir ifadeyle alacaklının temerrüt faizi talep edebilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması yeterlidir. Kanun veya kanunun izin verdiği sınırlarda sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faizine alacaklı hak kazanır. Temerrüt faizi alacağı asıl para borcunun fer'i olarak doğumunda ve belirli hallerde sona ermede asıl borca bağlı olsa da, temerrüt faiz alacağı doğduktan sonra bağımsız bir alacak gibi ayrı talep edilebilir, devredilir ve üzerinde tasarruf edilebilir. Hak sahibinin, temerrüt sebebiyle sahip olacağı temerrüt faizi için, herhangi bir zararını, parayı muhtemel olarak

nasıl değerlendireceğini ispat etmesine gerek yoktur. Çok olsa sözleşme ile kararlaştırılan bir oran varsa onu ispat etmelidir. Sözleşme ile kararlaştırılan temerrüt faiz oranı yoksa veya ispat edilemezse, kanuni temerrüt faizine hak kazanılacaktır. Temerrüt faizi, para borçlarında alacaklının para alacağından mahrum kalması nedeniyle farazi olarak mahrum kaldığı kullanım zararının, haksız olarak parayı elinde tutan borçlunun farazi olarak sahip olduğu kullanım menfaatinin ondan alınarak para alacaklısına ödenmesiyle tazmin edilmesi için kabul edilmiş bir kurumdur.

Buna karşın edim konusunun para dışında başka (malın mülkiyetini devretme, iş görme vb.) bir şeyin olduğu hallerde borçlunun temerrüde düşmesinde, para dışı edim alacaklısı bir zarara uğrarsa, ancak bunu ispat etmek kaydı ile tazminat talep edebilecektir. Alacaklının peşin veya kısmi ön ödeme yaptığı ve borçlunun temerrüdü nedeniyle karşı edime sahip olmadığı hallerde, para borcu dışında edim alacaklısı tarafın nihayetinde finansal kayba uğradığı hallerde dahi, alacaklı için bir asgari tazminat öngörülmemiştir. Temerrüt faizi gibi asgari zararının tazmine yönelik bir kurum da tanınmamıştır. İşte bu durum bu çalışmada eleştirilmektedir.

Kanımızca para dışı edim alacaklısının kaybettiği finansal menfaat ile temerrüde düşen borçlunun kendisine yapılan kısmi veya tam ön ödeme nedeniyle haksız olarak sahip olduğu finansal menfaatin denkleştirilmesi gereklidir. Borçlunun temerrüdüne bağlanan bu farklı hukuki sonuçların neden olduğu eşitsizliğin giderilmesi için sinallağmatik sözleşme ilişkilerinde konusu para olmayan edim alacaklısının kısmen veya tamamen peşin ödeme yaptığı hallerde temerrüt faizi esas alınarak hesaplanacak bir kalemin asgari zarar kabul edilip tazmin edilmesi veya alacaklının tazminat talebinde hesaplanacak bu miktara kadar zararı ispat yükünden kurtarılması yerinde olacaktır. Bunun bir kanun değişikliği ile mi yoksa hâkim hukukuyla geliştirilen bir içtihatla mı olacağını beklemek, kanımızca tüketicinin korunmasının, sözleşmelerdeki eşitlik ve genel adalet duygusunun bir gereğidir.

KAYNAKÇA

- ARMBRÜSTER C., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., München 2018
- BERGER C., *Jauernig Kommentar zum BGB*, 17. Aufl., München 2018
- CANARIS C.W., *Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung*, NJW 1978, 1891-1898. (Anlıř: Der Zinsbegriff)
- CANARIS C.W., *Staub HGB*, Bd. 4, 4. Aufl., Berlin 2004 (Anlıř: HGB)
- COEN C., *Der Negative Basiszinssatz nach §247 BGB*, NJW 2012, 3329 vd.
- ERNST W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015
- ESSER R., *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, ed. Löwe/Rosenberg, Bd. 11, 26. Aufl., Berlin 2012
- GRABENWARTER C./PABEL K., *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl. München 2016
- GROTHER H., *BeckOK BGB*, ed. Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 47. Aufl., München 2018
- GRUNDMANN S., *Der Schadenersatzanspruch aus Vertrag*, AcP 204, 2004, H. 5, s.569-605.
- GRUNDMANN S., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2, 7. Aufl. München 2015 (Anlıř: MünchKomm BGB)
- HEERMANN P.W., *Handbuch des Schuldrechts, Geld und Geldgeschäfte*, ed. Gernhuber, Handbuch des Schuldrechts Bd. 10, Tübingen 2003
- HEINEMEYER S., *Ende der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auch im Kaufrecht*, NJW 2018, 2441 vd.
- HERRESTHAL C., *Grundrechtecharta und Privatrecht*, ZEuP 2014, 238 vd.
- HUBER U., *Handbuch des Schuldrechts: Leistungsstörungen*, Bd. 9/1, Tübingen 1999
- JARRAS H.D., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)*, 3. Aufl., München 2016
- KAINER F., *Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?*, NZA, Bd.35, H.14, München 2018, 894-900.
- KINDLER P., *Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht*, Tübingen 1996 (Anlıř: Gesetzliche Zinsansprüche)

- KINDLER P., *Handelsgesetzbuch*, Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (ed.), 3. Aufl., München 2015 (Anl. HGB)
- KLAPPSTEIN V., *Handelsgesetzbuch*, Heidel/Schall (ed.), 2. Aufl., Baden-Baden 2015
- LANGE H., *Handbuch des Schuldrechts: Schadenersatz*, Bd.1, 2. Aufl., Tübingen 1990
- LOBINGER T., *Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, Tübingen 2004
- LORENZ S., *BeckOK BGB*, ed. Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 47. Aufl., München 2018
- LÖWISCH M./FELDMANN C., *StaudingerBGB*, Bd. 2, Berlin 2009
- MEYER-LADEWIG J./HARRENDORF S./KÖNIG S., *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 4. Aufl. Baden-Baden 2017
- OMLOR S., *StaudingerBGB: Geldrecht*, Bd. 2, Berlin 2016
- PACHE E., *Der Grundsatz des fairen gerichtlichen Verfahrens auf europäischer Ebene*, EuGRZ 2000, 601
- PAEFFGEN H.U., *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK*, Jürgen Wolter (ed.) Bd. 10, 5. Aufl. Köln 2017
- PAMP R., *Handelsgesetzbuch*, Hartmut Oetker (ed.), 5. Aufl. München 2017
- PODSZUN R./BUSCH C./HENNING-BODEWIG F., *Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?*, GRUR 2018, 1004 f.
- SCHULTE-NÖLKE H., *Nomos Kommentar BGB*, Dauner-Lieb/Langen (ed.), 2. Aufl., Baden-Baden 2012
- SCHULZE R., *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, 9. Aufl., Baden-Baden 2017
- SCHWARZE R., *Das Recht der Leistungsstörungen*, Berlin 2008
- SEICHTER D., *Juris Praxiskommentar BGB Gesamtausgabe*, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (ed.), 8. Aufl., 2017
- STADLER O., *Jauernig Kommentar zum BGB*, 17. Aufl., München 2018
- TOUSSAINT G., *Juris Praxiskommentar BGB Gesamtausgabe*, Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (ed.), 8. Aufl., 2017
- VALERIUS B., *BeckOK StPO: EMRK*, 30. Aufl., München 2018