UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Das Zinsrecht im Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht

Jizhong Wang

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Wang, Jizhong. 2024. “Das Zinsrecht im Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht.” Augsburg: Universität Augsburg.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Das Zinsrecht im Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades an der
Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von

Jizhong Wang

2024

Erstgutachter:	Prof. Dr. Christoph Becker
Zweitgutachter:	Prof. Dr. Jan-Hendrik Röver
Tag der mündlichen Prüfung:	7. Juni 2024

Für meine Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg im Sommersemester 2024 angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis 2023 berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Christoph Becker*, für die ständigen Anregungen und Hinweise. Er hat mich akademisch so geduldig gelehrt, dass ich die Promotion erfolgreich abschließen konnte. Für seine fachliche Betreuung, Unterstützung sowie sein Verständnis bedanke ich mich herzlich. Großer Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. *Jan-Hendrik Röver* für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Außerdem möchte ich Frau *Katharina Fischer* und Frau *Paula Emmerich* für ihre sprachlichen Anmerkungen zu meiner Dissertation danken.

Mein großer Dank gilt meiner gesamten Familie, insbesondere meinen Eltern und meiner Freundin *Chaoyi Ling*, die mich während der Promotion immer vorbehaltlos unterstützt haben.

Augsburg, im Juni 2024 *Jizhong Wang*

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht 5
Inhaltsverzeichnis 7
Abkürzungsverzeichnis 19
A. Einleitung 25
I. Fragestellung 25
II. Forschungsgegenstand 26
III. Verwendung rechtsvergleichender Materien 27
B. Zins und Zinsschuld 29
I. Zinsbegriff 29
II. Zinsschuld 48
III. Folgerungen und Bemerkungen 69
C. Die gesetzliche Zinshöhe 72
I. Überblick 72
II. „Gerechtigkeitsdefizite“? 72
III. „Defizite der Starrheit“? 76
IV. Fazit 83
D. Verzugs- und Fälligkeitszins 84
I. Überblick 84
II. Die gesetzlichen Verzugszinsen 84
III. Die gesetzlichen Fälligkeitszinsen 124
IV. Vereinheitlichung zu einem einheitlichen Fälligkeitszins? 131
V. Fazit 154
E. Die Kontrolle der Darlehenszinsen nach § 138 BGB 155
I. Überblick 155
II. Die Generalklausel der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB 155
III. Die konkreten Regelungen der Zinskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB 181
IV. Die differenzierte Sichtweise in der Zinskontrolle 203
V. Fazit 215
F. Die AGB-rechtliche Zinskontrolle 217
I. Überblick 217
II. Die weitere Verzinsung des fiktiven Kapitals 217
III. Die dynamische Vereinbarung der Zinsen 234
IV. Klauseln über Bearbeitungsgebühren 251
V. Fazit 273
G. Zinseszinsverbot 276
I. Überblick 276
II. Begriff des Zinseszinses 276

III. Der Normzweck des Zinseszinsverbots 277
IV. Der gesetzliche Anwendungsbereich des Zinseszinsverbots 290
V. Die gesetzlichen Ausnahmen des Zinseszinsverbots 295
VI. Die Umgestaltung des Zinseszinsverbots 304
VII. Fazit 327
H. Schluss 329
Quellenverzeichnis 333
I. Deutschland 333
II. Österreich 335
III. Schweiz 335
IV. China (Festland, Taiwan) 336
V. Europarecht und internationale Quellen 337
Literaturverzeichnis 339
I. Deutschsprachige Literatur 339
II. Englischsprachige Literatur 357
III. Chinesischsprachige Literatur 357

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht 5
Inhaltsverzeichnis 7
Abkürzungsverzeichnis 19
A. Einleitung 25
I. Fragestellung 25
II. Forschungsgegenstand 26
III. Verwendung rechtsvergleichender Materien 27
B. Zins und Zinsschuld 29
I. Zinsbegriff 29
1. Zins im wirtschaftlichen Leben 29
2. Die wirtschaftliche Funktion des Zinses als „Gegenleistung“ 29
3. Zins im rechtlichen Sinne 30
(1) Die „Drei-Elemente“ des Zinses 31
a. Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit 31
b. Laufzeitabhängigkeit 31
c. Gewinn- und Umsatzunabhängigkeit 32
(2) Vertiefung des Verständnisses des Zinsbegriffs 33
a. Die „wirtschaftlich-normative Betrachtungsweise“ 33
(a) Die „Zinseszins“-Struktur des Zinses 34
(b) Die normative Betrachtung 37
aa) Der Behaltensgrund der Zinsschuld bestimmt sich nach einer „Zinseszins“-Methode 37
bb) Bestätigung des Charakters der Zinsen als „mittelbare Rechtsfrüchte“ 37
cc) Die „Zinseszins“-Methode bedarf einheitlicher gesetzlicher Maßstäbe 38
dd) Einführung des „Zinstransparenz“-Prinzips 38
ee) Auswirkung auf die Kontrolle der Darlehenszinsen 39
b. Die Erweiterung des Umfangs des Zinsbegriffes? 39
(a) Einmalkosten 40
(b) Die gesetzlichen Zinsen 41
(c) Der „Mietzins“ 43
c. Negativ- und Habenzinsen 45
4. Zwischenergebnis 47
II. Zinsschuld 48
1. Grundlegende Eigenschaften 48
(1) Wertverschaffungsschuld 48

(2) Akzessorietät und Synallagma 49
a. Meinungsverschiedenheiten 50
b. Die „Selbstständigkeit“ der Zinsschuld 50
c. Das „Synallagma“ der Zinsschuld 51
d. Die Begründung des Synallagmas der Zinsschuld 53
(a) Bestimmung des Behaltensgrundes des Zinses im Abwicklungsverhältnis 54
(b) Die Zurechnungs- und Verjährungsprobleme der Zinsschuld 56
aa) Zurechnungsverhältnis 56
bb) Verjährung 59
e. Die Besonderheiten der gesetzlichen Zinsschuld 60
f. Abmilderung des „Synallagmas“? 60
(a) Nivellierung der „Zinsvernunft“ 60
(b) Zulässigkeit des Disagios 63
aa) Die Situation in Europa 63
bb) Gegenstück in der Rechtsvergleichung: Taiwan und Festlandchina 63
cc) Stellungnahme 65
2. Beginn und Ende der Zinsberechnung 65
(1) Beendigung der Zinsberechnung bei tatsächlichem Entfallen der „Kapitalnutzungsmöglichkeit“? 66
(2) Die „taggenaue“ Zinsberechnung 68
3. Zwischenergebnis 69
III. Folgerungen und Bemerkungen 69
C. Die gesetzliche Zinshöhe 72
I. Überblick 72
II. „Gerechtigkeitsdefizite“? 72
1. Geschichtlicher Hintergrund 72
2. Kritik und Auswirkung 73
(1) Die Rechtsentwicklung der Vorschriften über gesetzliche Zinshöhe 73
(2) Die Rechtsentwicklung der Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen 74
(3) Zwischenergebnis 75
III. „Defizite der Starrheit“? 76
1. Auffangtatbestand 77
2. Anwendungsbereich 77
3. Notwendigkeit einer Umgestaltung? 78
(1) Keine Rechtsfortbildung contra legem 78
(2) Die Gefahr einer schematischen Anwendung des festen Zinssatzes 79

(3) Das Problem der Rechtssicherheit 80
(4) Das Problem der „gesetzgebungstechnischen Vereinfachung“ 80
(5) Rechtsvergleichende Perspektive: Erfahrungen aus China 80
a. Taiwan 80
b. Festland 81
IV. Fazit 83
D. Verzugs- und Fälligkeitszins 84
I. Überblick 84
II. Die gesetzlichen Verzugszinsen 84
1. Rechtslage vor dem Jahre 2000 84
(1) Überblick 84
(2) Rechtsnatur der gesetzlichen Verzugszinsen 85
a. Frühere Meinungen 85
b. Spätere Erkenntnisse 86
(3) Die Beziehung zwischen vertraglichen Zinsen und gesetzlichen Verzugszinsen 87
a. Die frühere BGH-Rechtsprechung 87
b. Die den Streit auslösenden BGH-Entscheidungen 88
c. Literaturansichten 89
d. Die Kernaussage des BGH 90
e. Die nachfolgenden Kritiken in der Literatur 92
f. Stellungnahme 92
(4) Reform und Auswirkungen von Verbraucherrecht 93
a. § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes 93
b. § 11 Abs. 2, 3 des Verbraucherkreditgesetzes 95
c. Auswirkung auf die nachfolgende Rechtsentwicklung 96
(5) Zwischenergebnisse 98
2. Rechtslage ab 2000 101
(1) Der Hintergrund der Gesetzgebung 101
a. Die europäischen Kämpfe gegen die Zahlungsverzögerung im Geschäftsverkehr in den 1990er Jahren 101
b. Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahr 2000 102
c. Die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr im Jahr 2000 und die deutsche Schuldrechtsreform im Jahr 2002 103
(2) Die geltenden Vorschriften über gesetzliche Verzugszinssätze 104
a. Bemessung der Höhe des Zinssatzes 104
b. Rechtsnatur 106

(a) Schadensersatz 106
(b) Bereicherungsausgleich 106
(c) Kombination der schadensersatzrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Elemente 108
(d) Privatstrafe/Gesetzliche Vertragsstrafe 109
(e) Stellungnahme 111
c. Tatbestand und Anwendungsbereich 113
(a) Die Irrelevanz der Verzinslichkeit der Forderung 113
(b) Die Vorschusspflicht nach § 669 BGB 114
(c) Die sich nicht auf Geld richtende, aber dies mittelbar betreffende Verbindlichkeit 115
aa) Anwendbarkeit der gesetzlichen Verzugszinsen auf Geldstücke in physischer Gestalt 115
bb) Hingabe der Mehrwertsteuerrechnung 116
d. Geltendmachung weiterer Zinsschäden 117
(a) Die „abstrakte Schadensberechnung“ und die „typisierende Schadensberechnung“ 117
(b) Die Auswirkung der gesetzlichen Verzugszinsen auf das Bereicherungsrecht 121
(3) Zwischenergebnis 122
3. Fazit 123
III. Die gesetzlichen Fälligkeitszinsen 124
1. Überblick 124
2. Rechtsnatur des Fälligkeitszinses gemäß § 353 HGB 124
(1) Literaturansichten 125
(2) Stellungnahme 125
a. Bereicherungsfiktion aufgrund althergebrachter Handelsbräuche 126
b. Vermutung der Bereicherung bei Geldschuld durch Rechtsprechung 126
c. Schadensausgleich als nicht wesensbestimmende Funktion der Fälligkeitszinsen 126
d. Zweck des § 353 HGB zur Beschleunigung der Erfüllung des Schuldners 127
e. Fehlen einer „Pflichtverletzung“ als Tatbestandsvoraussetzung in § 353 HGB 128
3. „Nutzungszinsen“ (§§ 641 Abs. 4, 256 BGB und § 452 BGB a.F.) 128
4. Beziehung zwischen gesetzlichen Verzugszinsen, Fälligkeitszinsen, Nutzungszinsen und dem Bereicherungsausgleich in Bezug auf die Rechtsanwendung 130

5. Zwischenergebnis 131
IV. Vereinheitlichung zu einem einheitlichen Fälligkeitszins? 131
1. Die differenzierte Behandlung durch das Europarecht 132
2. Das Problem im internationalen Privatrecht 133
3. Die Sinnhaftigkeit der Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB als Voraussetzung des Verzugszinsanspruchs 134
(1) Die Bedeutung der Mahnung: Eine rechtsvergleichende Überschau 134
(2) Die Grundzüge der Mahnung 136
(3) Die Darstellungen für Normzweck der Mahnung 138
a. „Warnung“? 138
b. Ein typisierendes Verständnis von unbefristeten Schulden? 138
(a) Bedeutung 138
(b) Bemerkungen 140
c. „Informationsfunktion“? 141
(a) Bedeutung 141
(b) Bemerkungen 142
aa) Keine Ersetzung des Mahnungserfordernisses durch Mitverschulden nach § 254 BGB 142
bb) Unterschiede zwischen gesetzlichen Schulden und vertraglichen Schulden 143
cc) Das Ergebnis der Interessenabwägung: Modifizierung des Mahnungserfordernisses 144
d. Zwischenergebnis 144
(4) Der Weg de lege ferenda: Aufrechterhaltung des Mahnungserfordernisses 145
4. Die weiteren Gegenargumente 146
(1) Der systematische Widerspruch zu § 286 Abs. 3 BGB 146
(2) Der Gedanke der „Plötzlichkeitsabwehr“ in § 286 Abs. 3 BGB 147
(3) Die inhärenten Mängel des Konzepts eines einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses 148
a. Fehlender Abgleich mit den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs 149
b. Unangemessene Fiktion und unverhältnismäßige Sanktion 149
5. Rechtsvergleichende Perspektive: Die De-lege-ferenda-Überlegung des chinesischen Rechts 150
(1) Der differenzierte Ansatz nach Gläubigerkategorien 150
(2) Ein tatbestandlich an „Verzug“ angeknüpfter gesetzlicher Verzugszinsanspruch 151
6. Zwischenergebnis 153

V. Fazit 154
E. Die Kontrolle der Darlehenszinsen nach § 138 BGB 155
I. Überblick 155
II. Die Generalklausel der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB 155
1. Die „guten Sitten“ bleiben innerhalb des Rechtssystems 156
(1) Der Normzweck der Generalklausel der guten Sitten 156
(2) Wertungsjurisprudenz als Ausgleich für die Geschlossenheit und Rückständigkeit des Rechts 158
(3) Die sozial-historische Kritik 159
2. Die Begrenztheit der Fallgruppen-Methode bei der Konkretisierung 160
(1) Webers Kritik am Fallgruppenansatz 161
(2) Mayer-Malys Verteidigung für den Fallgruppenansatz 161
(3) Stellungnahme 162
3. Der einzuschlagende Weg zur Konkretisierung: Ausfüllung mit Wertungen innerhalb des Rechtssystems 163
(1) Die Rahmenbewertungen der Generalklausel: Objektive und subjektive Unrechtmäßigkeit 164
a. Keine Sittenwidrigkeit wegen bloß objektiver Unrechtmäßigkeit 164
b. Keine Sittenwidrigkeit wegen bloß subjektiver Unrechtmäßigkeit 165
(2) Die innerrechtlichen Wertungen außerhalb der Generalklausel der guten Sitten 166
a. Das Verbotsgesetz in § 134 BGB 166
b. Parallele Anwendung des Verbotsgesetzes und § 138 Abs. 1 BGB auf einen Sachverhalt? 168
c. Zwischenergebnis 170
(3) Die subjektive Unrechtmäßigkeit in verschiedenen Bereichen 170
a. Geschäft, das der allgemein anerkannten Wertung zuwiderläuft 170
b. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung 173
(a) Der Verzicht auf die subjektive Voraussetzung der „wucherähnlichen Geschäfte“ und seine Kritik 173
(b) Stellungnahme 174
aa) Keine Absorbtion der rechtlichen Beurteilung des Leistungmissverhältnisses durch „Willensmängel“ 174
bb) Der eigene Schutzgedanke in Abwendung des Leistungsmissverhältnisses 175
cc) Informationspflicht als Brücke für Leistungsmissverhältnis und subjektive Unrechtmäßigkeit 175
c. Die allgemeine Benachteiligung des Kaufmanns im Falle des

Leistungsmissverhältnisses? 177
(a) Kaufmannseigenschaft nicht als grundsätzlich maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit 177
(b) Kaufmann im Massengeschäft 179
d. Zusammenfassender Befund zu objektiver und subjektiver Unrechtmäßigkeit 180
4. Zwischenergebnis 180
III. Die konkreten Regelungen der Zinskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB 181
1. Objektive Unrechtmäßigkeit 182
(1) Das auffällige Leistungsmissverhältnis 182
a. Die Quelle des Vergleichszinssatzes 183
b. Effektivzinssatz als Maßstab der Zinsberechnung 183
(a) Uniformmethode/Annäherungsformel 184
(b) Der moderne Berechnungsansatz des effektiven Jahrzinssatzes 184
c. Einbeziehung der „laufzeitunabhängigen“ Darlehenskosten in die Vergleichsformel der Zinssätze? 185
(a) Die aktuellen Regeln für die Berechnung von Bearbeitungskosten, Vermittlungsgebühren und Restschuldversicherungsprämien 186
(b) Überlegungen zu den vorgenannten Berechnungsregeln, insbesondere zu den Regeln für die Bearbeitungskosten 188
aa) Anlass zur Überlegung: Die jüngste Rechtsprechung des BGH zu den Bearbeitungskosten 188
bb) Die neue Wege zur Bemessung der Einmalkosten 189
(i) Der vereinheitlichende Bemessungsansatz 190
(ii) Der separate Bemessungsansatz 192
(2) Andere objektiv unrechtmäßige Umstände 193
2. Subjektive Unrechtmäßigkeit 194
(1) Die Ansichten der Rechtsprechung 194
(2) Die Kritiken 196
(3) Stellungnahme 196
a. Verbraucherdarlehen 197
b. Andere Arten von Darlehensgeschäften 198
c. Die Bedeutung der subjektiven Voraussetzung der Sittenwidrigkeit eines Darlehens 199
(a) Verobjektivierung der Beurteilungskriterien der subjektiven Unrechtmäßigkeit 200
(b) Verankerung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung

der Rückwirkung 200
3. Gesamtwürdigung 201
4. Zwischenergebnis 202
IV. Die differenzierte Sichtweise in der Zinskontrolle 203
1. Die Rechtsprechung der Verbraucherdarlehen als unmittelbare Grundlage des aktuellen Kontrollrahmens für Zinswucher 203
2. Verallgemeinerung und Gleichheitsprinzip 204
(1) Die unterschiedliche Natur der verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften 204
(2) Differenzierte Bewertung verschiedener Darlehensgeschäfte unter der Voraussetzung der Rechtssicherheit 205
(3) Rechtsentwicklung in Festlandchina: Eine zukünftige Annäherung an das deutsche Recht? 206
a. Die historische Entwicklung von gesetzlichen Zinsdeckelungen 206
(a) Das alte China 206
(b) Republik China 208
(c) Volksrepublik China 208
b. Die „Dualität“ des Zinskontrollmodells 209
c. Die Auflösung der „Dualität“ 210
(a) Die Meinungsverschiedenheiten in der Rechtsprechung 210
(b) Die Kritik gegen den vereinheitlichenden Ansatz 212
(c) Der zukünftig einzuschlagende Weg: Prüfung auf Unbilligkeit, Ordnungswidrigkeit und Sittenwidrigkeit 214
V. Fazit 215
F. Die AGB-rechtliche Zinskontrolle 217
I. Überblick 217
II. Die weitere Verzinsung des fiktiven Kapitals 217
1. Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln 218
(1) Literaturansicht und BGH-Rechtsprechung 218
(2) „Unangemessenheit durch Intransparenz“ 220
a. Rechtsentwicklung 220
b. Stellungnahme 221
2. Die Kontrollewege der zinsbezogenen AGB 223
(1) Nominalzinssatz-Klauseln 223
(2) Zinsberechnungsklauseln 225
(3) Ergänzende Sichtweise aus einem Rechtsvergleich 227
3. Wertstellungsklauseln 228
4. Notwendigkeit besonderer Behandlung von Kaufleuten? 230

(1) BGH-Rechtsprechung 231
(2) Stellungnahme 232
5. Fazit 233
III. Die dynamische Vereinbarung der Zinsen 234
1. Überblick 234
2. Zinsgleitklauseln 234
(1) Zusammensetzung der Gleitklauseln und ihre rechtliche Würdigung 235
(2) Die Auswahl der Referenzgröße und ihre Auswirkung auf die rechtliche Würdigung der Klausel 236
3. Zinsanpassungsklauseln 237
(1) Zinsanpassungsklauseln im Aktivgeschäft 238
a. Entwicklung der Rechtsprechung 238
b. Bemerkung 241
(2) Zinsanpassungsklauseln im Passivgeschäft 241
a. Entwicklung der Rechtsprechung 241
b. Bemerkung 244
4. Die besondere Behandlung von Kaufleuten? 245
(1) Anpassungsschwelle und -abstand 245
(2) Die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses 246
a. BGH-Rechtsprechung zu „Spannungsklauseln“ bezüglich des Erdgases und eine darauf basierende mögliche Schlussfolgerung 247
b. Die wettbewerbsimmanenten Schranken innerhalb des Anpassungsmechanismus und der „Bestandschutz“ 248
5. Fazit 249
IV. Klauseln über Bearbeitungsgebühren 251
1. Überblick 251
2. Der Begriff der „Bearbeitungsgebühr“ 251
3. Der entscheidende Ansatz der Judikatur 252
(1) Abgrenzung zwischen Preishauptabreden und Nebenabreden 252
(2) Auf dem Weg zu einer strengeren Justiz 253
4. Die Überlegung für die bestehende Rechtsprechung 256
(1) Keine Vergütung für „Sonderleistung“? 256
a. Zwei mögliche, der Bearbeitungsgebühr gegenüberstehende Tätigkeiten 256
b. „Objektiver Vorteil“ als angemessener Anknüpfungspunkt? 258
(a) Der Begriff der „Leistung“ 259
(b) Reichweite des Erfahrungssatzes 260
(2) „Gesetzliches Leitbild“ 261

(3) Übertragbarkeit des BGH-Urteils vom 13. Mai 2014 auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr? 264
a. Das Versagen der „Elastizität“: „Dispositives Recht“ als einheitlicher und einziger Prüfungsmaßstab 264
b. Die Reaktion der Rechtsprechung 266
c. Die gesetzgeberischen Reformvorschläge 267
d. Rechtsvergleichende Sichtweise: Die Würdigung des festlandchinesischen Rechts 268
(a) Die „Dualität“ des Regulierungssystems der Darlehenszinssätze 268
(b) Die begriffliche Selbstständigkeit der laufzeitunabhängigen Einmalkosten 269
(c) Die Würdigung von Einmalkosten 270
aa) Kreditinstitutionelle Kredite 270
bb) Private Kredite 270
(d) Zwischenbemerkung 272
5. Fazit 273
V. Fazit 273
G. Zinseszinsverbot 276
I. Überblick 276
II. Begriff des Zinseszinses 276
III. Der Normzweck des Zinseszinsverbots 277
1. Die vorstehenden Überlegungen 277
(1) „Gestaltungstheorie“ 278
(2) „Inhaltstheorie“ 279
2. Neue Überlegungen 280
(1) Überlegung zur Entstehungsgeschichte des § 248 Abs. 1 BGB 281
(2) Die kritische Würdigung der Gestaltungstheorie und der Inhaltstheorie 283
a. Die Modifizierung der Gestaltungstheorie: Nur Schutz vor abstrakter Gefahr wegen fehlender Privatautonomie 284
b. Die Überlegung zur Inhaltstheorie: Ist nur der das Tempo der Aufhäufung von Schulden beschleunigende Mechanismus verboten? 286
(a) Die Begründung der fiktiven Schulderweiterung 286
aa) Aushöhlung der Hingabepflicht in § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB 286
bb) Abstandnahme von der Bestimmtheit als Voraussetzung für die Begründung eines Verfügungsgeschäfts 287
(b) Die bedingte Novation 288

(c) Zwischenergebnis 289
3. Begrenzte Ähnlichkeit der §§ 289 und 248 Abs. 1 BGB in Bezug auf den Normzweck 289
IV. Der gesetzliche Anwendungsbereich des Zinseszinsverbots 290
1. Die Bedeutung der in § 248 Abs. 1 BGB befindlichen Begrifflichkeit „im Voraus“ 290
(1) Literaturansichten 290
(2) Stellungnahme 291
2. § 289 BGB 292
(1) Widerspruch zwischen Satz 1 und Satz 2 von § 289 BGB? 292
(2) Der Sinneswandel bezüglich § 289 Satz 1 BGB 293
3. Zwischenergebnis 294
V. Die gesetzlichen Ausnahmen des Zinseszinsverbots 295
1. Die spezifischen Bankgeschäfte von Kreditinstituten (§ 248 Abs. 2 BGB) 295
(1) Passivgeschäfte von Kreditinstituten (Satz 1) 295
(2) Verzinsliche Schuldverschreibung für Aktivgeschäfte von Kreditinstituten (Satz 2) 296
2. Kaufmännisches Kontokorrent (§ 355 Abs. 1 HGB) 297
(1) Die Regelung des § 355 Abs. 1 HGB 297
(2) Entsprechende Anwendung des § 355 Abs. 1 HGB auf das nichtkaufmännische Kontokorrent? 298
(3) „Periodizität“ und Zinseszinsverbot 300
(4) Einseitige Inrechnungstellung der Forderung und das Zinseszinsverbot. 301
3. Zwischenergebnis 303
VI. Die Umgestaltung des Zinseszinsverbots 304
1. Fragestellung 304
2. Die „Lockerung“ des Zinseszinsverbots? 304
(1) Reduzierungsmöglichkeit des § 248 Abs. 1 BGB? 305
a. Die Informationspflicht als ausreichende Alternative? 305
b. Die im Voraus geschlossene, betragsmäßig bestimmte Zinseszinsvereinbarung 306
(a) Die Eingrenzung der „Zinseszinsen“ 306
(b) Disagio 307
aa) Begriffsbestimmungen bezüglich des „Disagios“ 307
(i) „Disagio“ als Leistungsgegenstand 307
(ii) Disagio-Vereinbarung 308
(iii) Abzugshandlung beim „Disagio“ 308
bb) Zinseszinsverbot und Disagio-Vereinbarung 310

c. Die kurzfristige Zinseszinsvereinbarung? 310
(2) Analogie anhand der Ausnahmenregeln in § 248 Abs. 2 BGB? 311
a. Literaturansichten 311
b. Stellungnahme 311
3. Das einheitliche Zinseszinsverbot zur Vermeidung von „Zinseszinseffekten“ . 312
(1) § 497 Abs. 2 BGB 313
(2) Die Bedeutung des Mahnungserfordernisses für den „Zinseszinseffekt“ 314
(3) Die Rechtsregeln in Bezug auf „Umschuldung“ und „Kettenkreditverträge“ 315
a. Interne Umschuldung 316
b. Externe Umschuldung 318
c. Neue Wege zur rechtlichen Würdigung? 321
(4) Neue Regulierungsmodalität zum Zinseszins: Integrierung des Kontrollrahmens in § 138 BGB 323
a. Die wirtschaftliche „Zinseszins“-Struktur des Zinses 323
b. Überholung des § 248 BGB in Bezug auf die Regulierungstechnik und die -aufgaben 324
c. Literaturansichten für die Integrierung in § 138 BGB 325
d. Rechtsvergleichende Sichtweise: Erfahrung aus chinesischem Recht 325
(a) Taiwan 325
(b) Festland 326
e. Beibehaltung des nach Zivilrecht und Handelsrecht differenzierten Ansatzes 327
VII. Fazit 327
H. Schluss 329
Quellenverzeichnis 333
I. Deutschland 333
II. Österreich 335
III. Schweiz 335
IV. China (Festland, Taiwan) 336
V. Europarecht und internationale Quellen 337
Literaturverzeichnis 339
I. Deutschsprachige Literatur 339
II. Englischsprachige Literatur 357
III. Chinesischsprachige Literatur 357

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABGB	Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht oder Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung(en)
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkungen
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVG 2019	Antwort des Obersten Volksgerichtshofs auf den Vorschlag zur Änderung der Bestimmungen über Darlehenszinsen in der EPKVG 2015 (Festlandchina)
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
B+5	Basiszinssatz nach § 247 BGB zuzüglich 5 Prozentpunkte
B+8	Basiszinssatz nach § 247 BGB zuzüglich 8 Prozentpunkte
B+9	Basiszinssatz nach § 247 BGB zuzüglich 9 Prozentpunkte
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BeckOGK	Beck-online. GROSSKOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BeckOK BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bekl.	Beklagte(r)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl I, II, III	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II, Teil III
BGB-RGRK	Großkommentar der Praxis zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)

BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift)
BPKVG 2018	Bekanntmachung des Obersten Volksgerichtshofs über die rechtmäßige und ordnungsmäßige Verhandlung von Sachen von privaten Krediten (Festlandchina)
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c.i.c.	culpa in contrahendo
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
D+5	Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zuzüglich 5 Prozentpunkte
DCFR	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference
ders	derselbe
d.h.	das heißt
dies	dieselbe(n)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
EBJS	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch Kommentar
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EPKVG	Erläuterung mehrerer Probleme der Rechtsanwendung bei Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Festlandchina)
EPS	Erläuterungen mehrerer Probleme der Rechtsanwendung des Sicherungsgesetzes der Volksrepublick China (Festlandchina)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWU	Euro-Währungsraum
EZB	Europäische Zentralbank
f	folgende Seite/Paragraph
ff	folgende Seiten/Paragraphen
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber bzw. Herausgeberin
Hs.	Halbsatz
ICBC	Industrial and Commercial Bank of China
i.e.S.	im engerem Sinne
i.H.d.	in Höhe des/der
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Jurististenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kammergericht
Kl.	Kläger
KP	Kommunistische Partei
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung (Zeitschrift)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LMK	Leitsätze mit Kommentierung (Zeitschrift)
LPR	Loan Prime Rate
m.w.N.	mit weiterem Nachweis
m.a.W.	mit anderen Worten

MDR	Monatschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m.E.	meines Erachtens
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nk-BGB	Nomoskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Nr.	Nummer(n)
NS-Zeit	Zeit des Nationalsozialismus
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
p.a.	per annum
PAngV	Preisangabenverordnung
PECL	The Principles of European Contract Law
PICC	Principles of International Commercial Contracts
PIK	„Payment-in-kind“-Verzinsung
PrKG	Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden
ProstG	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RCZGB	Zivilgesetzbuch der Republik China
RdTW	Recht der Transportwirtschaft (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
S.	Seite
ScheckG	Scheckgesetz
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern (Zeitschrift)
s.o.	siehe oben
Soergel	Soergel, Hans-Theodor (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar

sog.	sogenannt(en)
SPKVG 1991	Stellungnahme des Obersten Volksgerichtshofs zu Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Festlandchina)
s.u.	siehe unten
SVFVG 2017	Mehrere Stellungnahmen des Obersten Volksgerichtshofs zur weiteren Verstärkung der Verhandlung im Bereich der Finanzierung (Festlandchina)
TZHVG 2019	Tagungsaufnahme des Obersten Volksgerichtshofs über die zivil- und handelsrechtliche Verhandlungsarbeit der Gerichte in China (Festlandchina)
u.a.	und andere/und andernorts
u.Ä.	und Ähnliche(s)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UN	United Nations
UN-Kaufrecht	(Wiener) Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, siehe auch CISG
UNCITRAL	United Nations Commission On International Trade Law
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von
VCGBG	Geschäftsbankgesetz der Volksrepublik China (Festlandchina)
VCZGB	Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China (Festlandchina)
VCZG	Zivilrechtsgrundsätze der Volksrepublik China (Festlandchina)
VCEZG	Erläuterungen zu den Zivilrechtsgrundsätzen der Volksrepublik China durch den Obersten Volksgerichtshof (Festlandchina)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
vgl.	vergleiche
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapier - Mitteilungen (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Zeitschrift)
ZChinR	Zeitschrift für Chinesisches Recht (Zeitschrift)
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht (Zeitschrift)

ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
z.T.	zum Teil

A. Einleitung

I. Fragestellung

In der modernen Geldgesellschaft ist die wichtige Bedeutung des Zinses, der als Gegenleistung oder Ausgleich für die Gebrauchsüberlassung vor allem von Geld dient, fast selbstverständlich. Auch in der geltenden deutschen Rechtsordnung ist eine Vielzahl von Zinsvorschriften über das gesamte Privatrecht verteilt. Diese Vorschriften finden sich sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch (z.B. §§ 246-248, 288-291 BGB) als auch im Handelsgesetzbuch (z.B. §§ 352, 353 HGB). In formaler Hinsicht wird deutlich, dass das deutsche Zinsrecht eine differenzierte Betrachtungsweise im allgemeinen Zivil- und Handelsrecht einnimmt, die sich in erster Linie augenfällig in der Differenz der Höhe der gesetzlichen Zinssätze widerspiegelt. So ist der Betrag des gesetzlichen Zinssatzes in § 246 BGB auf 4 % festgelegt, während er im HGB auf 5 % festgesetzt ist. Diese Differenz von 1 % wird in der Literatur teilweise als „*nicht unerheblich*“ gewertet.[1] Manche Autoren sehen sie sogar als verfassungswidrig an.[2] Betreffend die Verzögerungszinsen für Geldschulden wurde Ende des letzten Jahrhunderts dazu aufgerufen, die Unterscheidung zwischen den gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB und den Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB zu nivellieren und diese daraufhin durch einen einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszins zu ersetzen.[3] In der Literatur wird auf eine gewisse Tendenz hingewiesen, die besagt, dass vieles für eine Vereinheitlichung der Zinsvorschriften des Zivil- und Handelsrechts spricht und für eine Abschaffung der differenzierten Betrachtungsweise im Zinsrecht zu plädieren ist.

Der 6. Zivilsenat des BGH schließt sich in seinem Urteil vom 27. Februar 2018 (VI ZR 121/17)[4] dem vorgenannten Gedankengang in der Literatur an. Darin formuliert der Senat ganz allgemein, „*dass [...] aus heutiger Sicht in Bezug auf das Zinsrecht eine Ungleichbehandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten kaum nachzuvollziehen ist*,“ da empirisch gesehen „*bereits die Annahme der höheren Produktivität des Geldes in den Händen von Kaufleuten fraglich erscheint*“.[5] Dementsprechend hat der Senat den Ausdruck „*bei* beiderseitigen Handelsgeschäften“ in § 352 Abs. 1 HGB, der den Betrag des Zinssatzes für Handelsgeschäfte festlegt, dahingehend restriktiv ausgelegt, dass eine Anwendung dieser Vorschrift auf Zinsansprüche aus unerlaubter Handlung abgelehnt werden sollte.[6] Das vorstehende Argument des BGH – „*Eine Ungleichbehandlung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten ist kaum nachzuvollziehen*“ – ist jedoch ein allgemeines. Denn schon vom Wortlaut her klingt dieses Argument so, als ob es selbst eine generelle Bewertung des

[1] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.
[2] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 165 ff; Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 352, Rn. 4; EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.
[3] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 189.
[4] BGH RdTW 2018, 267.
[5] Vgl. BGH RdTW 2018, 267 (269).
[6] Vgl. BGH RdTW 2018, 267 (269).

gesamten privaten Zinsrechts darstellt. Dies wirft somit auch allgemeine Zweifel im Hinblick auf die bestehenden Unterschiede in den geltenden Zinsvorschriften des Zivil- und Handelsrechts auf. Somit stellt sich die Frage, ob diese generelle Bewertung des Privatzinsrechts durch den BGH (dem auch einige Ansichten in der Literatur folgen) haltbar ist.

Das sogenannte „Zinsrecht" ist lediglich ein allgemeiner Begriff für die Sammlung von Zinsvorschriften im Privatrecht. Er kann nur für übergreifende Erkenntnisse gewählt werden, da die Regelungsgegenstände von verschiedenen Zinsvorschriften im Privatrecht häufig eine gewisse Ähnlichkeit aufweisen. Aber ein genaues Hinsehen zeigt auch, dass die einzelnen Vorschriften des Zinsrechts zum einen teilweise aus wichtigen empirischen Elementen, und zum anderen teilweise aus komplexen und potenziell innerlich spannungsreichen rechtspolitischen Elementen bestehen. Der Ansatz, von einer einzigen vereinfachenden Einschätzung des gesamten Privatzinsrechts auszugehen und danach die Reichweite einzelner Zinsvorschriften festzulegen, ist zuvörderst auf methodischer Ebene bedenklich.

II. Forschungsgegenstand

Die vorliegende Arbeit untersucht die Vertretbarkeit der vorgenannten generellen Bewertung des Privatzinsrechts – die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten im Zinsrecht ist zumindest fragwürdig – durch eine nähere normative Analyse. Dabei ist jeweils die Analyse eines bestimmten Bereichs der privatrechtlichen Zinsvorschriften erforderlich, um eine spezifischere Frage zu beantworten, nämlich ob es im Zinsrecht wirklich eine bemerkenswerte Tendenz gibt, von einer differenzierten Betrachtungsweise zu einer Vereinheitlichung überzugehen. Ferner stellt sich die Frage, ob ein Vorschlag *de lege ferenda* für die Vereinheitlichung der Zinsvorschriften in beschränkten Bereichen überhaupt durchsetzbar ist.

In dieser Arbeit werden allerdings nicht alle Zinsvorschriften der gesamten privaten Rechtsordnung behandelt, sondern es werden nur die wichtigsten und typischsten Zinsnormen thematisiert. Dies ist zum Teil auf die Beschränkung des Dissertationsthemas selbst zurückzuführen, da in dieser Arbeit nur auf ein spezifisches Bild verwiesen wird, das sich auf das Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht bezieht. Zum anderen liegt es an der Komplexität der Zinsvorschriften selbst. Geltende Gesetze sind meist Ausfluss einer allmählichen Kumulation vielfacher Gesetzgebungen. Es finden sich aber im Gesetz oft Spuren dieses chronologischen Prozesses zwischen den Zeilen der Vorschriften. Besonders deutlich wird dies beim Zinsrecht. Viele Rechtsvorschriften über Zinsen sind mehrfach geändert worden und obgleich sich der aktuelle Wortlaut nicht wesentlich von dem vor einem Jahrhundert vorzufindenden unterscheidet, kann die zugrunde liegende Bedeutung und insbesondere der nicht ausformulierte „Sinneswandel", in dem diese Bedeutung aufgeht, komplex und vielfältig sein. Das Zinsrecht zählt auch zu den Bereichen des rechtspolitischen Denkens, die stark verflochtene Besonderheiten hervorbringen, weswegen eine detaillierte

Untersuchung jedes Zweiges des Zinsrechts zeitaufwendig ist.

In dieser Arbeit geht es daher nicht darum, den historischen Entwicklungsprozess jedes Bereichs des Zinsrechts im Detail zu dokumentieren, sondern vielmehr darum, die wichtigen Bereiche des Zinsrechts in Privatrecht in einer reflektierenden Weise zu untersuchen, begleitet von dem Vorhaben, zwischen den unterschiedlichen Adressaten der Gesetze zu unterscheiden. Folgende Zinsvorschriften werden in der vorliegenden Arbeit untersucht:

1. Die gesetzlichen Zinsvorschriften (§ 246 BGB, § 352 HGB) (C.);
2. Die Verzögerungszinsvorschriften, nämlich Vorschriften für die Verzugszinsen (§ 288 BGB) und den Fälligkeitszins (§ 353 HGB) (D.);
3. Die Zinskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB (E.);
4. Die AGB-rechtliche Zinskontrolle (F.);
5. Das Zinseszinsverbot (§§ 248, 289 BGB, § 355 Abs. 1 HGB) (G.).

Bevor diese Bereiche im Einzelnen untersucht werden, ist es zuallererst von Notwendigkeit, auf die Grundzüge der Dogmatik des Zinses und der Zinsschuld einzugehen (B.).

III. Verwendung rechtsvergleichender Materien

Mehrere Teile dieser Arbeit betreffen einen rechtsvergleichenden Diskurs. In Anbetracht des Bildungshintergrunds des Autors befassen sich diese Teile der Diskussion hauptsächlich mit dem chinesischen Recht (Festland und Taiwan).

Es bleibt jedoch in erster Linie zu betonen, dass der Hauptinhalt dieser Arbeit dazu dient, eine Analyse der Kernbereiche des deutschen Privatzinsrechts vorzunehmen und somit die Rechtsfragen, die sich im deutschen Zinsrecht stellen, zu beantworten. Deshalb ist eine lediglich auflistende Art der Diskussion über Rechtsvergleichung zu vermeiden. Der Autor lehnt also eine im Bereich der Rechtsvergleichung übliche Schreibweise ab, nämlich zunächst dem Leser das deutsche Recht vorzustellen, daraufhin eine umfangreiche Einführung in ein bestimmtes ausländisches Recht in fast gleicher oder noch größerer Länge zu geben und schließlich einige oberflächliche Schlussbemerkungen zu ziehen. Dies ist leider bei einigen der bestehenden rechtsvergleichenden Arbeiten zum Zinsrecht der Fall.[7] Der Nachteil dieser groben „*These-Antithese-Kombination*“ liegt darin, dass die Erörterung des deutschen und des ausländischen Rechts zu allgemein umgesetzt wird und kaum zum Nachdenken anregende Details enthalten sind. Dies macht es schwierig, die eigentlichen Probleme aufzudecken, die in jeder Rechtsordnung enthalten sind. Da das Zinsrecht, wie der Titel dieser Arbeit nahelegt, in einem Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht angesiedelt ist, wird dieses Zusammenspiel selbst alle Aspekte des Zinsrechts durchdringen. Mit anderen Worten: Es würde einen beträchtlichen Raum in Anspruch nehmen, alle wesentlichen Einzelheiten des geltenden deutschen Zinsrechts darzulegen. Ein eiliges Rechtsvergleichungsstudium kann

[7] Wie beispielsweise *Wessels*, Zinsrecht in Deutschland und England, Berlin 1992; *Bilda*, Zinsrecht in Spanien und Deutschland, Baden-Baden 1994.

solche Details kaum mitberücksichtigen und somit wirklich wertvolle Fragen kaum aufwerfen. Hinzu kommt, dass das ausländische Recht und das deutsche Recht nicht immer in jedem Problembereich auf subtile Weise miteinander korrespondieren. Sogar in der chinesischen Rechtswissenschaft, in der es im Regelfall sehr schwer möglich ist, zu publizieren, ohne eine rechtsvergleichende Materie zu nennen, ist dieser auflistende Schreibstil nachhaltig diskreditiert worden. Damit mag es besser sein, die einzelne Untersuchung spezifischer Rechtsfragen einer bestimmten Rechtsordnung durch eine rechtsvergleichende Perspektive zu ergänzen, indem der Autor in bestimmten Punkten auf spezifische Lösungen aus anderen Ländern verweist und damit vergleicht. Ein solcher Ansatz vermeidet es auch von Anfang an, die Heterogenität der Funktionsweise der Rechtssysteme der in den Vergleich einbezogenen ausländischen Staaten auszubreiten.[8]

Daher wird der Autor nur in einzelnen Bereichen dieser Arbeit auf die Rechtsvergleichung zurückgreifen. Das heißt, rechtsvergleichendes Material (hauptsächlich auf der Grundlage des chinesischen Rechts einschließlich Festland und Taiwan) wird nur dort mit Vorsicht eingebracht, wo die deutsche Lösung keine abschließende zu sein scheint. Der Zweck dieser Verwendung des Materials besteht aber keineswegs darin, das „Manko“ des deutschen Rechts zu korrigieren, sondern vielmehr darin, einen neuen Zugang zu kontroversen Themen des deutschen Rechts zu eröffnen, um eine vertiefte Diskussion zu ermöglichen. Diese mit rechtsvergleichendem Material zu unterlegenden Bereiche sind:

1. Überlegungen zum „Synallagma“ von Zinsschuld – insbesondere in Bezug auf die Zulässigkeit des Disagios (siehe B. II. 1. (2) f. (b));
2. Die Neugestaltung der Vorschriften über gesetzliche Zinshöhen (siehe C. III. 3. (5));
3. Überlegungen zum Konzept eines gesetzlich „einheitlichen Fälligkeitszinses“ (D. IV. 5.);
4. Ein differenzierter Ansatz für die Zinskontrolle nach Höchstgrenzen (siehe E. IV. 2. (3));
5. Der Weg der AGB-rechtlichen Wertung der Zinsberechnungsklausel (siehe F. II. 3.(2));
6. Die Bewertung der „Bearbeitungsgebühren“-Klauseln (siehe F, IV. 4. (2) d.);
7. Die Umgestaltungsversuche des Zinseszinsverbots (siehe G. VI. 3. (4) d.).

[8] Ein solcher Zweifel mag für die deutschen Durchschnittsleser fast selbstverständlich auftauchen, wenn es z.B. um die Rechtsvergleichung des deutschen Rechts mit dem festlandchinesischen Recht geht. Aber der rechtsvergleichende Teil dieser Arbeit wird vielmehr zeigen, dass trotz der angeblich vereinheitlichenden Tendenz in der politischen Stimmung Chinas eben diese Tendenz im Zinsrecht angesichts einer hochkomplexen und differenzierten Marktordnung eher verschwindet.

B. Zins und Zinsschuld

I. Zinsbegriff

Der „Zins“ im Wirtschaftsleben hat vielfältige Bedeutungen, aber das Recht erfordert einen inhaltlich konstanten Begriff des Zinses in der Sprache der Dogmatik. In den letzten Jahren haben sich mit der raschen Entwicklung der Wirtschaft neue praktische Probleme ergeben, die es notwendig machen, das Verständnis des Zinsbegriffs zu vertiefen. Im Folgenden wird zuerst kurz auf die Bedeutung des „Zinses“ im Wirtschaftsleben hingewiesen, bevor er im rechtlichen Sinne näher untersucht wird.

1. Zins im wirtschaftlichen Leben

Der Begriff „Zins“ wurde im wirtschaftlichen Leben seit jeher verwendet. Aus der Gesamtschau lassen sich die wichtigsten Bedeutungen des „Zinses“ im wirtschaftlichen Sinne in zwei Kategorien aufteilen. Eine davon ist die „Rendite“ oder Gewinnrate. Bei Geschäften von Anleihen zu Anlagezwecken, bei denen der Kurs schwankt, spricht man beispielsweise von einem „Zinssatz von 10 % pro Jahr“, wenn der Anleger nach einem Jahr eine Zahlung von 110 % des Nennwerts der Anleihe vom Verkäufer erhalten kann.[9] Die zweite Bedeutung des Zinses im vorliegenden Sinne kann eher als „Gegenleistung“ interpretiert werden. Im mittelalterlichen Europa zahlte der Käufer beim Rentenkauf Geld oder Eigentum als Entgelt für Rentenzahlungen des Verkäufers auf Lebenszeit oder für einen bestimmten Zeitraum; später wurde der Begriff „Rente“ auch in den Niederlanden und den skandinavischen Ländern als Zinsen im heutigen rechtlichen Sinne verwendet.[10] Der heute im Wirtschaftsleben am häufigsten vorkommende Darlehenszins wurde im mittelalterlichen Europa lange Zeit nicht als „Zins“ bezeichnet, sondern schlicht als „Wucher“ (usura), also „*unangemessenes Wachstum*“, im Sinne einer moralischen Verwerfung wegen des kirchenrechtlichen Zinsverbots.[11]

2. Die wirtschaftliche Funktion des Zinses als „Gegenleistung“

Der „Zins“, der es verdient, hier als ein eigenständiger Begriff im Privatrecht diskutiert zu werden, ist der Zins im Sinne einer „Gegenleistung“. Im römischen Recht galten Zinsen in diesem Sinne als Entschädigung für das Risiko des Kapitalverlusts (*periculum sortis*)[12] oder Risikoprämie[13]. Je wahrscheinlicher es ist, dass der Kreditnehmer die Zahlung nicht zurückzahlt, desto höher ist der Zinssatz.[14] Im 16. Jahrhundert wurde bemerkt, dass der Zins

[9] Vgl. *Kollmann*, Negative Zinsen, Baden-Baden 2016, S. 35 ff.
[10] *Seckelmann*, „Zins“ und „Zinssatz“ im Sinne der Sache, BB 1998, 57, 58.
[11] *Seckelmann*, BB 1998, 57, 58.
[12] *Seckelmann*, BB 1998, 57, 58.
[13] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 58; *Coen*, Der negative Basiszinssatz nach § 247 BGB, NJW 2012, 3329, 3330.
[14] *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11,

die Funktion hat, Kosten und Ausgaben zu decken und einen Gewinn zu erzielen.[15] In der modernen Zeit wird der Zins auch als Ausgleich für das Inflationsrisiko oder das Geldentwertungsrisiko betrachtet.[16] Von der wirtschaftlichen Funktion ausgehend lässt sich der hier zu behandelnde Zins auch als eine Gegenleistung für die „*Bereitstellung von Liquidität auf Zeit*" zusammenfassen.[17]

3. Zins im rechtlichen Sinne

Im Gegensatz zum ökonomisch geprägten Zinsverständnis haben Juristen in jüngster Zeit begonnen, den Zins im Sinne einer Gegenleistung rechtstechnisch feiner zu definieren. In diesen Definitionsversuchen sind Ausdrücke wie „Risikozuschlag", „Inflationsausgleich" als auch „Kostendeckung" fast unersichtlich. Die juristischen Definitionen des Zinses gehen in letzter Zeit vor allem von den Darlehenszinsen aus.[18] Anfang des 20. Jahrhunderts definierte das Reichsgericht Zinsen als „*die vom Schuldner fortlaufend zu entrichtende Vergütung für den Gebrauch eines in Geld oder anderen vertretbaren Sachen bestehenden Kapitals, ausgedrückt in einem im Voraus bestimmten Bruchteile der geschuldeten Menge*".[19] Dieser Definition folgten die damaligen Kommentare[20] und früheren Bundesgerichtshof-Entscheidungen[21] nach dem Zweiten Weltkrieg.

Canaris veröffentlichte allerdings 1978 einen Beitrag mit dem Titel „*Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung*", in dem er die Definition des Reichsgerichts überdachte und sie durch eine neue ersetzte. *Canaris* meinte, die Zinsdefinition des Reichsgerichts, die von einer „Vergütung für den Gebrauch des Kapitals", die „in einem im Voraus bestimmten Bruchteile der geschuldeten Menge" „fortlaufend zu entrichten" sei, ausgehe, sei unzutreffend. Er gab nun seine eigene Definition, dass der Zins ein „laufzeitabhängiges" und „gewinn- und umsatzunabhängiges" Entgelt für die „Möglichkeit der Kapitalnutzung" sei.[22] Diese „*Drei-Elemente*" des Zinses von *Canaris* wurden später vom BGH[23] übernommen und sind nun zur herrschenden Zinsdefinition in Deutschland geworden.[24] Sie besteht seit Jahrzehnten

---

Rn. 3.

[15] *Seckelmann*, BB 1998, 57, 58.

[16] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 59, 75.2; *Seckelmann*, BB 1998, 57, 58; *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 3.

[17] Vgl. *Coen*, NJW 2012, 3329, 3330; *Tröger*, Vertragsrechtliche Fragen negativer Zinsen auf Einlagen, NJW 2015, 657, 659; MüKoHGB/*Schmidt*, 4. Aufl., HGB § 352, Rn. 5.

[18] Vgl. *Mülbert*, Das verzinsliche Darlehen: Konsensualvertrag statt Realkontrakt – oder: synallagmatisches Entgelt statt akzessorischer Zinsen, AcP 192 (1992), 447, 459; *Vogel*, Negativzinsen im Einlagengeschäft der Kreditinstitute, BKR 2018, 45, 49.

[19] Vgl. RGZ 168, 284 (285); RGZ 86, 399 (400 f). Frühe ähnliche Ansicht, dass Zins „*eine in einer Quote der geschuldeten Quantität ausgedrückte, sich nach der Zeitdauer des Genusses bemessende Vergütung*" darstelle, siehe *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Berlin 1899, § 31, S. 217.

[20] BGB-RGRK/*Nastelski*, § 246, Anm. 1.

[21] Vgl. BGH NJW 1964, 294; BGH, Urteil vom 20. November 1970 - V ZR 71/68, WM 1971, 42 (43), Rn. 24 (juris).

[22] Vgl. *Canaris*, Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 1891 ff.

[23] Vgl. BGH NJW 1979, 805 (806); BGH NJW 1980, 2301; BGH NJW 1983, 111.

[24] Vgl. auch Erman/*Hager*, 2020, § 289, Rn. 2.

unverändert und hat sogar den Status eines „*Gewohnheitsrechts*“ erlangt.[25]

Im Folgenden werden zunächst die „Drei-Elemente“ des Zinses kurz diskutiert, nämlich das „Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit“, die „Laufzeitabhängigkeit“ und die „Gewinn- und Umsatzunabhängigkeit“.

(1) Die „Drei-Elemente“ des Zinses

a. Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit

Das RG verstand den Zins als Vergütung für den „Gebrauch“ des Kapitals, und *Canaris* kritisierte, dass „Gebrauch“ in Wirklichkeit einen anderen, aber inhaltlich gleichen Ausdruck für „Nutzung“ darstelle.[26] Bei einem Darlehensvertrag beispielsweise soll der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer das Eigentum an der geliehenen Geldsumme verschaffen und nicht nur den Nießbrauch am Kapital übertragen;[27] der Darlehensnehmer erwerbe das Recht, nicht die konkrete Kapitalsumme, sondern einen abstrakten, wirtschaftlich fremden Vermögenswert zu nutzen.[28] Der Kreditnehmer zahle also Zinsen als Gegenleistung für die bloße Möglichkeit, das Kapital zu nutzen.[29]

In einem Darlehensvertrag steht die Belassungspflicht des Darlehensgebers mit der Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers in einem Synallagmaverhältnis.[30] Die so genannte „Belassung“ bedeutet ferner, dass dem Kreditnehmer vom Kreditgeber eine gewisse Position verschafft wird, über ein abstraktes Vermögensrecht zu verfügen, während diese Position doch nicht endgültig aufrechterhalten werden kann, da schließlich der Kreditnehmer dem Kreditgeber Geld in gleicher Höhe zurückgeben muss.[31] Dies führt zu einem anderen Element des Zinses – der „Laufzeitabhängigkeit“.

b. Laufzeitabhängigkeit

Die „Laufzeitabhängigkeit“ gilt als das entscheidende Element[32] von Zinsen, das ihre besondere Vergütungsfunktion unmittelbar widerspiegelt.[33] Der dogmatische Inhalt dieses Elements ist jedoch nicht leicht nachzuvollziehen. Die Fragen, die hierzu in der Literatur üblicherweise diskutiert werden, lauten: Kann der Zins als absoluter Wert ausgedrückt werden? Kann der Zins in einem Pauschalbetrag einmal und nicht „fortlaufend“ gezahlt werden?

Praktisch gesehen werden die Zinsen fast immer als ein bestimmter Prozentsatz des Kapitals ausgedrückt.[34] Die Angabe des Zinses als Prozentsatz vom Kapital ist jedoch nicht

[25] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 27; *Omlor*, Negativzinsen im Einlagengeschäft– Zugleich Anmerkung zu LG Tübingen, Urt. v. 26.1.2018 – 4 O 187/17, BKR 2018, 109, 110.
[26] *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892.
[27] *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892.
[28] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 453.
[29] *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892.
[30] Nähere Ausführungen vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 457 f.
[31] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 31; *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 463.
[32] *Tonner*/*Willingmann*/*Tamm*, 2010, § 289, Rn. 2.
[33] Siehe auch Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 9.
[34] *Joussen*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stuttgart 2018, Rn. 201; *Brömmelmeyer*, Schuldrecht

notwendig, da es nicht vollkommen unüblich ist, sich auf einen absoluten Wert zu einigen.[35] Vielmehr muss die Höhe der Zinsen nicht bestimmt werden, sondern nur „*bestimmbar*“ sein.[36] Zwar stimmt es, dass Zinsen in der Praxis fast immer wiederholt und laufend zurückzuzahlen sind, aber das kann nicht dem Wesen der Zinsen gleichgestellt werden.[37] Solange der Zins funktionell als eine Gegenleistung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung gewertet wird, spielt es keine Rolle, ob er in einem absoluten Wert oder in einem bestimmten Bruchteil des Kapitals ausgedrückt wird oder ob er einmal oder wiederholt und fortlaufend zu entrichten ist.[38]

Von dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit aus bleibt es den Parteien überlassen, zur Vertragserfüllung die vielfältigen Inhalte der Leistungspflichten und der Empfangsbefugnisse selbst zu gestalten. Dies wird auch durch den ergänzenden Charakter[39] des § 488 Abs. 2 BGB bestätigt. Dadurch ist eine solche Vereinbarung überhaupt möglich, nach welcher der volle Zinsbetrag (z.B. die vertraglich bestimmten Zinsen für ein Jahr) kurz (z.B. einen Monat) nach Begründung des Darlehensverhältnisses zu zahlen ist. Dieser für ein Jahr bestimmte Zins wächst aber nicht innerhalb eines Monats in vollem Umfang linear an und wenn der Vertrag vorzeitig gekündigt wird, muss der Darlehensgeber zwangsläufig die zu viel gezahlten Zinsen entsprechend dem Kapital- bzw. Zeitanteil herausgeben. Davon ausgehend sollte das Element der „Laufzeitabhängigkeit“ der Zinsen eher auf einer „*Ex-post*“-Grundlage untersucht werden, d. h. in Hinblick darauf, wie viel Zinsen der Darlehensgeber letztendlich einbehalten kann. Denn für das Schicksal der Zinspflicht ist im Ergebnis der „*Behaltensgrund*“, d.h. die tatsächliche Dauer der Belassungspflicht des Darlehensgebers, maßgeblich (nähere Ausführung siehe unten II. 1.(2) d.) und weder der Zeitpunkt, zu dem die Zinspflicht von den Parteien willkürlich im Voraus vereinbart wurde, (II.) noch der Zeitpunkt, zu dem die Zinspflicht entsteht oder fällig wird. Wie lange die Belassungspflicht des Darlehensgebers in Wirklichkeit besteht, hängt von der rechtswirksamen Laufzeit des Darlehensverhältnisses ab und muss in jedem Einzelfall nachträglich festgestellt werden.

c. Gewinn- und Umsatzunabhängigkeit

Wie bereits angedeutet, kommt es für den Fortbestand und den Umfang der Zinspflicht nicht auf das tatsächliche Ergebnis der konkreten Kapitalnutzung durch die Parteien im Einzelfall an, sondern abstrakt darauf, wie lange der Darlehensvertrag nach Begründung des Darlehensverhältnisses tatsächlich bestanden hat. Daraus lässt sich das dritte Element des Zinses ableiten, nach welchem das „Ob“ der Zinszahlung nicht davon abhängt, ob die

---

allgemeiner Teil, München 2014, § 3, Rn. 70.

[35] PWW/*Schmidt-Kessel*, § 246, Rn. 5.

[36] *Heermann*, Handbuch des Schuldrechts – Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003, § 4, Rn. 19.

[37] MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 155; BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 1; Hk-BGB/*Schulze*, 2019, § 246, Rn. 3.

[38] Vgl. *Canaris*, NJW 1978, 1891; MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 155; BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 1; Nk-BGB/*Bergdolt*, 2021, § 246, Rn. 7.

[39] PWW/*Schmid*/*Riecke*/*Nobbe*, 2019, § 488, Rn. 1.

Kapitalnutzung in der Praxis wirklich zu einem Gewinn oder Umsatz auf Seiten des Geldnehmers geführt hat (die sogenannte „Gewinn- und Umsatzunabhängigkeit“[40]).

Die moderne Regel, dass Zinsen letztlich unabhängig vom tatsächlichen Ergebnis des Kapitaleinsatzes zu zahlen sind, wurde in der Vergangenheit nicht erwogen, ist jedoch in der heutigen Geldgesellschaft eine Selbstverständlichkeit geworden.[41] Dies liegt zunächst daran, dass das Ergebnis der Kapitalnutzung von einer Vielzahl externer Faktoren häufig leicht beeinflusst werden kann.[42] Falls der Kreditnehmer in einem Kreditvertrag die Zinszahlung mit der Begründung verweigern darf, dass sich die Nutzung des Kapitals in der Tat als nicht gewinnbringend erwies, wäre der Kreditgeber dann mit einer großen Unsicherheit konfrontiert und es wäre äußerst schwer, den innerlichen Antrieb der Personen aufrechtzuerhalten, das Kreditgeschäft fortzusetzen. Dies erklärt sich auch damit, dass die Finanzierung durch einen Kreditvertrag schon begrifflich von der sogenannten „Eigenkapitalfinanzierung“ zu unterscheiden ist.[43] Denn die Zinsen und die Gewinnbeteiligung (z.B. Dividende im Gesellschaftsrecht) haben unterschiedliche Risikostrukturen und sollten nicht gleichgesetzt werden.[44]

(2) Vertiefung des Verständnisses des Zinsbegriffs

Die „Drei-Elemente“ umreißen die grundlegendsten rechtsdogmatischen Merkmale der Zinsen, erklären aber nicht das gesamte Wesen und die gesamten Eigenschaften der Zinsen. Durch die Entwicklung von Praxis und Lehre zeichnen sich nun drei Richtungen eines vertieften Zinsverständnisses ab: Erstens das Einbringen eines modernen Verständnisses der wirtschaftlichen Struktur des Zinses in das rechtlich-normative Zinsverständnis; zweitens die Eingrenzung des Umfangs vom Zinsbegriff auf der Grundlage der Rechtswirklichkeit; und drittens die Erörterung der Frage, ob ein „Negativzins“ auch einen Zins im rechtlichen Sinne darstellen kann oder nicht.

a. Die „wirtschaftlich-normative Betrachtungsweise“

Die „Zinsen“ sind der Gegenstand der „Zinsschuld“ und der „Zinssatz“ ist ein Instrument zur Bestimmung und Messung der Höhe des Zinses. Im Rechtsleben folgen Zinssätze und Zinsen immer einander. Auch wenn die Summe der Zinsen ein für alle Mal absolut festgelegt wird, ist es immer erforderlich, einen dieser Zinssumme entsprechenden Zinssatz zu berechnen, um festzustellen, ob die Zinsvorschriften einschlägig sind und wie sie Anwendung finden. Bei der Berechnung der Zinssätze ist es unumgänglich, sich mit der realen wirtschaftlichen Struktur der Zinsen auseinanderzusetzen. Dies erfordert eine

[40] *Canaris*, NJW 1978, 1891.
[41] Vgl. *Canaris*, NJW 1978, 1891.
[42] M.w.N. siehe *Canaris*, NJW 1978, 1891.
[43] Vgl. Staudinger/*Freitag*/*Mülbert*, 2011, § 488, Rn. 210; Staudinger/*Freitag*, 2015, § 488, Rn. 210.
[44] Vgl. RGZ 86, 399, 401; RGZ 168, 284, 286.

„*wirtschaftlich-normative Betrachtungsweise*“ der Zinsen und ihrer Berechnung.[45] Dieser Weg zum Verständnis ist heute leicht möglich, da die Computertechnologie schon hoch entwickelt und allgemein zugänglich ist. Daher ist das alte Sprichwort „*judex non calculat*“ also aus der Mode gekommen. [46]

(a) Die „Zinseszins“-Struktur des Zinses

Bei der Berechnung der Zinsbelastung eines Geschäfts kann man mit einem gesunden Menschenverstand den Ansatz der Nominalzinsmethode wählen, d.h. [47]

$$\text{Zinssatz} = \frac{\text{Zinsen} \times 100}{\text{Kapital} \times \text{Laufzeit}}$$

Die Idee hinter dieser Berechnung ist bei *Reifner* als „*Früchtetheorie*“ genannt. Die sogenannte Früchtetheorie besagt, dass der Landwirt den Ertrag seines Landes einfach in einen jährlichen Getreideertrag pro Hektar umrechnet.[48] Diese Berechnungsmethode setzt lediglich die Kenntnis der einfachen Arithmetik voraus und ermöglicht aufgrund der einfachen Unterscheidung zwischen „Ertrag“ und „Land“ eine sehr schnelle Berechnung des absoluten Betrags der zu leistenden Zahlung („Ertrag“ oder Zinsen).[49]

Das Verständnis der Früchtetheorie vom Verhältnis zwischen Leistung und Ertrag des Landes basiert indes nicht auf einer tatsächlichen Betrachtung, sondern auf einer abstrakten, linearen Berechnung, d.h. einer Abrechnung über einen beliebigen festen Zeitraum (z.B. ein Jahr), aus der sich für jedes Stück Land über den gleichen Zeitraum ein gleicher Ertrag ableiten lässt. Die Inkorrektheit dieser Abrechnung lässt sich anhand der folgenden Beispiele veranschaulichen:

Beispiel 1: 500 Einheiten Ackerland werden von P beim V für ein ganzes Jahr gepachtet und am Ende des Jahres müssen alle Einheiten zurückgegeben und 10.000 Pfund Ernte abgeliefert werden;

Beispiel 2: Die Bedingungen in Beispiel 1 bleiben gleich, aber es wird durch die Parteien zusätzlich vereinbart, dass P dem V zum Schluss jedes Quartals 125 Einheiten Ackerland vorzeitig zurückgeben soll.

Offensichtlich ist die Belastung für P in Beispiel 2 größer als in Beispiel 1, da er im Vergleich zum Beispiel 1 die gleiche Ernte im gleichen Zeitraum, aber auf weniger Fläche erzielen muss. So kann die tatsächliche Belastung des Pächters manchmal sehr unterschiedlich ausfallen, auch wenn die „nominale Ertragsrate“ der Länder dieselbe ist.

Wenn diese Nominalzinsmethode auch im Darlehensvertrag verwendet wird, dann ist sie wiederum kein zutreffendes Instrument für die Bemessung der Belastung des

---

[45] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 23; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 22; *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 19, Rn. 17.

[46] Vgl. *Steinmetz*, Sittenwidrige Ratenkreditverträge in der Rechtspraxis auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung, NJW 1991, 881, 887.

[47] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 21, Rn. 9.

[48] *Reifner*, Zinsberechnung im Recht, AcP 214 (2014), 695, 703.

[49] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 703.

Darlehensnehmers. Sie stellt nur eine „willkürliche“[50] Berechnungsmethode dar, da sie nur den absoluten Wert der Zinssumme bestimmen kann. Sie stellt keineswegs ein genaues Maß dar, um die tatsächliche finanzielle Belastung durch den Darlehensvertrag zu ermitteln.

Um die tatsächliche Belastung durch Zinsschulden genau festzulegen, muss man die reale Wachstumsrate des überlassenen Kapitals ermitteln. Technisch gesehen muss dies in erster Linie auf der ökonomischen Überlegung beruhen, dass der Zins die zukünftige Wertsteigerung des Kapitals sei (die Überlegung als systematische Erörterung stammt von dem österreichischen Ökonomen *Eugen von Böhm-Bauwerk* [1851-1914][51]), und danach muss eine Berechnung der realen Wachstumsrate des Kapitals, die in der Betriebswirtschaftslehre unter Umständen auch als „der *interne Zinsfuß*“ bezeichnet wird, auf einer Art von „Zinseszins“-Methode vorgenommen werden.[52] Diesem Berechnungsansatz schließt sich auch die Anlage zu § 16 PAngV[53] an.

Dieser Ansatz ist den deutschen Rechtswissenschaftlern heute auch als „*Wachstumstheorie*“ bekannt.[54] Er war in den Rechtssystemen der entwickelten westlichen Marktwirtschaften aber schon seit Jahrzehnten allgemein bekannt. Auf europäischer Ebene haben die Gesetzgeber beispielsweise seit der Entschließung[55] des Rates der Europäischen Gemeinschaften von 1975 die Mitgliedstaaten verpflichtet, im Inland gesetzliche Vorschriften zu erlassen, die eine genaue Berechnung und Offenlegung des effektiven Zinssatzes für Verbraucherkredite vorschreiben. Die Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 sieht sogar eine einheitliche Methode zur Berechnung des Effektivzinssatzes für Verbraucherkredite innerhalb der Europäischen Union vor. Das angelsächsische Recht wie das des Vereinigten Königreichs oder jenes der Vereinigten Staaten nimmt auch denselben Ansatz auf, um die echte Zinsbelastung durch einen Kreditvertrag zu ermitteln. [56] Auch in China gilt dasselbe.[57]

---

[50] Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 711.

[51] *v. Böhm-Bauwerk* wies darauf hin, dass sich die Schätzung des Wertes der Güter (wie etwa abgelegener Wein) nicht nur nach dem Nutzen, den die Güter einem im Augenblick bringen, sondern auch nach jenem Nutzen, den sie einem in Zukunft bringen werden, richtet. Vgl. *v. Böhm-Bauwerk*, Kapital und Kapitalzins, Jena 1921, S. 434 f. Daher sind die Zinsen für das auszuzahlende Kapital bei einem Darlehensvertrag in Wirklichkeit die „zukünftige“ Wertsteigerung des Kapitals, d.h. die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Wert des Kapitals und dem zukünftigen Wert desselben Kapitals. Ausführliche Darstellung vgl. *v. Böhm-Bauwerk*, Positive Theorie des Kapitals, Innsbruck 1889, S. 375 f. Die Berufung juristischer Literatur auf die Gedanken von v. *Böhm-Bauwerk*, vgl. Fußnote 120 in: BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 60.

[52] Vgl. *Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, 10. Aufl., Tübingen 2018, S. 331.

[53] BGBl I 2021, S. 4921.

[54] Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 704; *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 21, Rn. 14 ff.

[55] Vgl. Entschließung des Rates vom 14. April 1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 92 vom 25. April 1975, S. 1 ff.

[56] Vgl. *Wessels*, Zinsrecht in Deutschland und England, Berlin 1992, S. 86 f; *Seckelmann*, BB 1998, 57, 66.

[57] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Tian Gang, Zhou Jing und der Zhong Yuan Treuhand GmbH (上海金融法院(2020)沪 74 民终 1034 号).

Wird die Wachstumstheorie zur Bemessung des Zinssatzes in einem Beispiel eines einjährigen *Festdarlehens* mit einer Valuta von 10.000 € und einem Nominalzinssatz von 10 % pro Jahr herangezogen, so wird die Summe der Zinsen nicht mehr durch eine einfache Formel von 10.000 x 10 % berechnet. An dieser Stelle verhält es sich mit der Gleichung ganz anders.

Es wäre etwa notwendig, zunächst davon auszugehen, dass zu Beginn ein effektiver monatlicher Zinssatz als *i* unterstellt wird, um dann den Berechnungsprozess wie folgt zu entfalten: Der Valutabetrag wird um 10.000 x *i* gewachsen sein, nachdem ein Monat seit dem ersten Tag, an dem er vom Kapitalgeber an den Kapitalnehmer ausgezahlt wurde, vergangen ist. Am Ende dieses Monats beträgt der Gesamtwert des Geldes in den Händen des Kapitalnehmers 10.000 + 10.000 x *i*. Nach einem weiteren Monat erzeugt dieses Geld einen weiteren Anstieg von 10.000 x *i* + (10.000 x *i*) x *i*. Zum Schluss dieses Monats beträgt der Gesamtwert des Geldes in den Händen des Kreditnehmers 10.000 + 10.000 x *i* x 2 + (10.000 x *i*) x *i*. Das Ergebnis eines solchen exponentiellen Anstiegs (anstelle eines linearen Prozesses der Nominalzinsberechnung)[58] sollte schließlich mit der ursprünglich vereinbarten Summe von Kapital und Zinsen von insgesamt 11.000 € korrespondieren, die nach der Vereinbarung (hier: als *Festdarlehen*) am Ende des Jahres einmal zurückzuzahlen sind.

Der dadurch mit Computer ausgerechnete monatliche Effektivzinssatz von etwa 0,79741% entspricht nicht dem monatlichen Nominalzinssatz (10%/12≈0,833%). Die Berechnung der monatlichen Effektivzinsen kann in einer Tabelle wie folgt dargestellt werden:

Monat	**Die monatlichen Effektivzinsen**
1	79,74 €
2	80,38 €
3	81,02 €
4	81,67 €
5	82,32 €
6	82,97 €
7	83,63 €
8	84,30 €
9	84,97 €
10	85,65 €
11	86,33 €
12	87,02 €
Summe der Zinsen:	**1.000 €**

Wendet man denselben Berechnungsansatz auf einen *Ratenkredit* an, weicht das Ergebnis auch oft nicht unerheblich von dem ausgewiesenen Nominalzins ab. Bei einem Ratenkreditvertrag mit einem Kapital etwa von 10.000 €, einem nominalen Zinssatz von 10 % pro Jahr und einer Laufzeit von einem Jahr, aber mit gleichmäßigen Zahlungen von 916,67 €

[58] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 704.

einschließlich Valuta und Zinsen am Ende eines jeden Monats, kann ein Computer nach demselben Ansatz den effektiven jährlichen Zinssatz auf etwa 19,53 % festlegen, was viel höher ist als der nominale Zinssatz von 10 % pro Jahr.

(b) Die normative Betrachtung

Man könnte einwenden, dass der Gedanke, dass die Zinsen bei ihrer Berechnung „aufgezinst" werden, ein rein wirtschaftlicher sei, der nicht in den Bereich des Rechts, insbesondere den des Zivil- und Handelsrechts, falle. Dem ist jedoch nicht so.

aa) Der Behaltensgrund der Zinsschuld bestimmt sich nach einer „Zinseszins"-Methode

Die oben genannte mathematische Berechnungsmethode von Zinsen als „Zinseszinsen" ermöglicht zwar eine genaue Messung der tatsächlichen Belastung des Kreditnehmers durch die Zinsschuld[59], diese Methode begründet selbst aber keine unmittelbaren Ansprüche auf „Zinseszinsen". D.h. der Zins, der mit dem „Effektivzins" berechnet wird, ist nicht unmittelbar einem gesetzlichen Zinsanspruch oder einer vertraglichen Zinsschuld[60] gleichzusetzen und stellt daher keinen Gegenstand des Zinseszinsverbots im herkömmlichen Sinne (§ 248 Abs. 1 BGB) dar[61], der sich nur auf Zinsschulden zum Nominalzins oder -zinssatz richtet. Zudem unterscheidet sich diese Berechnungsmethode auch von dem Ansatz zur Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem eine Zinsschuld fällig wird.[62] Bereits § 488 Abs. 2 BGB stellt klar, dass der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Zinsschuld von den Parteien grundsätzlich beliebig vereinbart werden kann und keinen spezifischen mathematischen Beschränkungen unterliegt. Eine „ex post"-Perspektive, die sich auf die „Laufzeitabhängigkeit" der Zinsen stützt, zeigt jedoch, dass mit dem Ablauf der rechtswirksamen Zeitdauer des Darlehensvertrags der „Behaltensgrund" des Darlehensgebers für die Zinszahlung auch nach der mathematischen „Zinseszins"-Methode anwächst. So lässt sich bei vorzeitiger Beendigung eines Darlehensvertrags präzise berechnen, wie viel Zinsen der Darlehensgeber letztlich einbehalten kann und wie viel „nicht verbrauchte" Zinsen an den Darlehensnehmer zurückgezahlt werden müssen, falls dieser die gesamten Zinsen bereits vorzeitig gezahlt hat.[63]

bb) Bestätigung des Charakters der Zinsen als „mittelbare Rechtsfrüchte"

Eine erneute Prüfung der dogmatischen Elemente der Zinsen als „laufzeitabhängiges" und „gewinn- und umsatzunabhängiges" Entgelt im Lichte ihrer ökonomisch ureigenen „Zinseszins"-Struktur bestätigt außerdem, dass Zinsen im Wesentlichen eine fiktive Vergütung sind, deren echter und einziger Wachstumsfaktor bloß in dem rechtswirksamen Zeitablauf der Kapitalnutzungsmöglichkeit zu sehen ist.[64] Das

[59] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 730; BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 61.5; *Seckelmann*, BB 1998, 57, 59.
[60] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 45.
[61] Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 730.
[62] Vgl. BGH NJW-RR 1988, 363 (364); *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 710, 730.
[63] Vgl. auch *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 739.
[64] *Seckelmann*, BB 1998, 57, 58 ff.

bedeutet, dass das Verhältnis zwischen Zins und Kapital abstrakt auf der Grundlage mathematischer Gesetze konstruiert wird, das auf der Vorstellung beruht, dass Geld selbst an Wert zunehmen kann und auf dem Inhalt (Kapitalbetrag, Nominalzinssatz oder ein absoluter Wert des Zinses usw.) basiert, der auf künstliche und willkürlich festgelegte Rechtsverhältnisse (Verträge, Gesetze) zurückzuführen ist.[65] Aber im Sinne der „Natur der Sache", wie *Aristoteles* und später die mittelalterlichen Gelehrten des Kirchenrechts es ausdrückten, „produziert" „*die Sterilität des Geldes*" Geld selbst nicht.[66] Somit unterscheidet sich der Zins vom Entstehungsmechanismus her von den natürlichen Produkten wie der Ernte eines Ackerlands und stellt keine Sachfrüchte gemäß § 99 Abs. 1 BGB oder Rechtsfrüchte gemäß § 99 Abs. 2 BGB, sondern mittelbare Rechtsfrüchte gemäß § 99 Abs. 3 BGB dar.[67]

cc) Die „Zinseszins"-Methode bedarf einheitlicher gesetzlicher Maßstäbe

Darüber hinaus unterliegt der „Zinseszins"-Gedanke bei der Zinsberechnung dem Rahmen des jeweiligen Rechts. Die in den Wirtschaftswissenschaften verwendeten mathematischen Methoden zur Berechnung der Effektivzinsen können je nach Einheit der „*Zinsverrechnungsperiode*"[68] ganz unterschiedliche Ergebnisse liefern. Das Recht muss einen einheitlichen Berechnungsmaßstab gewährleisten, um den Anforderungen der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Gleichheitsprinzips gerecht zu werden. In Deutschland beispielsweise wurde zur Umsetzung der effektiven Zinsberechnungsmethode gemäß dem Anhang der „Verbraucherkreditrichtlinie" (2008/49/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 in der Anlage zu § 16 PAngV die gesetzliche Mindesteinheit der Zinsverrechnungsperiode auf „Tag" festgelegt. Dort werden zugleich die Einheiten zur Umrechnung vorgeschrieben, nämlich dass ein „Jahr" 365 „Tagen" (366 „Tagen" in Schaltjahren), 52 „Wochen" oder 12 „Standardmonaten" entspricht, während, wenn nur „Standardmonate" betrachtet werden, jeder „Standardmonat" 30,41666 „Tage" umfasst, ohne die Besonderheiten bei Schaltjahren zu berücksichtigen.

dd) Einführung des „Zinstransparenz"-Prinzips

Aus den vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass nur der Effektivzinssatz die tatsächliche Belastung durch die Zinsverpflichtung korrekt widerspiegelt. Ausgehend von diesem Verständnis bestimmen das deutsche und das europäische Recht (Art. 247 §§ 6, 10-13 EGBGB, § 494 Abs. 1 BGB, Art. 4 der Richtlinie 2008/48/EG) einen Grundsatz der „Zinstransparenz" im Darlehensrecht: Der Kreditgeber muss dem Kreditnehmer den Effektiv(jahres)zins im Kreditvertrag rechtsgemäß angeben.[69] Mit der Einführung des Gebots

---

[65] *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 19, Rn. 3.

[66] *Aristoteles* meinte, dass Zinsen die Art des Kapitalerwerbs seien, die am meisten der Natur zuwiderlaufe. Siehe *Aristoteles*, Politik, übersetzt und herausgegeben von *Franz F. Schwarz*, Ditzingen 2019, S. 98. Ähnliche Ansichten der frühmittelalterlichen Kirchenrechtler, siehe auch *Zimmermann*, The law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996, S. 170 f.

[67] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 44; *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 19, Rn. 19.

[68] Ausdruck siehe *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 701.

[69] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 25, S. 352.

der „Zinstransparenz“ können Darlehensverträge mit unterschiedlichen Tilgungsplänen (Ratenkredite, Festkredit) eine recht vergleichbare Struktur aufweisen, so dass die Darlehensnehmer ihre tatsächlich zu tragende Belastung auf einen einzigen Blick mit anderen vielfältigen Darlehensprodukten auf dem Markt vergleichen und davon das günstigste auswählen können.[70] Damit wird man auf rechtlichem und technischem Wege dem aktuellen rechtspolitischen Anliegen der meisten Länder der Welt gerecht, Transparenz und Wettbewerb auf dem Finanzierungsmarkt zu fördern[71] und die Kreditaufnahme- und Finanzierungskosten für soziale Akteure zu senken.

ee) Auswirkung auf die Kontrolle der Darlehenszinsen

Im Zusammenhang mit der Zinskontrolle anhand richterrechtlicher Höchstgrenzen nach § 138 Abs. 1 BGB wird der Effektivzinssatz häufig auch als „*Gesamtkosten*“ der Kreditaufnahme (§ 16 Abs. 3 PAngV[72]) oder als „*echter Preis*“[73] bezeichnet. Nachdem der tatsächliche Effektivzinssatz des Darlehensvertrags berechnet wird, verlangt die Rechtsprechung, diesen Zinssatz mit der Zinsobergrenze zu vergleichen.[74] Der „Zinseszins“-Ansatz spielt hier auch eine entscheidende und positive Rolle. Einerseits wird damit mathematisch dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichheit (Art. 3 GG) Rechnung getragen, so dass das verfehlte, aber häufig vertretene Verständnis nicht mehr vorherrscht, dass bei einem gleichem Nominalzinssatz für die gleiche Valutasumme die Belastung auch gleich hoch sei.[75] Würde die Zinsbelastung hingegen von Anfang an am Nominalzinssatz gemessen, so würden auch die Zinsobergrenzen versagen. Denn es könnte den Darlehensgebern ermöglichen, riesige Gewinne dadurch zu machen, dass sie die Obergrenze scheinbar einhielten, indem sie die Gelder einfach vermehrten, zum Beispiel durch kompliziertere Gestaltungen wie Ratenkredite oder kurzfristige Kredite. Um eine solche „Umgehung“ durch Veränderung oder Umgestaltung der Transaktionsmodelle zu verhindern, gibt es keine präzisiere Alternative zur Zinsberechnung als mit Hilfe des „Zinseszins“-Ansatzes.

b. Die Erweiterung des Umfangs des Zinsbegriffes?

In der Rechtswirklichkeit gibt es viele andere Entgelte, die den Anschein von „Zinsen“ erwecken, beispielsweise Einmalkosten für Kreditgeschäfte. Auch die Einordnung der gesetzlichen Zinsen und die Abgrenzung zwischen Zinsen im rechtlichen Sinne und Mieten sind problematisch. Folgend ist daher zu erörtern, ob der Zinsbegriff von diesen Entgelten abgegrenzt werden sollte oder er sie einbeziehen kann.

---

[70] Vgl. Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 91; MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 55; Richtlinie 2008/48/EG, Erwägungsgrund 43.

[71] Vgl. MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 55; BeckOGK/Coen, 2021, § 246, Rn. 25.

[72] BGBl I 2021, S. 4921.

[73] Vgl. *Tiffe*, Die Zulässigkeit von Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen, VuR 2012, 127, 130.

[74] Siehe unten E. III. 1. (1) a.

[75] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 714 f.

(a) Einmalkosten

Bei einem Kreditgeschäft vereinbart der Kreditgeber mit dem Kreditnehmer neben den Zinsen häufig auch Einmalkosten wie Bearbeitungsgebühren, Vermittlungsgebühren etc. Ob diese Kosten in den rechtlichen Zinsbegriff miteinbezogen werden können, ist in der Literatur nicht abschließend behandelt.

Begrifflich gesehen gelten die Einmalkosten als ein „laufzeitunabhängiges" Entgelt, das im Gegensatz zum Zins als laufzeitabhängige Vergütung für die Kapitalnutzungsmöglichkeit steht. Im typischen Fall von Bearbeitungsgebühren als Einmalkosten ist deren Gegenleistung eine Tätigkeit des Darlehensgebers zur „Beschaffung und Hingabe des Kapitals", welche auch „Vertragsausarbeitung" genannt wird.[76] Die Ausdrücke „Kapitalbeschaffung und –hingabe" sowie „Vertragsausarbeitung" scheinen als Hilfsdienste den „Leistungszweck" zu enthalten, dem Kreditnehmer die „Möglichkeit der Kapitalnutzung" zu verschaffen, welche die Überlassung des Geldwertes beinhaltet und somit die „Hingabepflicht" des Kreditgebers ergänzt. Unter den Leistungen, die der Bearbeitungsgebühr und den Bearbeitungskosten gegenüberstehen, werden immer begleitende Tätigkeiten verstanden, die in der Rechtsprechung etwa als die Kreditwürdigkeitsprüfung des Kunden durch die kreditgebende Bank, die Vorbereitung der Urkunde und Unterlagen zum Vertragsabschluss, die Erfassung oder die Aufzeichnung der Kundengespräche, die Bearbeitung der Nachfragen, die Erstellung und Überprüfung des Vertragsentwurfs, die Deckung der Kapitalmittel und die Nachbereitung der Kundenbeziehung[77] sowie die Kundenberatung vor Vertragsabschluss konkretisiert werden.[78] Bei „Vermittlungsgebühren" beziehen sich diese Tätigkeiten auf die Dienstleistungen, die der Kreditgeber oder Vermittler dem Kreditnehmer im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme erbringt.

Anhand der wirtschaftlichen Züge dieser Tätigkeiten lässt sich der Unterschied zu der „Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit" als Gegenleistung der Zinsen gut erkennen. Kurz gesagt implizieren diese Tätigkeiten im Zusammenhang mit Einmalkosten keinen mit der Zeitdauer homogen anwachsenden pekuniären Wert wie die „Kapitalnutzungsmöglichkeit", von der man annimmt, dass sich der Vermögenswert der in diesem Zusammenhang anfallenden Einmalkosten nicht einfach nach der Zeit richtet. Die in diesem Rahmen anfallenden Tätigkeiten werden häufig in kürzester Zeit abgeschlossen und sind damit nicht mit einer kontinuierlichen und auf eine bestimmte Dauer ausgelegten Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit gleichzusetzen. Diese Auffassung stützt auch die derzeitige h.M., nach welcher der Darlehensnehmer im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Darlehensverhältnisses vom Darlehensgeber keine zeitanteilige Rückzahlung

[76] Vgl. MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 7; *Gorniak*, Regelungen für den Verzugsfall in Kreditverträgen, NJW 1969, 2124, 2125; BGH NJW 1964, 294.

[77] Vgl. OLG Zweibrücken, MDR 2011, 1125 f.

[78] Diese Tätigkeiten wurden dort spezifisch und zentral aufgeführt: BGH NJW 2014, 1325, 1331 f; OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951, 953; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Februar 2011 - I-6 U 162/10, Rn. 14 (juris); OLG Zweibrücken, MDR 2011, 1125 f.

der schon gezahlten Einmalkosten verlangen kann, wenn der Darlehensgeber bereits die Tätigkeit der „Beschaffung und Hingabe des Kapitals“ geleistet hat; dagegen sei der Darlehensgeber bei einem vorzeitig gekündigten Darlehen weiterhin verpflichtet, dem Darlehensnehmer die Zinsen zurückzugeben, die er über den Zeitraum der rechtswirksamen Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit hinaus erhalten hat.[79]

Reifner sprach sich dafür aus, in Zukunft einen „einheitlichen Weg“ zum Zinsbegriff zu schaffen, der auch einmalige Kosten in die Kategorie der Zinsen einbezieht.[80] In Bereichen wie der Zinskontrolle nach Höchstgrenzen und der AGB-Kontrolle wäre dieser Ansicht in Hinblick auf die Ergebnisse Recht zu geben. Beispielsweise müsste der Begriff „Zinssatz“ im Zusammenhang mit der Zinskontrolle nach § 138 BGB gewiss weit ausgelegt werden, um eine „Umgehung“ durch Einmalkosten zu verhindern. Eine einmalige Gebühr direkt bei der Definition unter dem Begriff „Zinsen“ zu subsumieren, würde aber zu weit gehen. Dies könnte zu Vielschichtigkeit und anschließender Verwirrung innerhalb der Definitionen der Darlehensentgelte führen, indem es hinsichtlich des wirtschaftlichen Charakters der Gegenleistungen der Zinsen immer eine differenzierte Interpretation bedürfe. Außerdem würde durch eine solche Miteinbeziehung der Einmalkosten in die Zinsen die Tätigkeit, der die Einmalkosten gegenüberstehen, rechtlich nicht mehr vereinbarungsfähig sein, was im Ergebnis die Privatautonomie unmittelbar antasten würde. Dass eine konstante Konnotation des Begriffs „Zins“ beibehalten wird, hätte einer praktischen Ausdehnung der Vorschriften über Zinskontrolle nicht widersprechen können. Somit besteht keine Notwendigkeit, einen „einheitlichen Zinsbegriff“ zu schaffen, der sich innerlich so heterogen bildet.

(b) Die gesetzlichen Zinsen

In der Literatur wurde vertreten, dass der gesetzliche Zins im Gegensatz zum vertraglichen Zins nur „deskriptiv“ sei.[81] Somit wäre jeder Versuch aufzugeben, die gesetzlichen Zinsen mit den vertraglichen Zinsen zu vereinen. Zwar ist zuzustimmen, dass sich die gesetzlichen Zinsvorschriften keine einheitliche Ratio teilen und oft einen unterschiedlichen Normzweck aufweisen.[82] Versuche, alle gesetzlichen und vertraglichen Zinsen zu vereinheitlichen, erscheinen aber bereits in ihrem Ausgangspunkt bedenklich. Daher wird im Folgenden nur die Frage behandelt, ob zinsförmige Ansprüche im Bereicherungs- und Schadensersatzrecht auch den Zinsen im rechtlichen Sinne zuzurechnen wären.

Es wurde weiter vertreten, dass, wenn die Zinsen gezahlt und der Darlehensvertrag danach für nichtig erklärt werden würde, der Darlehensgeber die vom Darlehensnehmer erhaltenen „Zinsen“ zurückzahlen sollte, es sich aber um eine Schuld aus ungerechtfertigter

---

[79] Der von dem Gesichtspunkt der Rechtsfolgen bei Rückabwicklung des Darlehensverhältnisses aus definierte Zinsbegriff wird in der Literatur auch als „*funktionaler Zinsbegriff*“ bezeichnet. Vgl. *Linden*, AGB-rechtliches Transparenzgebot bei Zinsanpassungsklauseln, WM 2008, 195, 199.

[80] Vgl. *Reifner*, Zinsfiktionen und AGB-Gesetz, NJW 1989, 952, 963.

[81] *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 5.

[82] *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 498.

Bereicherung und nicht um eine echte Zinsschuld handele.[83] Ähnlich wird die Auffassung vertreten, dass Schadenersatz (einschließlich der gesetzlichen Ansprüche auf Verzugszinsen und einer rechtsgeschäftlichen „Pauschalierung des Schadenersatzes“) und Vertragsstrafe ebenfalls keine Schulden in Form von Vergütung (Gegenleistung) und somit keine Zinsschulden seien, selbst wenn sie zinsförmig ausgedrückt werden würden.[84]

Da bei dem Anspruchsteller der gesetzlichen Zinsen häufig eine „Kapitalentbehrung“ vorausgegangen ist, liegt der Kern der Kontroverse darin, welche Perspektive für die Betrachtung der Zinszahlung zu wählen ist und ob sie es erlaubt, den Zinsbegriff in gewissem Umfang auf gesetzliche Zinsen auszudehnen. *Blaschczok* konzentrierte sich auf Merkmale der gesetzlichen Zinsen und argumentierte, dass es sich bei der Gegenleistung von Zinsen gerade um die „Kapitalentbehrung“ des Kapitalberechtigten handele.[85] *Omlor* vertrat dagegen die Auffassung, dass eine Zinsdefinition nur in Hinblick auf die Überlassung der Kapitalnutzung durch den Kapitalgeber zu schaffen sei, denn der entscheidende Anreiz für die Zinszahlung sei ebenso wie der Anreiz für das Bewirken einer Gegenleistung in anderen Tauschverträgen der Vermögenszuwachs für den Leistenden und nicht irgendein bloßer Verlust für denjenigen, der seine Leistung erbringe.[86]

Die vorstehenden Ausführungen sind zu bezweifeln. Kein Zweifel besteht daran, dass die Zinszahlung an den Erhalt einer Kapitalnutzungsmöglichkeit durch den Zinszahler geknüpft sein muss, da die gezahlten „Zinsen“ sonst kein „Kapital“ als ihren Ursprung hätten und nur als „Rente“ bezeichnet werden würden.[87] Die sogenannte „Kapitalentbehrung“ beim Kapitalberechtigten oder die „Kapitalnutzung“ beim Kapitalempfänger ist indessen nur eine typisierende Beschreibung der praktischen Konstellationen.[88] Hätte der Zinszahler seinerseits bereits zuvor Kapital gesammelt, so änderte sich an diesem faktischen Vorgang bloß die normative Bedeutung der Tatsache, dass der Zinszahler weiterhin im „Besitz“ einer Kapitalnutzungsmöglichkeit ist, wenn er sein Recht auf die Nutzung des überlassenen Kapitals und dadurch die Möglichkeit des Kapitalberechtigten, über das Kapital zu verfügen, verliert. An der Tatsache selbst, dass der Zinszahler im „Besitz“ des Kapitals ist, ändert sich hingegen nichts. Auf diese Einschätzung stützt sich der deutsche Gesetzgeber auch, wenn er das Verhalten des in Verzug der Rückzahlung geratenen Darlehensnehmers oder das vertretbare Verhalten des Käufers als Aufnahme eines „*Zwangskredits*“[89] vom Darlehensgeber oder Verkäufer bezeichnet. Mit anderen Worten verfügt der vertragsuntreue Kreditnehmer oder der Käufer immer noch über ein „Kapital“, das bereits

[83] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 289, Rn. 6.
[84] Ähnliche Ansicht siehe *Junglas*, Entgangene Anlagezinsen als Nebenforderung?, NJOZ 2013, 1641, 1643; *Junglas*, Zur Erstattungsfähigkeit entgangener Anlagezinsen, BRK 2013, 368.
[85] Vgl. Staudigner/*Blaschczok*, 1997, § 246, Rn. 7.
[86] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 23. Ähnliche Ansicht, siehe *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 43.
[87] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 42; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 28.
[88] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 496.
[89] Vgl. BT-Drs. 11/5462, S. 13.

„aufgebracht“ wurde, aber die normative Bedeutung der Art und Weise, wie es erfolgt, hat sich geändert. In diesem Falle erleidet der Kapitalberechtigte sicher einen „Kapitalverlust“, weil er das Kapital nicht plangemäß erwerben kann, was aber im Wesentlichen auch eine bestehende vorherige „Kapitalaufnahme“ oder „Kapitalauszahlung“ (oder zusammengefasst „*Kapitalüberlassung*“ oder „*Kapitalinanspruchnahme*“[90]) voraussetzt.[91] Die Besonderheit besteht nur darin, dass es sich bei gesetzlichen Zinsansprüchen immer um eine „rechtsgrundlose“ oder „unfreiwillige“ Kapitalaufnahme oder Kapitalauszahlung handelt.

Wie schon gezeigt, unterscheiden sich die vertraglichen Zinsen und die gesetzlichen Zinsen (zinsförmige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Schadensersatz) geringfügig. Die beiden fallen vielmehr grundsätzlich unter den Zinsbegriff der „Drei Elemente“. Der Unterschied, dass die Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit im Falle des vertraglichen Zinses „freiwillig“ und im Falle des gesetzlichen Zinses „unfreiwillig“ ist und dass der gesetzliche Zins gesetzlich vorgesehen ist, während der vertragliche Zins durch die Privatautonomie bestimmt wird, gibt allenfalls einen oberflächlichen Hinweis darauf, dass der jeweilige Rechtsgrund für den vertraglichen und den gesetzlichen Zins unterschiedlich ist.

(c) Der „Mietzins“

Mietverträge gehören zu den Dauerschuldverhältnissen, wobei die Miete als Gegenleistung in Mietverträgen auch ein gewisses zeitabhängiges Element aufweist. Die Römer nutzten die Konstruktion eines Mietvertrags (*locatio conductio*), um den Fall einer Nutzung fremden Kapitals zu erklären, und in den Pandekten wurden Mietverträge (*locatio conductio*) in Mietverträge für Sachen (*locatio conductio rei*) und Mietverträge für Arbeitsleistungen (*locatio conductio operarum/operis*) unterteilt.[92] Das zinslose Darlehensgeschäft namens *mutuum*[93] entspricht aber nicht der römischen Miete, da die *locatio conductio* ein entgeltliches Geschäft ist, das auf den Umsatz von Gebrauch „*gegen Geld*“ gerichtet ist.[94] Das *mutuum* war ein unentgeltliches Geschäft. Für eine Verzinsung mussten Darlehensgeber und Darlehensnehmer eine förmliche Zusatzvereinbarung treffen, das heißt neben dem Darlehensvertrag noch eine Stipulation abschließen. Heute ist das Darlehensgeschäft aber gesetzlich sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich möglich (§§ 488 Abs. 1 Satz 2, 607 Abs. 1 Satz 2 BGB). Daher wäre nun ein entgeltlicher Überlassungsvertrag für vertretbare Sachen (Geld- oder Sachdarlehen) mit einem Mietvertrag vergleichbar; beide Vertragsarten dienen der vorübergehenden Überlassung von Nutzungsrechten an einer Sache gegen Entgelt.[95] Dies scheint auf eine Ähnlichkeit von Miete und Darlehen sowie von

[90] Vgl. *Mülbert*, AcP 192(1992), 447, 496, 498.
[91] Vgl. *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 6.
[92] Vgl. *Windscheid*/*Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (Neudrucke 1963), § 399, S. 719.
[93] *Honsell*, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015, § 41, S. 119.
[94] Vgl. *Windscheid*/*Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (Neudrucke 1963), § 399, S. 717.
[95] Vgl. *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 158 ff.

„Mietzins“ und Darlehenszins hinzudeuten, obgleich ein Wesensunterschied darin besteht, dass beim Sachdarlehen die Sachen übereignet werden, hingegen bei der Miete nicht. Daher muss untersucht werden, ob Zinsen von Mietzinsen unterschieden werden sollen und ob es grundsätzlich möglich ist, die Zinsvorschriften analog auf die des Mietrechts anzuwenden.

Auf den ersten Blick sind die Mietsache und der gezahlte Mietzins von unterschiedlicher Art, während Zins und Kapital in der Praxis häufig von derselben sind, d. h. als Geldwert bestehen. In der Literatur war aber auch ein normativer Unterschied zu sehen, der als „Homogenität“ der Leistung und Gegenleistung bezeichnet war.[96] Dagegen wurde jedoch auch vielfach vertreten, dass Zins und Kapital von heterogener Art sein können.[97] So wird beispielsweise in § 607 Abs. 1 Satz 2 BGB, der das Sachdarlehen regelt, von „Entgelt“ anstelle von „Zinsen“ gesprochen. Andererseits betont die Literatur, dass das hier genannte „Entgelt“ die gleichen Eigenschaften wie die Zinsen für Gelddarlehen habe.[98]

Der hier vertretenen Ansicht nach liegt der Unterschied zwischen Zinsen und Mietzinsen nicht darin, dass die Zinsen und die Mietzinsen in materieller Hinsicht mit ihren Gegenleistungen verglichen werden. Das wesentliche Merkmal, das eine Abgrenzung des Darlehenszinses vom Mietzins ermöglicht, besteht vielmehr darin, dass der Darlehenszins und der Wert des Kapitals auf eine zeitsensible Weise unmittelbar voneinander bestimmt werden. Da es sich, wie bereits aufgezeigt, bei den Zinsen um eine „fiktive“ Kapitalvergütung handelt, deren Anstieg allein durch den Faktor *Zeit* bestimmt wird, löst eine Veränderung des Zeitpunkts der Zinszahlung daher immer direkt eine automatische Änderung der tatsächlichen Belastung des Zinsschuldners aus. Beträgt etwa der ausgezahlte Kapitalbetrag 50.000 €, die vom Darlehensnehmer zu zahlenden Zinsen 4.500 € und die Laufzeit des Darlehens ein Jahr, so würde der effektive Zinssatz p.a. 9 % betragen, wenn am Ende eines Jahres eine Pauschaltilgung von 54.500 € durchzusetzen wäre.[99] Wenn aber jeden Monat eine pauschalierte Tilgung in Höhe von 4.541,67 € zu bewirken wäre, beträgt Zinssatz hingegen 16,22 % pro Jahr.

Der Wert des Mietzinses und der der Mietsache beeinflussen sich zwar gegenseitig, stehen aber nicht in einem zeitlichen Verhältnis zueinander, wie dies beim Darlehen der Fall ist.[100] Das Verhältnis zwischen dem Wert der Miete und dem der gemieteten Sache ist oftmals deutlich komplexer und individuell zu beurteilen. So kann bei einem Darlehensgeschäft eine Veränderung des Zinszahlungszeitpunkts unmittelbar zu einer Veränderung des Zinssatzes führen, so dass der geänderte Zinssatz unter Umständen sogar die objektive Höchstgrenze überschreiten könnte, sofern die final zu zahlende Summe von Kapital und Zinsen

[96] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 54.
[97] Vgl. *Omlor*, Geldprivatrecht, Tübingen 2014, S. 76; *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 1; Staudinger/*Blaschczok*, 1997, § 246, Rn. 16.
[98] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 43.
[99] Das liegt jedoch daran, dass es sich bei diesem Beispiel tatsächlich um einen Sonderfall eines *Festkredit*s mit einjähriger Laufzeit handelt. Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 703.
[100] Vgl. *Seckelmann*, „Zins“ und „Zinssatz“ im Sinne der Sache, BB 1998, 57, 61.

unverändert bleibt. Dies ist bei der Miete nicht der Fall. Eine bloße Veränderung des Zeitpunkts der Mietzahlung allein kann einen Mietvertrag in der Regel nicht unmittelbar von einem rechtmäßigen in einen rechtswidrigen umwandeln, es müssen dazu immer noch andere Faktoren hinzukommen. Daher stellt der Mietzins keinen „echten" Zins dar, womit die Zinsvorschriften grundsätzlich keine analoge Anwendung finden.[101]

c. Negativ- und Habenzinsen

Seit der Finanzkrise im Jahr 2008 war ein stetiges Sinken des Referenzzinssatzes der Europäischen Zentralbank zu verzeichnen, das tiefgreifende Auswirkungen auf die Sparmärkte vieler europäischer Länder hatte. Die dänische Nationalbank ging im Juli 2012 sogar als erste Bank zu negativen Zinssätzen für Spareinlagen über. Dies veranlasste einige Kreditinstitute in Deutschland und in vielen anderen europäischen Ländern dazu, bestimmten Einlegern keine Zinsen mehr auf ihre Einlagen zu zahlen und ihnen stattdessen „Negativzinsen" (oder „*Strafzinsen*") zu berechnen. Damit entstand eine neue Herausforderung für das Verständnis von Zinsen: Ist dieser „Negativzins" auch ein Zins im rechtlichen Sinne; oder müssen, anders gewendet, die Zinsen immer einen positiven Wert aufweisen?

Eine Ansicht sieht „negative Zinsen" auch als Zinsen im rechtlichen Sinne an. Als Hauptgrund dafür wird angeführt, dass „Negativzinsen" nur ein neues rechtliches Phänomen seien und dass der bisherige Zinsbegriff zu Beginn seiner Entstehung die Möglichkeit von Negativzinsen nicht vorhergesehen habe; da aber der Gesetzgeber auch den rechtlichen Zinsbegriff nicht gesetzlich bestimmt habe, könne sich der Zinsbegriff entsprechend der aktuellen wirtschaftlichen Situation weiterentwickeln und somit auch Negativzinsen einbeziehen.[102] Viele vertreten indes die Gegenauffassung, wonach dieser Sichtweise nicht zu folgen sei, da Zinsen begrifflich nur ein „Entgelt" darstellen können, das vom Kapitalempfänger (dem Kreditinstitut) an den Kapitalgeber (den Einleger) gezahlt werde und ein solcher Zahlungsstrom könne sich nicht in eine umgekehrte Richtung richten; außerdem seien Zinsen ein „Entgelt" und das selbst könne schon vom Begriff her nicht negativ konnotiert sein.[103]

Der Ansicht, dass „Negativzinsen" keine echten Zinsen seien, ist zu folgen. Neben dem Argument, dass die Zinszahlung eine feste Richtung habe, überzeugt diese Ansicht auch mit der rechtlichen Einordnung der Einlagenzinsen (*Habenzinsen*).

---

[101] Vgl. Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 12.

[102] Vgl. *Langner*/*Müller*, Negativzinsen im Passivgeschäft auf dem Prüfstand, WM 2015, 1979, 1980 ff; *Hingst*/*Neumann*, Negative Zinsen – Die zivilrechtliche Einordnung eines nur scheinbar neuen geldpolitischen Phänomens, BKR 2016, 95, 96.

[103] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 42b; *Becker*, „Negativzinsen" als Folge von Zinsgleitklauseln bei Inhaberschuldverschreibungen, WM 2013, 1736, 1738; *Ernst*, Negativzinsen aus zivilrechtlicher Sicht – ein Problemaufriss, ZfPW 2015, 250, 251; *Krepold*/*Herrle*, Negative Zinsen – rechtliches Neuland, BKR 2018, 89, 91; *Kropf*, Sichteinlagen auf Girokonten vom (zinslosen) Darlehen zur entgeltpflichtigen Kapitalverwahrung, WM 2017, 1185, 1188; Vogel, BKR 2018, 45, 48.

Bisher definierte die herrschende Meinung Sichteinlagen als unregelmäßige Verwahrung (§ 700 BGB) und Termingelder als Gelddarlehen (§§ 488 ff BGB).[104] Sichteinlagen haben insofern Gemeinsamkeiten mit Termineinlagen, als der Einleger in der Regel bei der Bank das Geld einzahlt und die Bank ihm die Zinsen vergütet. Die zeitlichen Bindungen und die finanziellen Zwecke, die sie verfolgen, führen jedoch zu sehr unterschiedlichen Einordnungen[105]: Bei einer Sichteinlage strebt der Kunde eine „sichere Kapitalverwahrung" des Kapitals an und kann daher das Sparverhältnis vorzeitig ganz oder teilweise beenden und die Gelder jederzeit zurückholen, während er bei einer Termineinlage eine „sichere Kapitalanlage" vornimmt und sich daher zeitlich stärker bindet, so dass er die Sparbeziehung nicht nach Belieben kündigen und die Gelder somit nicht jederzeit abheben kann.[106]

Dementsprechend stellen Zinsen bei einem Termingeld die Darlehenszinsen dar, die zu den Zinsen im rechtlichen Sinne zählen. Zinsen auf Sichteinlagen sind jedoch keine Zinsen im rechtlichen Sinne, sondern ein Verrechnungsobjekt und bestehen in einer solchen innerlichen Berechnungsstruktur, bei der der auf den Einleger entfallende Anteil an den Erträgen, die die Kreditinstitute durch Kapitalnutzung erzielt haben, von dem vom Einleger an das Kreditinstitut zu zahlenden Verwahrungsentgelts abgezogen wird.[107] Die Bedeutung des von den Einlegern an das Kreditinstitut zu zahlenden Verwahrungsentgeltes wird verwässert, wenn die Nutzung der Gelder durch die Kreditinstitute insgesamt noch rentabel bleibt. Da aber die Zinsen auf Sichteinlagen an den zu erwartenden allgemeinen oder konkreten Erfolg der rentablen Nutzung des Kapitals des Einlegers durch das Kreditinstitut geknüpft sind[108], basieren diese Zinsen in ihrem Wachstum nicht mehr nur auf der Grundlage eines bloßen „Zeitablaufs" der Kapitalnutzung und können daher kein „fiktives" Entgelt im rechtlichen Sinne des Zinsbegriffs darstellen.

Wenn den Parteien nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unbenommen bleibt, einen negativen Zinssatz für Einlagen zu vereinbaren[109], ändert sich die Einordnung von Sichteinlagen als unregelmäßige Verwahrung nicht, da solche Zinsen in ihrem Berechnungsmechanismus strukturell unverändert bleiben und nach wie vor das Entgelt darstellen, das aus „dem Anteil des Einlegers an den Erträgen, die das Kreditinstitut aus den Mitteln des Einlegers erhält", abzüglich der „vom Einleger an das Kreditinstitut zu zahlenden

---

[104] Vgl. *Langner*/*Müller*, WM 2015, 1979, 1981 ff.

[105] Das BGB stellt zwar die unregelmäßige Verwahrung im Wesentlichen dem Darlehen gleich (siehe Staudinger/*Bieder*, 2020, § 700, Rn. 1). Aber Zeit und Ort der Rückgabe der Sache bei unregelmäßiger Verwahrung sollen sich im Zweifel noch nach den Vorschriften im Verwahrungsrecht und nicht im Darlehensrecht richten. Vgl. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Berlin 1899, § 31, S. 219.

[106] Vgl. *Hingst*/*Neumann*, BKR 2016, 95, 98f; *Langner*/*Müller*, WM 2015, 1979, 1983 f.

[107] Vgl. *Langner*/*Brocker*, Negativzinsen als kontrollfreie Preishauptabrede im Passivgeschäft, WM 2017, 1923.

[108] *Feldhusen* erwähnte auch ganz allgemein (ohne zwischen Sichteinlagen und Termineinlagen zu unterscheiden), dass Zinsen auf Spareinlagen nur für „*die tatsächliche Kapitalnutzungsmöglichkeit*" vereinbart werden. Vgl. *Feldhusen*, Verzinsung bei Sparverträgen, BKR 2021, 69, 72.

[109] Die Ansicht, die Vertragsfreiheit erlaube die Vereinbarung von Negativzinsen, bildet die herrschende Meinung. Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 42c.

Vergütung für Verwahrung“, besteht, wobei das Ergebnis dieser Berechnung nur wegen des negativen Zinsumfelds nicht mehr positiv ist. Wenn jedoch die Zinsen auf Termineinlagen auch negativ sein können, dann absorbieren Termineinlagen ein atypisches Verwahrungselement in ihrer ansonsten langfristig gebundenen Vertragsstruktur, wodurch die Berechnung der Zinsen auf Termineinlagen in gewisser Weise vom Ergebnis einer Kapitalnutzung durch das Kreditinstitut abhängt.[110] Hierbei wird die Termineinlage nicht mehr als Kredit des Bankkunden an die Bank qualifiziert, da sich ihre Gegenleistung in ihrer innerlichen Struktur grundlegend ändert; daher ähneln die Zinsen für Termineinlagen den Zinsen für Sichteinlagen, und die ersteren bilden keine Zinsen im rechtlichen Sinne mehr.[111]

4. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich folgendes Grundverständnis des Rechtsbegriffs der Zinsen herausarbeiten:

1. Nach der herrschenden Meinung seit *Canaris* ist der Zins ein fiktives Zeitentgelt, das für die Kapitalnutzungsmöglichkeit gezahlt wird und ausschließlich von der Nutzungsdauer, nicht aber von den tatsächlichen Ergebnissen der Nutzung abhängt.

2. Die ökonomische Struktur der Zinsen als „Zinseszins“ vertieft das normative Verständnis von Zinsen. Nur eine mathematisch präzise Darstellung der wirtschaftlichen Form des Zinses als „Zinseszins“ ermöglicht eine genaue normative Bemessung der tatsächlichen Belastung durch Zinsschulden. Um den Anforderungen von Grundsätzen der Gleichheit und der Rechtssicherheit zu genügen, muss das Gesetz einheitliche gesetzliche Maßstäbe für die Berechnung des effektiven Zinssatzes setzen.

3. Die der „Einmalkosten“ entsprechende Dienstleistung ist eine solche ohne Laufzeitfaktor, wodurch sich die Einmalkosten begrifflich von den Zinsen im rechtlichen Sinne unterscheiden. Gesetzlichen Zinsen können immer noch unter den rechtlichen Zinsbegriff fallen, sofern der Zinsverpflichtete sich rechtswidrig oder ohne rechtlichen Grund Kapital angeeignet hat, das einem anderen zustehen soll. In der Wertbeziehung zwischen Miete und ihrer Gegenleistung ist keine direkte Zeitsensitivität zu sehen, die aber für das Verhältnis zwischen Zinsen und Kapitalnutzungsüberlassung ein kennzeichnendes Merkmal ist.

4. Die Zinsen im rechtlichen Sinne können nur positiv sein. Der „Negativzins“ kehrt die Richtung des dem Zinsbegriff inhärenten Zahlungsstroms um, was dem „entgeltlichen“ Charakter des Zinses widerspricht. Zinsen auf Sichteinlagen waren nie Zinsen im rechtlichen Sinne. Zinsen auf Termingelder waren und sind Darlehenszinsen, die zu den

---

[110] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 57c; *Omlor*, BKR 2018, 109, 110; *Vogel*, BKR 2018, 45, 48 ff. *Tröger* erkennt zwar an, dass es einen „*Paradigmenwechsel*“ bei der Einordnung des Spargeschäfts gibt, geht aber fälschlicherweise davon aus, dass ein Element der „*echten Verwahrung*“ (§ 689 BGB) ins Spargeschäft Einfluss nimmt. Vgl. *Tröger*, NJW 2015, 657, 658. Kritik gegen Tröger, vgl. *Kropf*, WM 2017, 1185, 1188. *Hingst*/*Neumann* legen unzutreffend fest, die Negativzinsen seien nicht vom tatsächlichen Ergebnis der Kapitalnutzung abhängig. Vgl. *Hingst*/*Neumann*, BKR 2016, 95, 97.

[111] Vgl. *Langner*/*Brocker*, WM 2017, 1923.

Zinsen im rechtlichen Sinne gehören. Sofern die Zinsen auf Termineinlagen durch Vereinbarung negativ sind, nähern sie sich jedoch den Zinsen auf Sichteinlagen an und entsprechen keinen Zinsen im rechtlichen Sinne mehr.

II. Zinsschuld

Bisher sind die Spuren des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht beim Verständnis des Zinsbegriffs noch nicht sichtbar. Es ist allerdings möglich, dass sich dieses Zusammenspiel in der Zinsschuld, die sich auf Zinszahlung bezieht, niederschlägt. Zur Veranschaulichung dieses Punktes ist es unvermeidlich, die Grundzüge der Zinsschuld als Ausgangspunkt für folgende Diskussion heranzuziehen.

1. Grundlegende Eigenschaften

(1) Wertverschaffungsschuld

Wie die Zinsdefinition zeigt, kann es sich bei den Zinsen entweder um Geld oder um vertretbare Sache handeln, wobei sie nicht wesensgleich mit dem Kapital sein müssen. Handelt es sich bei den Zinsen um Geld (wie bei Gelddarlehen nach §§ 488 ff BGB), dann besteht die Zinsschuld als eine reine Wertverschaffungsschuld.[112] Handelt es sich bei den Zinsen dagegen um eine vertretbare Sache und bei dem Kapital um Geld, so besteht bei solch „*inhomogenen Geschäften*“ dennoch ein direktes Umrechnungsverhältnis zwischen Kapital und Zinsen.[113] Auch wenn die Zinsschuld sich in diesem Falle vordergründig auf die Übereignung der vertretbaren Sachen richtet, besteht sie im Wesentlichen stets in einer Wertschuld. Der Grundsatz „*Geld muss man haben*“ gilt hier nach wie vor, womit der Kreditnehmer verpflichtet bleibt, den entsprechenden Geldwert zu leisten, wenn die als Leistungsgegenstand vereinbarte vertretbare Sache materiell entfällt und deren Leistung unmöglich wird.

Fraglich ist, ob beim Sachdarlehen, sofern dabei das vom Darlehensnehmer an den Darlehensgeber gezahlte Entgelt (z.B. „*Getreidezins*“, „*Kornzins*“) auch als „Zins“ bezeichnet wird, die „Zins“-Schuld auch durch eine Wertverschaffungsschuld gekenngezeichnet werden kann. Unterschiedliche Schlussfolgerungen könnten auf der Grundlage unterschiedlicher Vorkenntnisse gezogen werden. Falls Sachdarlehen und Gelddarlehen als voneinander abgrenzbar[114] betrachtet werden, dann sollte der bloß wertverschaffende Charakter von „Zins“-Schulden bei Sachdarlehen verneint werden, und diese „Zins“-Schulden sollten als eine allgemeine Art von Gattungsschulden gemäß § 243 BGB gewertet werden, die den Rechtsfolgen einer Leistungsunmöglichkeit (§ 275 BGB) unterliegen können. *Knops* ging davon aus, dass die Entgeltpflicht in Sachdarlehen auch eine Zinsschuld sei, aber im

[112] Vgl. *Mülbert*, Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags, WM 2002, 465, 468; *Coester-Waltjen*, Der Darlehensvertrag, JURA 2002, 475, 476; *Derleder*/*Derleder*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2009, § 10, Rn. 8.
[113] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 56.
[114] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 607, Rn. 1; *Mülbert*, WM 2002, 465, 466.

Vergleich zum Regelfall der Zinsschuld keine „Kapitalschuld“ oder Wertschuld darstelle.[115]

Der hier vertretenen Ansicht nach könnte aber eine besser zu begründende Darstellung eher so lauten, dass die gesetzlichen Vorschriften für Sachdarlehen lediglich als eine Auslegungsregel betrachtet werden könnten. Das heißt, der Darlehensnehmer und der Darlehensgeber haben bei einem Sachdarlehen schon bei Vertragsabschluss ein Verhältnis zur Wertumrechnung zwischen Kapital und Kapitalentgelt zu vereinbaren, und nur im Zweifelsfall ist der Darlehensnehmer verpflichtet, gleichwertige vertretbare Sachen für das Darlehen zu liefern.[116] Nach einer anderen, ebenfalls plausibel erscheinenden Auslegung, steht dem Darlehensnehmer eine „Ersetzungsbefugnis“ im Sinne des § 364 Abs. 1 BGB zu, sodass die Zinsschuld durch „eine andere als die geschuldete Leistung“, durch vertretbare Sachen beglichen werden kann. In diesem Sinne bleiben alle „Zins“-Schulden bei Sachdarlehen Wertverschaffungsschulden. Wenn also die als vorrangig zu leistenden verabredeten vertretbaren Sachen für das Sachdarlehen wegfallen, ist der Darlehensnehmer immerhin noch zur Zahlung des entsprechenden Geldwerts verpflichtet, so dass eine Leistungsunmöglichkeit nach § 275 BGB ausgeschlossen ist.[117]

(2) Akzessorietät und Synallagma

Eine in der Literatur häufig vertretene Ansicht ist, dass die Zinsschuld als eine Nebenschuld immer akzessorisch zu der Hauptschuld sei.[118] Anders ausgedrückt setze das Bestehen der Zinsschuld eine Kapitalrückzahlungspflicht des Kreditnehmers als Hauptschuld voraus, die in der Rückgabe eines bestimmten Kapitals bestehe, das dem Gläubiger zustehe.[119]

Fraglich ist jedoch, was unter die „Akzessorietät“ des Zinses zu verstehen ist. Kommt die Zinsschuld – wie beispielsweise bei einem Darlehensvertrag – erst dann zustande, wenn der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta tatsächlich vom Darlehensgeber entgegengenommen hat? Diese Frage kann ohne weiteres bejaht werden, sofern der Darlehensvertrag selbst als ein Realvertrag ausgestaltet wird.[120] Handelt es sich allerdings bei dem Darlehensvertrag um einen Konsensualvertrag, kommt eine andere Darstellung in Betracht.

---

[115] Vgl. *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 1.

[116] Ähnliche Ansicht, siehe Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 43. Ähnlich auch BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 1.

[117] Gleiche Ansicht, siehe auch Staudinger/*Hopt*/*Mülbert*, 1989, § 607, Rn. 7. Man möge argumentieren, dass die Leistungsunmöglichkeit nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn die Parteien tatsächlich von Anfang an ein Gelddarlehen anstreben. Vgl. *Kuhlenbeck*, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Berlin 1899, § 31, S. 215 f. Die hier vertretene Ansicht geht aber gerade davon aus, dass es vertretbar wäre, eine Auslegungsregel aufzustellen, wonach die Parteien letztendlich ein Gelddarlehen anstreben.

[118] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 10.

[119] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 32.

[120] *Mülbert*, WM 2002, 465, 470; *ders*, AcP 192 (1992), 447, 492.

a. Meinungsverschiedenheiten

Zwar sieht § 488 Abs. 2 BGB vor, dass die Zinsen nach Ablauf je eines Jahres oder bei Rückzahlung des Kapitals zu entrichten sind, doch ist diese Regelung eine abdingbare, so dass die Parteien grundsätzlich den Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinspflicht beliebig vereinbaren können. Dies scheint darauf hinzudeuten, dass bei der Ausgestaltung des Darlehensvertrags als Konsensualvertrag, da der Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinspflicht privatautonom bestimmt werden kann und die Fälligkeit dieser Pflicht das Bestehen einer Forderung voraussetzt, eine Vereinbarung der sofortigen Zinszahlung bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrags möglich wäre.[121]

Gegen diese Ansicht wird aber von vielen eingewandt, dass sie der Rechtsnatur der Zinsen widerspräche. *Reifner* weist darauf hin, dass der Zins ein Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit sei, was schon begrifflich bedeute, dass die Zinsschuld einer „strengen Akzessorietät" unterliege, d.h. die Berechnung der Zinspflicht erst dann zu laufen anfange, wenn der Kapitalnehmer die tatsächliche Verfügungsmacht über den Geldbetrag erhalten habe.[122]

Der Auffassungen von *Reifner* ist aber nicht zu folgen. Gegen diese Auffassung sprechen schon die Disagio-Vereinbarungen (Vereinbarungen über die Vorauszahlung von Zinsen[123]). Denn im deutschen Recht sind solche Disagio-Vereinbarungen zulässig, und der Darlehensgeber zieht die Höhe des Disagio gleichzeitig bei der Auszahlung der Valuta ab, so dass der Auszahlungskurs oft unter 100 % liegt. Außerdem müssen zwei Merkmale von Zinsschulden erklärt werden: „*Selbstständigkeit*" und „*Synallagma*". „Selbstständigkeit" bedeutet, dass der entstandene Behaltensgrund des Zinses unbeeinflusst von dem Entfallen der Hauptforderung ist, während es bei dem „Synallagma" darum geht, dass die Parteien einen Teil der Inhalte der Zinsschuld schon im Vorfeld der Vertragsabwicklung realisieren können.

b. Die „Selbstständigkeit" der Zinsschuld

Wie bereits erwähnt, wird das tatsächliche Wachstum einer Zinsschuld (d. h. das Wachstum ihres Behaltensgrundes) durch die ökonomische „Zinseszins"-Struktur der Zinsen bestimmt.[124] Dies ist ein Prozess, der die Parteien jedoch nicht daran hindert, im Voraus einen

---

[121] M.w.N.siehe *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447 ff; *ders*, WM 2002, 465, 471 ff. Dem folgend, siehe MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 164 ff.

[122] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 29, 42; *Reifner*, NJW 1989, 952, 963. Dem folgend, *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 6; *Derleder*/*Derleder*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2009, § 10, Rn. 9 f.

[123] Der BGH hält die Aussage, „*das Disagio stelle eine Vorauszahlung auf einen Teil der Zinsen dar als Ausgleich für einen niedrigen Nominalzinssatz*", für rechtsfehlerfrei. Vgl. BGH NJW 2000, 352.

[124] *Omlor* führt hierzu aus: Ein „*Entstehungsakt der Zinsschuld aktualisiert sich ständig von Neuem*". Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 27. *Knops* bezeichnet die Zinsschuld als „*Nebenschuld, die sich ständig erneuert*". Vgl. *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 1.

individuellen Zeitpunkt für die Fälligkeit der Zinsschuld zu vereinbaren. Vielmehr ist erst nachträglich zu prüfen, ob ein rechtlicher Grund für die von den Parteien vereinbarte Vorauszahlung der Zinsen besteht. Sobald die Zinsschuld – wirtschaftlich gesehen – unter den Voraussetzungen des Zur-Verfügung-Stellens von Kapital für den Kapitalnehmer und den Zeitablauf der Kapitalnutzung (im Falle eines Darlehensvertrags kann dies entweder der „Belassungspflicht des Darlehensgebers" beim Konsensualvertrag oder der Kapitalrückgabepflicht des Darlehensnehmers beim Realvertrag entsprechen) ihren endgültigen Behaltensgrund erlangt, so wird der entsprechende Teil der Zinsschuld zugleich in eine rechtlich eigenständige Schuld umgewandelt – und zwar unbeeinflusst von dem Entfallen der Hauptforderung.[125]

Das vorgenannte Merkmal der Zinsschuld wird von einigen auch als „*Eigenständigkeit gegenüber der Hauptschuld*"[126] oder als „*formelle Selbstständigkeit*"[127] bezeichnet. Im Gegensatz zu den Sicherungsschulden teilen die Zinsschulden nicht immer das Schicksal der Hauptschuld als Ganzes[128], sondern die Zinsschulden sind lediglich in ihrer Entstehung von der Hauptschuld als „Produktionsmittel" abhängig.[129] Allerdings wird damit nur die Selbstständigkeit der Zinsschuld gemeint. Wie die Grundlage für die Bestimmung des Behaltensgrundes der Zinsen zu beschreiben ist – von einigen z.B. im Rahmen eines Darlehensvertrags als „*partielle Akzessorietät*"[130]oder „*Zinsakzessorietät*"[131] beschrieben – wirft aber eine andere Frage auf.

c. Das „Synallagma" der Zinsschuld

Kann eine Zinsschuld erst dann selbständig eingeklagt, abgetreten, verpfändet und gepfändet werden oder verjähren, nachdem sie einen gewissen Behaltensgrund erlangt hat?[132] Bejahendenfalls sollte zuerst ein tatsächlicher Valutaempfang vorausgesetzt sein. Zudem wären bei der Abtretung, dem Einklagen oder der Verpfändung von Zinsforderungen zunächst ihre tatsächlichen Behaltensgründe zum Zeitpunkt der Klage, Abtretung, Verjährung, Verpfändung und Pfändung nach der Effektivzinsberechnungsmethode zu berechnen und dann der Betrag der verfügbaren Zinsforderungen zu bestimmen. Hierin steckt eine zeit- und arbeitsaufwendige Berechnung, die nicht dem Erfordernis der Vereinfachung von Transaktionen in einer modernen Marktwirtschaft und dem üblichen Menschenverstand

[125] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 29.
[126] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 29.
[127] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 37.
[128] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 33.
[129] Vgl. auch Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 26.
[130] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 26.
[131] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 167; „*Das […] zinsrechtliche Akzessorietätsprinzip*", siehe auch *Derleder*/*Derleder*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2009, § 10, Rn. 9.
[132] In einigen Literaturansichten wird zwar erwähnt, dass Zinsschulden selbstständig eingeklagt, abgetreten usw. werden können, wobei aber nicht näher darauf eingegangen wird. Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 29; BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 37; *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 1.

entspricht, wonach vertragliche Zinsverpflichtungen bloß anhand des Nominalzinssatzes zu bemessen und dann abzuwickeln sind.

Unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung des Geschäftsverkehrs ist es äußerst abwegig, dass die Zinsschuld erst dann selbständig einklagbar, veräußerbar, verpfändbar und pfändbar ist oder verjähren kann, wenn der Kapitalnehmer die Hauptforderung tatsächlich erworben hat. Tatsächlich könnte dies schon der grundsäzlichen Abtretbarkeit[133] künftiger Forderungen entnommen werden. Angesichts der Einordnung des Darlehensvertrags als Konsensualvertrag spätestens seit der Schuldrechtsreform zum Jahr 2002 und des ausdrücklichen Wortlauts des § 488 Abs. 2 BGB, können die Parteien ab Vertragsabschluss den jeweiligen Zeitpunkt von Entstehung und Fälligkeit von Zinsen grundsätzlich frei vereinbaren. Dies bedeutet, dass es den Parteien überlassen bleibt, die Zinsen aus der Hauptschuld im Voraus zu „produzieren".[134] An diesem Punkt zeigt sich die Zinsschuld als eine „*synallagmatische*" Schuld im Sinne eines gegenseitigen Vertrags.[135] Dies kann wie folgt näher erläutert werden:

1. Die Hauptschuld (bei einem Darlehensvertrag also die Pflicht des Darlehensgebers, die Kapitalnutzung durch Darlehensnehmer für einen bestimmten Zeitraum zu belassen[136]) und die Zinsschuld entstehen zum gleichen Zeitpunkt (das so genannte „*genetische Synallagma*"[137]) und die Entstehung der Zinsschuld steht nicht unter der Bedingung, dass eine „Hauptschuld" bereits vorhanden ist, d. h. die Zinsschuld unterliegt keinem „bedingten" Verhältnis zu einer „Hauptschuld".

2. Wenn die Parteien vereinbaren, dass die Zinsen vom Zinsschuldner im Voraus zu entrichten sind, verzichtet er auch auf die Einrede nach § 320 BGB und ist verpflichtet, zuerst zu leisten. Denn denklogischerweise kann eine Hauptleistungspflicht, d.h. die „Belassungspflicht des Kapitalgebers zur Kapitalnutzung durch den Kapitalnehmer für einen bestimmten Zeitraum", zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht sofort für die gesamte Kreditlaufzeit erfüllt werden; ihre Erfüllung hängt vom konkreten Zeitablauf der tatsächlichen Nutzung ab. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist es dem Darlehensgeber möglich, nur eine – am Zeitablauf gemessene – „Teilzahlung" für die „Belassungspflicht zur Kapitalnutzung für einen bestimmten Zeitraum" in einer logischen Sekunde zu bewirken, und aufgrund dieser Erfüllungsmöglichkeit hätte der Zinsschuldner die Einrede der Zug-um-Zug-Erfüllung nach § 320 BGB in einem erheblichen Umfang geltend machen können. Da indessen der Zinsschuldner vereinbarungsgemäß verpflichtet ist, schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Zinsen zu zahlen, bedeutet dies nichts anderes, als dass der Zinsschuldner zuerst zahlt, um vom Zinsgläubiger „eine in einer logischen Sekunde erfolgte

[133] Vgl. *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010, § 63, Rn. 756.
[134] Ähnlich wie *Esser*/*Weyers*, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teil 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 13 II, S. 235.
[135] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 165.
[136] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 457 f.
[137] Vgl. BeckOGK/*Schmidt*, BGB § 320, Rn. 8.

Teilleistung“ zu erhalten und zugleich auf die Einrede der nicht erfolgten Erfüllung zu verzichten.

Diese Darstellung räumt dem Darlehensgeber größere Möglichkeiten für den Geldumlauf bzw. den Kreditumlauf ein und entspricht auch dem Sinn des § 488 Abs. 1 BGB. Wird beispielsweise beim Kauf von festverzinslichen Wertpapieren ein den Wertpapieren beigefügter *Zinskupon*[138] ohne entsprechende Preiszahlung erworben, so kann davon ausgegangen werden, dass der Erwerb des Kupons selbst bereits eine Zinsforderung begründet, was sogar dem tatsächlichen Erhalt des Kapitals vorgeht. Nur erfolgt hier die Fälligkeit der Zinsschuld noch nicht, und der Behaltensgrund der Zinsschuld wird auch nicht reif sein. Eine solche Gestaltung von Geschäften ist aber ohne Weiteres zulässig. Der Inhaber des Papiers kann den Kupon abtreten, verpfänden oder von seinen eigenen Gläubigern pfänden lassen, bevor ihm der Verkäufer des Papiers die im Kupon genannten Zinsen oder einen entsprechenden Preis zahlt. Dem kommt eine direkte Finanzierungsfunktion zu.

So können die Parteien bereits zum Zeitpunkt der Einigung Zinsschulden begründen und diese abtreten, einklagen und verpfänden und neben der Besitzbefugnis auch einige andere Befugnisse aus der Zinsforderung vorübergehend realisieren. In der rechtsgeschäftlichen Lehre wird schon darauf hingewiesen, dass auch „bereits entstandene, aber noch nicht in Kraft getretene Rechtsgeschäfte“ eine gewisse Bindungswirkung haben.[139] Zinsschulden entwickeln diese Behauptung weiter, da sie direkt in den Umlauf gebracht werden können, noch bevor sie ihre volle Rechtswirkung entfalten. Ob der Abtretungsgläubiger oder der verpfändende bzw. pfändende Gläubiger die Zinsforderung (bzw. den Zinskupon) nach der Abtretung, Verpfändung oder Pfändung endgültig verwerten kann, bleibt eine „Ex-Post“-Frage, die unter Berücksichtigung der „Laufzeitabhängigkeit“ des Zinses heranzuziehen ist, um zu bestimmen, inwieweit der Behaltensgrund des Zinses endlich festgelegt wird. Dies könnte dazu führen, dass aufgrund unzureichender Behaltensgründe zu viel berechnete Zinsen zurückzuerstatten sind, wenn die entsprechenden Teile der Zinsschuld noch nicht realisiert wurden. In diesem Falle werden die „vorproduzierten“ Zinsen „zurückgerufen“, da die vorherige Realisierung der Zinsschuld nur eine vorläufige Abwicklung darstellt und letztendlich den Behaltensgründen der Zinsschuld unterliegt.[140] Da es sich bei der vorzeitigen „Produktion“ von Zinsen und bei der Berechnung des Behaltensgrundes um zwei unterschiedliche Vorgänge handelt, besteht in der Praxis immer ein Auseinanderfallen der Entstehung und der Fälligkeit der Zinsschuld.[141]

d. Die Begründung des Synallagmas der Zinsschuld

Viele folgen jedoch nicht vollständig dem Verständnis des „Synallagmas“ der Zinsschuld

[138] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 37.
[139] Vgl. *JIN Keke*, Der allgemeine Teil des Zivilgesetzbuches und die allgemeine formelle Verbindlichkeit für die Begründung von Rechtsgeschäften, in: Peking University Law Journal 2017/3, S. 656 ff.
[140] Ähnliche Ansicht wie *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 41.
[141] BGH NJW-RR 1988, 363 (364).

und bestehen auf ihre gewisse „Akzessorietät“. Mit dieser (teilweisen[142]) „Akzessorietät“ ist gemeint, dass beim Darlehensgeschäft die Bestimmung des Behaltensgrundes des Zinses *wirtschaftlich* betrachtet nur von der *effektiven Nutzung* des Kapitals während der Vertragslaufzeit[143] und dogmatisch gesehen von der Verpflichtung des Darlehensnehmers, das Kapital zurückzugeben, abhängt.[144] Das heißt, dass sich die Zinsberechnung nach „*der tatsächlich noch bestehenden Kapitalrückerstattungsschuld des Darlehensnehmers*“ richtet.[145] Der Gedanke der hier genannten „Akzessorietät“ spiegelt sich auch deutlich in der Rechtsprechung aus der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung wider. So hatte der BGH entschieden, dass dem Darlehensgeber ein Disagio noch nicht schon dann zusteht, wenn der Betrag der Valuta zwar auf das Treuhandkonto überwiesen wurde, mithin bereitgestellt ist, aber noch nicht an den Darlehensnehmer geflossen ist.[146] So bestimmt sich der tatsächliche Behaltensgrund des Darlehensgebers für Zinsen beispielsweise im Falle einer vorzeitigen Zinszahlung durch den Darlehensnehmer und einer anschließenden vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags, wobei der Darlehensgeber zur Rückzahlung der zu viel berechneten Zinsen verpflichtet ist, nach dem Akzessorietätsverhältnis zwischen Zinsschuld und Hauptschuld. In diesem Falle dürfte die Zinsschuld nicht schon vor der tatsächlichen Auszahlung des Kapitals fällig werden, und die Berechnungsgrundlage für den Behaltensgrund des Zinses ist die Pflicht des Kreditnehmers zur Kapitalrückzahlung und nicht die gegenläufige Pflicht des Kreditgebers zur Kapitalnutzungsüberlassung.

Im Zuge der Schuldrechtsreform im Jahre 2001 wurde der Darlehensvertrag in §§ 488 ff BGB jedoch als Konsensualvertrag ausgestaltet. Nach *Mülbert* sei die oben genannte Darstellung, auch wenn sie im Zusammenhang mit dem Darlehensrealvertrag nach §§ 607 ff BGB a.F. zutreffend gewesen sein möge[147], nunmehr überholt.[148] Ist dem Recht zu geben? Im Folgenden soll die Frage beantwortet werden, ob das Verständnis des „Synallagmas“ von Zinsschuld zutreffend ist, wobei zunächst auf das Schicksal von Zinsschulden im Zusammenhang mit dem „Abwicklungsverhältnis“ und dem „Zurechnungs - und Einwendungsverhältnis“ einzugehen ist.

(a) Bestimmung des Behaltensgrundes des Zinses im Abwicklungsverhältnis

In erster Linie wirkt sich die „synallagmatische“ Darstellung von Zinsschuld auch dort aus, wo der Darlehensvertrag vorzeitig zu Ende geht und somit die überzahlten Zinsen zu erstatten sind. Bei einem „synallagmatischen“ Verständnis von Zinsschuld verringert sich dann die Belassungspflicht des Darlehensgebers[149] um den Teil des Darlehens, der bis zur

---

[142] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 26.
[143] Nähere Zitierungen vgl. auch *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 483 f.
[144] Die Erklärung dieser Theorie vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 492; *ders*, WM 2002, 465, 470.
[145] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 167.
[146] Vgl. BGH NJW 1985, 1831 (1832).
[147] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 491 f.
[148] Vgl. *Mülbert*, WM 2002, 465, 470.
[149] Nach Darstellung von *Mülbert* erlischt die Belassungspflicht des Darlehensgebers durch „nachträgliche Leistungsunmöglichkeit“ (§ 275 BGB), wenn der Darlehensnehmer die Zahlung vorzeitig zurückgibt. Vgl.

Fälligkeit noch nicht rechtswirksam war und nicht gültig getilgt werden konnte; dementsprechend verringert sich die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zinszahlung zugleich auf eine synallagmatische Weise, also um den unrechtswirksam Zinsanteil nach dem nicht gültig belassenen Teil der Kapitalnutzung (das sogenannte „*kondiktionelle Synallagma*“[150], § 326 BGB)[151]. In diesem Falle ist der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer die überschießenden Zinsen zurückzuzahlen. Der Vorteil dieser Darstellung liegt zum einen darin, ein folgerichtiges und sauberes Verständnis bei Entstehung und Abwicklung der Zinsschuld[152] zu verwirklichen, und zum anderen darin, dass, da die Berechnung des Behaltensgrundes des Zinses letztendlich auf der wirtschaftlichen Tatsache beruht, wie lange der Kreditnehmer im Besitz des Kapitals steht, es der Einfachheit und Klarheit halber besser ist, die Berechnung auch unter dem Gesichtspunkt so vorzunehmen, wie lange der Kreditgeber eine Kapitalnutzung beim Kreditnehmer tatsächlich „zugelassen“ hat, als unter dem Gesichtspunkt, wie viel Kapital der Kreditnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt in Form einer Einmalleistung zurückzahlen sollte.

Wenn also davon ausgegangen wird, dass die „Akzessorietät“ der Zinsschuld darin zum Ausdruck kommt, dass sie von der tatsächlichen Nutzung des Kapitals während der Vertragslaufzeit abhängt, so gibt diese Darstellung im Wesentlichen nur eine wirtschaftliche Tatsache wieder, die aber nicht unbedingt dazu führt, dass die Konstruktion der Zinsschuld als „Akzessorietät“ in der Lehre zwangsläufig zu akzeptieren ist. Ganz im Gegenteil kann diese Darstellung auch vollständig in dem „systematischen“ Verständnis von Zinsschuld aufgehen.[153] Mit anderen Worten, kann die Grundlage für die Bestimmung des Behaltensgrundes der Zinsen auf das „störungsrechtliche Synallagma“ der Zinsschuld zurückgeführt werden.

Es kann natürlich eingewandt werden, dass die „synallagmatische“ Darstellung die Gefahr mit sich bringen könne, dass der Darlehensvertrag in einen bloßen Kaufvertrag umgewandelt werde.[154] Denn die Pflicht des Darlehensgebers, dem Darlehensnehmer die Kapitalnutzungsmöglichkeit für einen bestimmten Zeitraum zu belassen, werde dann in eine Art einmalige Zahlungspflicht ohne andauernden Faktor[155] umgestaltet, wobei der bestimmte Zeitraum innerhalb des Bestehens der Belassungspflicht nur eine ähnliche Bedeutung hat wie die „Menge“ im Falle einer Sachleistung. Einfach ausgedrückt wird der Darlehensvertrag zu

---

Mülbert, AcP 192 (1992), 447, 489.

[150] Vgl. Staudinger/*Schwarze*, 2020, Vorbemerkung zu §§ 320 ff, Rn. 20, 30.

[151] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 494.

[152] Diese Arbeit war bereits von *Mülbert* geleistet worden, der „*eine konsequent konsensualvertragliche Darlehensdogmatik*“ verfolgte. Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 451. Was den Widerspruch zwischen „akzessorischer“ Auslegung des Zinsbegriffs und Konsensualvertragstheorie des Darlehensvertrags anbelangt, vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 493 ff.

[153] Zu einer im Wesentlichen gleichen Schlussfolgerung siehe auch *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 450.

[154] Vgl. *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 100 f.

[155] Vgl. auch *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 105.

einem „Kauf“[156] der Kapitalnutzung. Aber das Ergebnis einer Typisierung der verschiedenen Vertragsarten versteht sich oft nur als ein Anhaltspunkt und der Begriff selbst stellt nicht unbedingt ein entscheidendes Kriterium für eine dogmatische Abgrenzung nach den materiellen Unterschieden dar; und dies sollte auch nicht so sein.

An dieser Stelle bedarf es der Klarstellung, dass die Frage, *wann ein Darlehensgeber seiner „Belassungspflicht“ nachkommt*, ein separates Thema ist. Einige haben argumentiert, dass Zinsen erst dann anfallen dürfen, wenn der Darlehensnehmer das Kapital tatsächlich erhalte.[157] Die Gegenmeinung lautet, dass der Darlehensgeber seine Verpflichtung zur Belassung schon dann erfülle, wenn er das Kapital bereithalte und somit dem Darlehensnehmer ermögliche, das Kapital abzurufen.[158] Unabhängig von der Frage, wann ein Darlehensgeber seine Belassungspflicht erfüllt, ist aber festzustellen, dass diese Frage die „synallagmatische“ Konstruktion der Zinspflicht nicht berührt.

(b) Die Zurechnungs- und Verjährungsprobleme der Zinsschuld

Wie bereits dargestellt können die Parteien im Rahmen des Verständnisses des „Synallagmas“ der Zinsschuld diese Schuld im Voraus privatautonom realisieren, d. h. sie können den Zeitpunkt des Entstehens und der Fälligkeit der Zinsschuld schon bei Vertragsschluss vereinbaren. Treffen die Parteien allerdings keine solche Vereinbarung, stellt sich dann die Frage, wie das Schicksal der Zinsschuld in Bezug auf ihre Zurechnung und Verjährung zu bestimmen ist.

aa) Zurechnungsverhältnis

Fragwürdig ist zuerst, was geschieht – etwa mit dem noch nicht fällig gestellten Zinsanspruch –, wenn der Darlehensgeber einem Dritten seine Forderung für das Kapital gegenüber dem Darlehensnehmer abtritt? Es wurde häufig davon ausgegangen, dass in diesem Falle die nicht fällig gestellten Zinsforderungen (insbesondere solche, die nicht nach § 488 Abs. 2 BGB fällig werden) auch mit abgetreten werden.[159] Habe der Zinsschuldner eine Einrede gegen die Hauptforderung geltend gemacht, so könne sich diese auch auf die noch nicht fällig gewordene Zinsschuld auswirken.[160] Es fällt auf, dass diese Aussagen gleichsam auf dem Verständnis der Akzessorietät von Zinsschulden beruhen. Steckt hierin aber noch die Möglichkeit, ein „synallagmatisches“ Verständnis der Zinsschuld umzusetzen?

Im Rahmen der Konsensualvertragstheorie, die die Einordnung des Darlehensvertrags betrifft, ist die Forderung auf Kapitalrückzahlung noch nicht fällig[161] oder sogar noch nicht entstanden[162], bevor der Darlehensvertrag ausläuft. Der Darlehensgeber scheint mit einem

---

[156] Vgl. *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 100.
[157] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 29 ff.
[158] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 507.
[159] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 37; *Esser*/*Weyers*, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teil 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 13 II, S. 234.
[160] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 39.
[161] Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 43, 221.
[162] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 505; Staudinger/*Freitag*/Mü*lbert*, 2011, § 488, Rn. 291; Staudinger/*Freitag*, 2015, § 488, Rn. 291.

Dritten die Abtretung einer „zukünftigen“[163] Forderung auf Kapitalrückzahlung wirksam vereinbaren zu können, solange der Vertrag noch fortbesteht. Die Frage ist, ob hierbei der Zinsanspruch des Darlehensgebers mit dem Übergang der Kapitalrückzahlungsforderung auch übergeht. Dies ist im Regelfall zu bejahen. Denn aufgrund der Laufzeitabhängigkeit der Zinsschuld könnte es dem hypothetischen Parteienwillen entsprechen, die Zinsen als einen Teil innerhalb des dem Kapitalnehmer tatsächlich überlassenen Kapitals zu betrachten, bis sie von ihm „produziert“ sind. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei lediglich um eine Auslegungsregel, nach der der Veräußerungswille des Darlehensgebers in Bezug auf die Zinsforderung festgestellt wird, handelt. Hier geht es nicht um eine direkte Schlussfolgerung auf Grundlage der vermeintlichen „Akzessorietät“ der Zinsschuld.

Aber im Sonderfall wäre die vorliegende Frage nicht schlicht zu bejahen. Das Kernproblem liegt darin, dass einerseits das „synallagmatische“ Verständnis besagt, dass die Zinsschuld mit der Belassungspflicht in einem synallagmatischen Verhältnis steht, so dass das Schicksal der Zinsschuld unmittelbar von dem der Belassungspflicht bestimmt wird. Tritt der Darlehensgeber aber lediglich den Anspruch auf Kapitalrückzahlung ab, während er dem Darlehensnehmer gegenüber weiterhin zu der Belassung der Kapitalnutzung verpflichtet bleibt, so würde sich die Erfüllungslage dieser Belassungspflicht bei einem „synallagmatischen“ Verständnis dennoch unmittelbar auf die Erfüllung der Zinsschuld auswirken.

Beispiel: A stellt B sein Bankkonto (mit einem Guthaben von 10.000 €) zur Verfügung. Die beiden vereinbaren, dass B das Kapital und die Zinsen später zu einem bestimmten Zeitpunkt auf dasselbe Konto von A zurückzuzahlen hat. Daraufhin tritt A seine Forderung auf Kapitalrückzahlung gegenüber B an C ab und teilt dies B mit.

In diesem Falle schuldet A dem B noch eine belassene Nutzung. A wiederum schuldet C zumindest eine Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB, ggf. auch § 280 Abs. 1 BGB), nicht in die Verfügung des B über das Guthaben auf dem Konto einzugreifen, um die Erfüllung des Anspruchs des C auf Rückgewähr des Kapitals zu unterlaufen. Die entscheidende Frage ist daher, an wen B die Zinsen zu zahlen hat?

Wenn man davon ausgeht, dass die Zinsansprüche des A gegen B gemeinsam abgetreten werden und dass B dem C Zinsen zahlen sollte, dann kann B, sobald A auf das Konto zugegriffen hat (z.B. durch Abhebung eines Teils des Guthabens auf dem Konto), die Zinszahlung berechtigterweise einstellen oder nur teilweise bewirken und außerdem wird der Umfang des Anspruchs des C auf Kapitalrückzahlung unmittelbar berührt (denn B hat nur für das von ihm tatsächlich erhaltene Kapital einzustehen), so dass sich C nur noch an A halten kann (§§ 280 Abs. 1 und 3, 282 BGB).

Geht man hingegen davon aus, dass B weiterhin Zinsen an A zahlen soll, d.h., dass C nur ein bloßes Zahlungsversprechen gegen B ohne Mehrwert erhält und A einen Zinsanspruch für

[163] Vgl. Staudinger/*Freitag*/*Mülbert*, 2011, § 488, Rn. 291; Staudinger/*Freitag*, 2015, § 488, Rn. 291.

sich behält, dann wird der Umfang des Anspruchs des C auf Kapitalrückzahlung immer noch direkt betroffen, wenn sich A das Guthaben auf dem Konto ungerechtfertigt aneignet. In Anbetracht des unmittelbaren rechtlichen Nachteils, den A durch seinen unbefugten Zugriff erleidet – d.h. dass er keine Zinszahlung in vollständiger Höhe erhält, wenn B eine Einrede wegen nicht erfolgten Erfüllung nach § 320 BGB geltend macht – wird der Anreiz für A, auf das Konto zuzugreifen dadurch eindeutig und unmittelbar eingedämmt.

Zieht man aus dem Verständnis des „Synallagmas“ die Schlussfolgerung, dass der Zinsschuldner nur demjenigen Zinsen zu zahlen hat, der zu einer Belassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit verpflichtet ist, so ist es nur folgerichtig, den Zinsanspruch des Darlehensgebers gegen den Darlehensnehmer grundsätzlich nicht zusammen mit dem Anspruch des Darlehensgebers auf Rückgewähr des Kapitals übertragen zu lassen, wenn der Darlehensgeber nur seinen Anspruch auf Rückgewähr des Kapitals abtritt.[164] Diese Folgerung ist im Lichte des vorangegangenen Vergleichs der Fälle auch interessengerecht. Bleibt das Verständnis der „Akzessorietät“ dagegen bestehen, so geht im vorigen Beispiel, sofern A seine Forderung gegenüber B auf Kapitalrückzahlung auf C überträgt, auch die Forderung von A gegenüber B auf Zinszahlung auf C mit Wirkung für die Zukunft über. Greift A unbefugt auf das Guthaben auf dem Konto zu, kann sich B auf den Grundsatz der Akzessorietät berufen und somit berechtigterweise verweigern, entsprechende Zinsen an C zu entrichten. An dieser Stelle kann C von A etwa Schadensersatz gemäß §§ 280 Abs. 1, 3 und 282 BGB verlangen. Allerdings fehlt hier ein Mechanismus, der den Anreiz für A, sich nicht in die fremde Verfügung des Kontos einzumischen, direkt kontrolliert. Anders gewendet kann ein Verständnis der „Akzessorietät“ in der hier genannten Konstellation den Umlauf der Darlehensforderungen zwar erleichtern, jedoch geschieht dies ungerechterweise auf Kosten des Darlehensnehmers.

Das „systematische“ Verständnis schließt eine solche Gestaltung natürlich nicht aus, nach welcher die Parteien die Zinsforderung zusammen mit der Hauptforderung übertragen. Angesichts des Synallagmas der Zinsschuld muss der Darlehensgeber hier auch seine Belassungspflicht auf den Dritten übertragen, damit eine sinnvolle Abtretung der Zinsforderung erfolgen kann. Damit sind wir bei der Frage der Schuldübernahme angelangt. Für das Wirksamwerden der Schuldübernahme bedarf es einer Zustimmung des Gläubigers (Darlehensnehmers), § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hier zeigt sich das Merkmal des Darlehensverhältnisses als *Vertrauensverhältnis* und entgegenkommende Zusammenarbeit: Der Kreditnehmer ist nur zur Zinszahlung an denjenigen verpflichtet, der ihm direkt hilft, die Möglichkeit der Kapitalnutzung aufrechtzuerhalten. Im Gegenteil, ein „akzessorisches“ Verständnis, nach welchem der Empfänger der vom Darlehensnehmer zu zahlenden Zinsen nur der „Eigentümer“ der Gelder sei und nicht die Person, die ihm die Kapitalnutzung verschaffe und im Wesentlichen belasse, weicht gerade vom

[164] M.w.N. (insbesondere mit Verweisung auf § 401 BGB) vgl. Staudigner/*Freitag*, 2015, § 488, Rn. 306.

Vertrauenscharakter des Darlehensverhältnisses ab.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das „Akzessorietät"-Verständnis von Zinsschuld bei dem Problem ihrer Zurechnung manchmal das Risiko gegen die Effizienz eintauscht[165], während das „Synallagma"-Verständnis auf dem soliden Grundsatz der Privatautonomie basiert und auch unter dem Gesichtspunkt der Interessenabwägung schlüssiger ist.

bb) Verjährung

Es bleibt fraglich, ob, wenn die Verjährungsfrist für die Kapitalrückzahlungspflicht bereits zu laufen begonnen hat, davon auszugehen ist, dass auch die Verjährungsfrist für die Zinsschuld zu laufen beginnt. Zum Zeitpunkt der Verjährung der Kapitalrückzahlungspflicht kann die Zinsschuld noch nicht einmal fällig sein und die objektiven Voraussetzungen der Verjährung können dabei auch noch nicht erfüllt worden sein. Nach § 217 BGB wird indessen vorgeschrieben, dass auch die Zinsschuld verjährt[166], da § 217 BGB einen Endpunkt für die Verjährung der Zinsschuld setzt, indem er bestimmt, dass bei der Berechnung der Verjährungsfrist der Zinsschuld die Verjährungsfrist für die „Hauptschuld" nicht überschritten werden darf.[167] Daher ist die „Hauptschuld" hier im Rahmen eines Darlehensvertrags als die Pflicht des Darlehensgebers zur Kapitalrückzahlung auszulegen, womit § 217 BGB gleichsam eine Vorschrift basierend auf dem Gedanken der Akzessorietät[168] darstellt. Demnach ist es ihr normativer Zweck, sicherzustellen, dass der Zinsschuldner die Verjährung einer akzessorischen Forderung einer verjährten Hauptforderung nicht mehr bestreiten muss, damit dem Normzweck des Verjährungsrechts, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu gewähren, Rechnung getragen wird.[169]

Wenn vor der Schuldrechtsreform der Darlehensvertrag als Realvertrag qualifiziert worden wäre, wäre § 217 BGB systemgerecht gewesen; nach der Schuldrechtsreform könnte diese Vorschrift allerdings im Lichte des Vorstehenden im Hinblick auf die neue Qualifikation des Darlehensvertrags als Konsensualvertrag in § 488 BGB und das Verständnis der synallagmatischen Zinsschuld Verwirrung stiften. Um das synallagmatische Verständnis der Zinsschuld systematisch herzustellen, könnte § 217 BGB derart gestaltet werden, dass er eine bloß der Privilegierung des Schuldners der Nebenschuld dienende Vorschrift oder eine spezifisch verjährungsrechtliche Vorschrift darstellt, die lediglich der Wahrung der Rechtssicherheit oder des Rechtsfriedens dient.

---

[165] Es wurde vertreten, dass die Beobachtung, das „Recht des Güter- und Leistungsaustauschs" tendiere generell zu kostengünstigen, d.h. wirtschaftlich effizenten Transaktionsformen und Ausgleichsregelungen, überzeugend sei. Vgl. *Kübler*, Effizienz als Rechtsprinzip, FS-Steindorff 1990, 687, 689. Das Darlehensrecht kann m.E. auch als das genannte „Recht des Leistungsaustauschs" angesehen werden. Wie der oben ausgeführte Fall der Abtretung der Forderung gegenüber der Bank durch den Darlehensgeber gezeigt hat, wäre eine Lösung auf der Grundlage eines „akzessorischen" Verständnisses unter dem Gesichtspunkt der Effizienz aber nicht vorteilhaft.

[166] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 38.

[167] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 95.

[168] Die „partielle verjährungsrechtliche Akzessorietät" der Zinsen, vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 95. Siehe auch *Heermann*, Handbuch des Schuldrechts – Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003, § 4, Rn. 41.

[169] Erman/*Schmidt-Räntsch*, 2020, § 217, Rn. 1; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 96.

e. Die Besonderheiten der gesetzlichen Zinsschuld

Die vorangegangene Erörterung über das „Synallagma“ der Zinsschuld bezieht sich unzweifelhaft auf die vertraglichen Zinsen. Die gesetzlichen Zinsen setzen zwar auch eine Kapitalinanspruchnahme voraus. Da sie aber gesetzlich vorgesehen sind und nicht an eine Vereinbarung der Parteien anknüpfen, können sie schon ihrer Sache nach nicht „synallagmatisch“ sein und beantworten die im Rahmen eines Abwicklungsverhältnisses zu klärende Frage nach der Bestimmung des Behaltensgrundes des Zinses nicht. Die gesetzlichen Zinsen können daher nur „akzessorisch“ sein, d.h. akzessorisch zu der Kapitalrückzahlungspflicht, da deren konkrete Beträge nur nach diesem Ansatz ermittelt werden können.[170] Überträgt ein Gläubiger seine Kapitalrückzahlungsforderung, stehen die etwa noch nicht entstandenen gesetzlichen Zinsen nur dem Zessionar zu. Demgegenüber sind die schon ermittelten gesetzlichen Zinsen eine völlig eigenständige Zinsschuld und sollen nicht mehr an der Zurechnung oder Einrede aufseiten der Hauptschuld teilhaben. Eine Ausnahme stellt die Verjährung dar: Die verjährungsrechtliche Regelung des § 217 BGB gilt für den gesetzlichen Zins weiterhin aus dem gleichen Grund, dass sie den Zweck der Beachtung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit verfolgt.[171]

f. Abmilderung des „Synallagmas“?

Kann eine Zinsschuld schon begründet und fälliggestellt werden, bevor der Darlehensgeber das Darlehen hingibt, so ist es finanzmathematisch immer noch möglich, den Effektivzinsssatz des Darlehensvertrags zu berechnen (das „genetische Synallagma“). Solange der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer den effektiven Zinssatz präzise angibt, kann sich der Darlehensnehmer über seine echte Belastung im Klaren sein (das „störungsrechtliche Synallagma“). Selbst wenn der Zeitpunkt der Zinszahlung vor die tatsächliche Gewährung des Darlehens geschoben wird, fällt dies in den Bereich der Privatautonomie und unterliegt keinem Verbot.[172] Ist es allerdings in Ausnahmefällen möglich, die Fälligkeit der Zinsschuld auf einen nachträglichen Zeitpunkt zu verschieben? Genauer gesagt, besteht unter Umständen die Notwendigkeit, das „genetische Synallagma“ der Zinsschuld zu mildern?

(a) Nivellierung der „Zinsvernunft“

Verbraucherrechtler betonten, dass Parteien eine Zinsschuld und deren Fälligkeit erst dann begründen können, wenn sie den tatsächlichen Besitz des Kapitals erlangt haben.[173] Diese Überlegung beruht auf dem Gedanken des Verbraucherschutzes beziehungsweise auf dem allgemeinen Verstand der Privatpersonen. Anders ausgedrückt, wenn der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber schon die Zinsen entrichtet, bevor der Darlehensgeber

[170] M.w.N. siehe *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 451, 497 ff.
[171] Erman/*Schmidt-Räntsch*, 2020, § 217, Rn. 2.
[172] M.w.N. vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 507.
[173] *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 20, Rn. 41.

ihm das Kapital auszahlt, dann gilt nichts anderes, als wenn der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber ein Darlehen im Voraus gewährt und daraufhin vom Darlehensgeber den vollen Betrag der Valuta erhält, womit das vorherige Darlehen des Darlehensnehmers an den Darlehensgeber getilgt sein soll. Diese umschweifige Gestaltung spiegelt eher den üblichen Menschenverstand bei gewöhnlichem Geschäftsverkehr wider. Ähnlich verhält es sich, wenn die Zinsschuld zusammen mit der Auszahlungspflicht fällig wird (typischerweise betreffend ein Disagio). In diesem Fall kann der Darlehensgeber die vorzeitig fällig zu stellenden Zinsen schon bei der Kapitalhingabe von der Höhe der auszuzahlenden Valuta im Wege der Aufrechnung direkt abziehen. Aus der Sicht des Darlehensnehmers weicht dies womöglich von seiner grundlegenden Auffassung des Darlehensvertrags ab: Warum sollten die „*Sollzinsen*“ letztendlich auf der vollen angegebenen nominalen Valuta berechnet werden, wenn es vorher schon klar ist, dass die ausgezahlte Valuta unzweideutig geringer ist als die auf der Vertragsurkunde angegebene? Es war auch eine Ansicht zu finden, nach welcher eine allgemeine Geschäftsbedingung über die vorzeitige Zinszahlung wegen ihres Charakters als „überraschende Klausel“ im Sinne von § 305c BGB unwirksam ist.[174]

Die eigentliche Quelle des Problems rührt von dem Gedanken her, dass ein breites Spektrum in der „Zinsvernunft“ zwischen verschiedenen Kategorien von Rechtsadressaten zu sehen ist. Ein versiertes Kreditinstitut wäre der Meinung, dass die Zinsen selbstverständlich auch nach Vertragsabschluss und vor Gewährung des Kredits entrichtet werden können, da das korrekte Maß für die Zinsbelastung des Darlehens immer der effektive Zinssatz ist, dessen Berechnung in diesem Zeitraum noch möglich ist, wenn auch mit einem gewissen Aufwand. Das Gleiche gälte auch für die Unternehmen oder die Geschäftsleute, die über Fachkenntnisse verfügen oder eine schnelle Abwicklung der Transaktion anstreben. Mit den Privatpersonen und Verbrauchern im Allgemeinen kann es sich aber anders verhalten. Auch wenn diese Gruppen der Bevölkerung durch verschiedene Quellen, wie z.B. die Massenmedien, gewissermaßen Kenntnisse von der Berechnung des effektiven Zinssatzes genommen habe, wissen sie, dass der nominale Zinssatz nicht mit dem effektiven Zinssatz identisch ist und dass nur letzterer das „richtige“ Maß für Zinsbelastung darstellt. Eine solche Vorstellung kann allerdings eher nur auf einer oberflächlichen Ebene bleiben und bedeutet nicht unbedingt, dass die durchschnittliche Privatperson oder der Verbraucher in einer begründbaren Weise erfasst, wie der Effektivzinssatz im Einzelfall auszurechnen ist. Für diese Bevölkerungsgruppe ist vielmehr der zeitlich sequenzielle Vorgang der Entstehung der Zinsen, nämlich dass sie aus dem Kapital „abgeleitet“ werden, eine unabdingbare Regel, die der Intuition entspricht. Tritt diese Annahme zu, so kann die Möglichkeit, Zinsen im Voraus zu zahlen, eine bestimmte Gruppe von Menschen (insbesondere die Verbraucher) davon abhalten, sich bei ihren Kreditgeschäften mit Zinskonditionen, die eher eine weitere

[174] M.w.N. siehe *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 6.

„Zinsfantasie“ schaffen, in einer fachgerechten Weise zu befassen. Die Ansicht, dass dies mit dem Streben nach einer idealen, „guten“ Marktwirtschaft vereinbar sei, ist aber zu bezweifeln.

Es liegt auf der Hand, dass die Frage, ob der Zeitpunkt der Entstehung und der Fälligkeit der Zinsschulden früher, bei Vertragsschluss, später oder gar erst nach der Darlehensgewährung anzusetzen ist, wesentlich damit zusammenhängt, wie der Gesetzgeber den Grad der Verbreitung einer hochentwickelten „Zinsvernunft“ unter unterschiedlichen Adressaten bewertet. Dies setzt aber voraus, dass der Gesetzgeber eine differenzierte Betrachtung vornehmen und auf die tatsächliche Situation im vielschichtigen Wirtschaftsleben eingehen muss. Darüber scheint man sich in Deutschland jedoch einfach hinwegsetzen zu können, da der deutsche Gesetzgeber schließlich den Darlehensvertrag in den §§ 488 ff BGB einheitlich als Konsensualvertrag eingeordnet hat. Dadurch würden die Differenzen in der „Zinsvernunft“ verschiedener sozialer Akteure nivelliert. Streng genommen könnte damit ein eher handelsrechtlicher – präziser gesagt, kreditinstitutsspezifischer – Gedankengang in eine allgemeine Regel des Privatrechts eingebracht werden[175], was aber im Hinblick auf das geltende Recht nicht ganz systemgerecht zu sein scheint. Im jetzigen deutschen Recht ist zum Beispiel die Pflicht zur Angabe des „Effektivjahrzinssatz“ eines Darlehensvertrags nur auf Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491 ff BGB) beschränkt und gilt nicht für gewerbliche Darlehen.[176] Dies lässt bereits die Schlussfolgerung zu, dass das geltende deutsche Recht den Unternehmer im Hinblick auf die „Zinsvernunft“ auf eine etwas andere Ebene stellt als den Verbraucher.

Im chinesischen Recht scheinen die bisherige Rechtsprechung und die Literatur beachtliche Differenzen in der „Zinsvernunft“ verschiedener sozialer Akteure unbewusst aus den Augen verloren zu haben. Sowohl auf dem Festland als auch in Taiwan haben die gesetzlichen Konstruktionen der Darlehensverträge aber einen übereinstimmenden gesetzgeberischen Weg eingeschlagen, der zwischen den an den Darlehensgeschäften beteiligten Subjekten unterscheidet und den Aktualitäten und Traditionen Rechnung trägt. Auf dem Festland ist ein Darlehensvertrag zwischen nicht natürlichen Personen als ein Konsensualvertrag zu klassifizieren, während ein Darlehensvertrag zwischen natürlichen Personen einen Realvertrag darstellt (§ 679 VCZGB). Im Zivilgesetzbuch von Taiwan hingegen sind Verbraucherdarlehensverträge im Gegensatz zu allgemeinen Darlehensverträgen als Realverträge konzipiert (§ 474 RCZGB). Die beiden Formen der Gesetzgebungen neutralisieren bis zu einem gewissen Grad die Probleme, die durch das

---

[175] *Josef Kohler* behauptete vor mehr als hundert Jahren, dass die Konstruktion des Realvertrags für Darlehen auf den Kriterien des Freundesdarlehens basiert, um das Geschäftsdarlehen zu messen. Und er rief aus: „*Der Freundschaft, was der Freundschaft, dem Geschäft, was des Geschäftes ist!*“ Damit betonte er den Unterschied in der Verkehrsanschauung zwischen realvertraglichen und konsensualvertraglichen Konstruktionen im Darlehensrecht. Nach der Schuldrechtsmodernisierung scheint sich die Situation aber völlig umgekehrt zu haben. *Kohler*'s erwähnte Aussage, vgl. *Kohler*, Das Vereinbarungsdarlehen, ArchBürgR 33 (1909), 1, 21.

[176] Vgl. *Casper*/*Möllers*, Zulässigkeit von Bearbeitungsentgelten bei gewerblichen Darlehensverträgen, WM 2015, 1689, 1695.

Fehlen einer tiefgreifenden juristischen Diskussion über das differenzierte Spektrum in der „Zinsvernunft“ der verschiedenen Bevölkerungsgruppen entstehen könnten.

(b) Zulässigkeit des Disagios

Die unterschiedlichen Standpunkte in Bezug auf „Akzessorietät“ und „Synallagma“ von Zinsschuld beeinflussen auch die Stellungnahme zur Zulässigkeit des Disagios.

aa) Die Situation in Europa

Was das römische Recht betrifft, so gab es in der Literatur eine Debatte darüber, ob das Disagio in der Zeit von *Justinian* überhaupt verboten war. Eine derzeit vorherrschende Meinung besagt jedoch, dass das Disagio damals als grundsätzlich zulässig galt, sofern der gesetzliche Höchstzinssatz dadurch nicht überschritten wurde.[177] Diese Regelung, wonach Teile der Zinsen bei der Auszahlung der Valuta einbehalten werden können, sofern die Höchstgrenzen noch eingehalten werden, wurde später in das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) und in die hessischen und bayrischen Entwürfe zum BGB, die dem In-Kraft-Treten des BGB vorausgingen, sowie in § 997 ABGB von Österreich von 1868 übernommen.[178] Ende des 19. Jahrhunderts, mit der europaweiten Ausbreitung des Prinzips der „*Zinsfreiheit*“, wurde die Disagio-Vereinbarung in Deutschland, Österreich und vielen anderen europäischen Ländern vollständig zulässig. Im geltenden deutschen Recht wird das Disagio vom BGH als reiner „*Rechenfaktor*“ und somit als rechtsgültig angesehen.[179] Das bedeutet in der Praxis, dass, selbst wenn die Zinsschuld als „akzessorisch“ qualifiziert wird, der Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsschuld immer noch zum Zeitpunkt der Entgegennahme des Kapitals bestimmt werden kann. Mit anderen Worten: Der Kapitalbetrag, den der Darlehensnehmer vom Darlehensgeber tatsächlich erhält, kann immer geringer sein als der nominale Kreditbetrag, der auf den Vertragsunterlagen angegeben ist.

bb) Gegenstück in der Rechtsvergleichung: Taiwan und Festlandchina

Von der rechtsvergleichenden Perspektive aus stellt das chinesische Recht hier das Gegenstück des deutschen Rechts dar. China nimmt in der Frage der Zulässigkeit des Disagios immer eine sehr konservative Stellung ein. So sieht etwa § 206 RCZGB in Taiwan vor, dass „*keine Zinsen mit Hilfe eines Abzugs ... im Voraus genommen werden dürfen*“. In der Gesetzbegründung zu dieser Vorschrift heißt es: „Eine solche Methode steht im Verdacht, die Gesellschaft und Wirtschaft sowie die guten Sitten zu beschädigen, und ist gesetzlich verboten.“ [180] Einigen taiwanesischen Rechtswissenschaftlern zufolge soll mit dieser Vorschrift verhindert werden, dass die in § 205 RCZGB festgelegte gesetzliche Zinsobergrenze von 20% pro Jahr „umgangen“ wird.[181] Einige andere haben diese Vorschrift jedoch mit § 474 RCZGB in Verbindung gebracht, der den Verbraucherkreditvertrag als

[177] HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 26.
[178] HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 26.
[179] Vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1990 - XI ZR 231/89, NJW 1990, 2250 (2251), Rn. 13 (juris).
[180] Vgl. *HUANG Li*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2002, S. 358.
[181] *ZHENG Yubo*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2004, S. 210.

Realvertrag einstuft, und betonen, dass insbesondere der Hauptbetrag des Verbraucherdarlehensvertrags durch den vom Darlehensgeber zum Vertragsschluss tatsächlich gewährten Betrag (abzüglich Disagio) bestimmt werden sollte.[182]

Auf dem Festland sieht § 200 des früheren Vertragsgesetzes vor, dass die Zinsen bei der Auszahlung nicht von der Valuta abgezogen werden dürfen. Die gleichlautenden Vorschriften finden sich nun in § 670 VCZGB, in § 27 Satz 2 EPKVG 2015, in § 27 Satz 2 EPKVG 2020 und in § 26 Satz 2 EPKVG 2021. Das Verbot des Disagios wird als zwingendes Verbotsgesetz im Sinne von § 153 Abs. 1 VCZGB (Gegenstück im Deutschland: § 134 BGB) gewertet.[183] Bei der Anwendung dieses Verbots unternimmt die Rechtsprechung mitunter sogar eine expansive Auslegung. So wird etwa auch die Zinszahlung am Tag der Valutahingabe oder am nächstfolgenden Tag nach dem Tag der Hingabe von Volksgerichten als Nehmen des Disagios angesehen.[184] Die Ungültigkeit der Disagio-Vereinbarung berührt nach chinesischem Recht jedoch nicht die Wirksamkeit des Darlehensvertrags als Ganzes; die aufgrund der Disagio-Vereinbarung gezahlten Zinsen, die also bei der Gewährung des Kapitals durch den Darlehensgeber abgezogen werden, werden unmittelbar von der Höhe der Valuta abgezogen,

---

[182] *SHI Shangkuan*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Peking 2000, S. 257.

[183] Vgl. *YANG Lixin* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung der „Erläuterung des Obersten Volksgerichtshofs zu verschiedenen Fragen der Rechtsanwendung bei der Verhandlung von Sachen privater Kredite“, Peking 2015, 177; *HE Zhi*/*HUANG Yanli* (Hrsg.), Die ausführliche Erläuterung der rechtlichen Auslegungen des Obersten Volksgerichtshofs zu privaten Krediten, Peking 2015, S. 330; *Verfassungsgruppe für „Erläuterung der schwierigen Fragen und Anleitungen zu Fällen durch Expertenrichter des Obersten Volksgerichtshofs*, Erläuterung der schwierigen Fragen und Anleitungen zu Fällen durch Expertenrichter des Obersten Volksgerichtshofs: Band über private Kredite, Peking 2016, S. 371; *YANG Xinzhong*, Rechtspraxis in Bezug auf Zinsen bei Rechtsprozessen, Peking 2015, S. 50; Streitfall wegen privater Kredite Dou Changwei gegen Qian’an Long Yan Tiefkühlkost GmbH (最高人民法院(2015)民申字第 2420 号); Streifall wegen privater Kredite Ma Jia, Zhejiang ×××× Bau Konsortium GmbH gegen Yan ×× (浙江省高级人民法院(2012)浙商提字第 49 号).

[184] Vgl. *Die erste Zivilkammer des Obersten Volksgerichts*, Praktische Hinweise des Obersten Volksgerichts und Lösungen für Schwierigkeiten in Zivilprozessen der privaten Kredite, Peking 2015, S. 328. Konkrete Urteile, siehe Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen privaten Kredit Zhu Zhaoyin gegen Kashi Di Ye Immobilienentwicklung GmbH und Fujian Di Ye Immobilienentwicklung GmbH (最高人民法院(2014)民一终字第 209 号); Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen privaten Kredit Xia Chengsheng, Lin Xiaobin gegen Li Wensheng, Li Wenfeng (福建省高级人民法院(2014)闽民终字第 1218 号); Streitfall wegen privater Kredite zwischen Yin Huihe, Ge Yanjun, Ge Yanhui, Ge Yanming, Wang Dong, Zhang Jiwen (宁夏回族自治区高级人民法院(2015)宁民提字第 15 号); Berufung des Streitfalls wegen eines Darlehensvertrags zwischen Gansu Kai Si Porzellan GmbH, Lanzhou Qihe Pu Hui Mikrofinanz AG, Gansu Jin Yuan Kreditsicherung GmbH (甘肃省高级人民法院(2016)甘民终 139 号); Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen privaten Kredit Xinjiang Zheng Shun Immobilienentwicklung GmbH gegen Zhang Qian, Ji Saipeng (新疆维吾尔自治区高级人民法院(2016)新民终 271 号); Streitfall wegen eines Darlehensvertrags zwischen Peng Qinghua, Chen Fan (湖北省高级人民法院(2018)鄂民再 241 号); Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen privaten Kredit Chen Yuecai, Zou Lihua gegen Huang Huasheng, Wen Weiping (江西省高级人民法院(2015)赣民一终字第 122 号); Streitfall wegen privater Kredite zwischen Zhong Cheng Jian Verkehrseinrichtungsbau GmbH, Zhong Cheng Nord Verkehrseinrichtungsbau AG, Wang Fangwei (重庆市高级人民法院(2015)渝高法民终字第 00003 号); Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen privaten Kredit Wang Chunhua gegen Zhao Yin, Wang Kefeng, Shandong Xin Lian Finanzberatung GmbH (安徽省高级人民法院(2015)皖民二终字第 00968 号).

§ 670 VCZGB[185], § 26 EPKVG 2021[186].

cc) Stellungnahme

Es könnte eingewandt werden, dass es praktisch nicht sinnvoll ist, eine Disagio-Vereinbarung zu verbieten. Beschränkt man die Unwirksamkeit der Disagio-Vereinbarung auf sich selbst, so stellen die von den Parteien gemäß ihrer im Voraus gezahlten bzw. bei der Kapitalhingabe aufgerechneten Zinsen letztendlich immer noch einen Rechenfaktor bei der Berechnung des Zinssatzes dar; und auch wenn die unwirksame Disagio-Vereinbarung die Wirksamkeit des gesamten Darlehensvertrags untergraben hätte, entspräche dies kaum dem wahren Parteiwillen und sei nicht wünschenswert. Mit anderen Worten: In Bezug auf die praktischen Folgen scheint es keinen grundsätzlichen Unterschied zu geben, ob die Disagio-Vereinbarung überhaupt verboten ist oder nicht.

Meines Erachtens wäre bei einem differenzierten Verständnis von „Zinsvernunft“ die Einführung eines Verbots von Disagio in bestimmten Bereichen (z.B. Konsumentenkrediten) jedoch verständlich. Eine solche Einführung hätte mindestens zwei Vorteile: Zum einen könnte es eine Rolle für die Verhaltenssteuerung spielen, d.h. es könnte ein Teil der Marktteilnehmer darauf achten, diese Disagio-Praxis zu vermeiden, damit die Abfolge der Abwicklung von Kreditgeschäften für sie sauberer und klarer sein würde; zum anderen würde gesetzlich klargestellt werden, dass bestimmte Bevölkerungsgruppen wie Verbraucher eine andere und insbesondere schwächere „Zinsvernunft“ haben, was zur Folge haben könnte, dass dies bei der Überprüfung der zinsbezogenen allgemeinen Geschäftsbedingungen als ein begrenztes, aber geeignetes „gesetzliches Leitbild“ im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ausstrahlt.

2. Beginn und Ende der Zinsberechnung

In Anbetracht dessen, dass die Regeln für die Berechnung der gesetzlichen Zinsen nach den jeweiligen Rechtsvorschriften zu beurteilen sind, wird im Folgenden nur die Frage des Beginns und der Beendigung der Berechnung der vertraglichen Zinsschuld erörtert.

Das Wesentliche bei der Berechnung der Zinsschuld erschöpft sich in der Berechnung des Behaltensgrundes der Zinsen. Da der Zins ein Entgelt für die Kapitalnutzungsmöglichkeit darstellt und, wie bereits erwähnt, der Zeitpunkt der Entstehung und der Fälligkeit der Zinsschuld bereits zum Vertragsabschluss bestimmt werden kann, setzt der Beginn der Berechnung des Behaltensgrundes des Zinses, der auch dem Wesen der Zinsberechnung entspricht, immer noch voraus, dass der Kapitalnehmer tatsächlich die Möglichkeit der

[185] § 670 VCZGB lautet: „*Darlehenszinsen dürfen nicht vorweg vom Darlehensbetrag abgezogen werden. Sind Zinsen vorweg vom Darlehensbetrag abgezogen worden, müssen Rückzahlung und Zinsberechnung nach dem tatsächlich aufgenommenen Darlehensbetrag erfolgen*.“ Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 317.

[186] § 26 EPKVG 2021 lautet: „*Der in dem Schuldschein wie Darlehensunterlagen, Quittung, Belastungsanzeige usw. ausgewiesene Darlehensbetrag ist in der Regel als Kapitalbetrag anzusehen. Werden die Zinsen im Voraus von dem Kapitalbetrag abgezogen, so bestimmt das Volksgericht den tatsächlich ausgeliehenen Betrag als Kapitalbetrag*.“

Kapitalnutzung erlangt hat (z.B. der Darlehensnehmer erhält den Geldbetrag der Valuta).[187] Da die Zinsberechnung endet, wenn die Hauptschuld erloschen ist, fallen die Zinsen nicht mehr an, falls der Kapitalnehmer nicht mehr die Möglichkeit hat, das Kapital zu nutzen (z.B. wenn der Darlehensvertrag beendet wird).[188]

(1) Beendigung der Zinsberechnung bei tatsächlichem Entfallen der „Kapitalnutzungsmöglichkeit"?

Folgende Frage stellt sich in diesem Zusammenhang: Entfällt die Zinsberechnung nicht erst dann, wenn der Kapitalnehmer tatsächlich die „Kapitalnutzungsmöglichkeit" verloren hat? Da es bei dem Behaltensgrund des Zinses im Wesentlichen immer noch darum geht, dass der Empfänger tatsächlich die „Kapitalnutzungsmöglichkeit" erwirbt, könnte man dazu geneigt sein, die oben genannte Frage zu bejahen.

Versteht man die Zinsschuld jedoch als eine synallagmatische, so müssen z.B. bei einem Darlehen die Pflicht des Darlehensgeber zur Belassung der Kapitalnutzung und die Pflicht des Darlehensnehmers zur Zinszahlung für einen begrenzten, aber für beide identischen Zeitraum nach dem Prinzip des Synallagmas einander entsprechen.[189] Nach Ablauf dieses Zeitraums wandelt sich das Verhältnis der Kapitalinanspruchnahme zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer in ein reines Rückabwicklungsverhältnis um, d.h. im Vordergrund steht eine sofort fällig gestellte (und nicht eine früher erfüllbare) Kapitalrückzahlungspflicht des Darlehensnehmers. Mit der Beendigung des Darlehensverhältnisses (z.B. durch Zeitablauf oder Kündigung[190]) verliert der Darlehensnehmer seine Nutzungsbefugnis am Kapital und folglich verliert der Darlehensgeber seinen vertraglichen Zinsanspruch.[191] Mit dem Entfallen dieser Nutzungsbefugnis kann der Darlehensgeber vom Darlehensnehmer keine Zahlung der vertraglichen Zinsen mehr verlangen[192], unabhängig davon, ob der Darlehensnehmer mit der

---

[187] Siehe Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 77; MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 167; PWW/*Schmid*/*Riecke*/*Nobbe*, 2019, § 488, Rn. 40; Soergel/*Seifert*, 2014, § 488, Rn. 117, 134; *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 6; mit ähnlicher Ansicht siehe auch *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, 67 f.

[188] Vgl. *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 8; Mülbert, AcP 192 (1992), 447, 478.

[189] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 478.

[190] Es wurde vertreten: „*Ist die Rückzahlung berechtigt, erlischt die Hauptschuld, und weitere Vertragszinsen können ... nicht mehr entstehen*." Vgl. *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 8. Es ist jedoch zwischen zwei Zeitpunkten zu unterscheiden: zum einen dem Zeitpunkt, zu dem „ein Recht auf Kapitalrückgabe besteht", und zum anderen dem Zeitpunkt, „zu dem aufgrund dieses Recht auf Kapitalrückgabe de facto auch eine Kapitalrückgabe erfolgt". Im letzteren Zeitpunkt kann die Zinszahlungspflicht auf verschiedene Weise (z.B. im Rahmen eines Darlehensvertrags, je nachdem, ob der Darlehensvertrag als Konsensualvertrag oder als Realvertrag verstanden wird) erlöschen. Für den ersten Zeitpunkt ergibt sich aber aus der konsequenten Folgerung aufgrund der Erkenntnisse dieser Arbeit, dass die Zinszahlungspflicht nicht als erloschen gilt, wenn die Kapitalrückgabepflicht zwar erfüllbar, aber noch nicht fällig ist. Vgl. auch *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 482 ff.

[191] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 512.

[192] Diese Ansicht wurde ursprünglich vom BGH vertreten. Vgl. BGH NJW 1986, 376 (377); BGH NJW-RR 1986, 205 (207). Diese Ansicht wurde später jedoch von einigen abgelehnt. Die Gegenansicht bestand darauf, dass der

Rückzahlung in Verzug geraten ist oder nicht.[193] Der Darlehensgeber kann anschließend vom Darlehensnehmer Zinsen nur noch im Wege des Schadensersatzes (z.B. nach Vorschriften des § 288 BGB über gesetzliche Verzugszinsen) oder nach den einschlägigen Vorschriften des Bereicherungsrechts verlangen.[194]

Ob sich der Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags im Rahmen einer ungerechtfertigten Bereicherung aus der „Kapitalnutzungsmöglichkeit" an den Darlehensnehmer halten kann, die auf der Dauer des rechtsgrundlosen Besitzes des Darlehensnehmers an dem Kapital basiert, bleibt noch offen. Nach herrschender Meinung ist der Schuldner aus ungerechtfertigter Bereicherung seit jeher nur zur Rückzahlung der „tatsächlich genommenen Zinsen" verpflichtet und zwar nicht ipso facto zur Zahlung von Zinsen in Form des Wertersatzes der abstrakten „Kapitalnutzungsmöglichkeit" (§ 818 Abs. 1 BGB).[195] Ohne Zweifel handelt es sich dabei im Ergebnis um eine „Zinszahlung" durch den Bereicherungsschuldner, die allerdings mit einer völlig neuen normativen Bedeutung ausgestattet wird.

Somit wird deutlich, dass, wenn der Besitz von Geld nach Beendigung des Vertrags fortbesteht, es unrechtmäßig oder ohne Rechtsgrund ist, dass die Person, die im Besitz dieses Geldes bleibt, rechtlich nicht mehr verpflichtet ist, vertragliche Zinsen auf das Geld zu zahlen, obwohl es richtig ist, dass sie aus wirtschaftlicher Sicht immer noch eine „Kapitalnutzungsmöglichkeit" auf das Geld genießt. Denn die Vertragszinsen sind vertragsgemäß bis zum Ende des Rechts auf Kapitalnutzung zu berechnen und nicht etwa bis zu dem Zeitpunkt, an dem der Kapitalnehmer den Kapitalbesitz tatsächlich aufgibt. Bei einem Darlehen sind zwei Konstellationen der Beendigung der Kapitalnutzungsbefugnis denkbar: Zum einen die Beendigung des Darlehensvertrags (z.B. Ablauf der Vertragsdauer, planmäßige Erfüllung des Vertrags, Kündigung)[196]; zum anderen der Fall, bei dem dem Darlehensnehmer eine vorzeitige Rückzahlung der Darlehenssumme zusteht und er diese auch in der Tat anbietet, der Darlehensgeber dies aber ohne berechtigten Grund ablehnt und damit in

---

Darlehensgeber nach Beendigung des Darlehensvertrags und vor der Rückzahlung durch den Darlehensnehmer auch weiterhin Vertragszinsen verlangen könne. Vgl. *Mack*, Der Zinsanspruch der Bank im Zahlungsverzug des Darlehensnehmers, WM 1986, WM 1986, 1337 ff; *Rieble*, Ansprüche des Darlehensgebers bei Verzug des Darlehensnehmers, ZIP 1988, 1027 ff; *Emmerich*, Der Verzug bei Ratenkrediten und kein Ende, WM 1986, 541 ff. Die aktuelle h.M. unterstützt aber die Ansicht vom BGH. Vgl. *Reifner*, Verzugszinspauschalen bei der Abwicklung gekündigter Konsumentenkreidte, BB 1985, 87 ff; *Reifner*/*Burmeister*, Verzugszins- und Erfüllungsanspruch im Konsumratenkreditvertrag, JZ 1987, 952 ff; *Kilimann*, Der Schaden des Ratenkreditgebers beim Zahlungsverzug im Konsumentenkredit, NJW 1987, 618 ff.

[193] Was in der bisherigen Diskussion noch nicht geklärt wurde, ist die Frage, ob bis zum Eintritt des Verzugs die Vertragszinsen weiterhin zu entrichten sind. Der BGH bejahte diese Frage zumindest mit der Zielrichtung, das Problem der „unentgeltlichen" Inanspruchnahme fremden Kapitals durch den Darlehensnehmer nach Ablauf der Vertragsfrist und vor Verzugseintritt aufzulösen. Dies wurde aber von *Mülbert* zu Recht in Frage gestellt. In der Tat wird die Forderung auf Rückzahlung sofort fällig nach Ablauf der Vertragsfrist oder Vertragskündigung, und der Verzug tritt hierbei sogleich ein, sobald der Darlehensnehmer danach nichts zahlt, so dass kein Zeitraum für die „unentgeltliche" Inanspruchnahme fremden Kapitals verbleibt. Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 478, 512 f.

[194] Vgl. PWW/*Schmid*/*Riecke*/*Nobbe*, 2019, § 488, Rn. 41.

[195] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 49.

[196] PWW/*Schmid*/*Riecke*/*Nobbe*, 2019, § 488, Rn. 41.

Annahmeverzug gerät.[197] Im vorliegenden Fall sollte die oben dargelegte Schlussfolgerung weiterhin gelten, d.h., dass die Vertragszinsen nicht automatisch auf der Grundlage der bestehenden, aber abstrakten „Nutzungsmöglichkeit“ des Kapitals weiter zu berechnen sind, die auf Seiten des Darlehensnehmers fortbesteht. Diese Folgerung wird auch durch das geltende Recht bestätigt: Nach § 301 BGB ist der Schuldner nicht verpflichtet, während des Gläubigerverzugs weiterhin Zinsen zu zahlen.

(2) Die „taggenaue“ Zinsberechnung

Aus technischer Sicht ist zu klären, zum welchem konkreten Zeitpunkt die vertragliche Zinsschuld zu laufen beginnt und wann sie beendet sein soll. Beispielsweise wird ein Darlehensvertrag zwischen G und N geschlossen, in dem vereinbart ist, dass G den auszuzahlenden Geldbetrag der Valuta am 1. Januar um 10.00 Uhr auf das Bankkonto von N überweist und N die gesamte Darlehenssumme am 31. Januar desselben Jahres um 15.00 Uhr auf das Bankkonto von A überweist. Wenn G die Überweisung wie vereinbart ausführt, ab wann beginnt dann die Zinsberechnung zu laufen?

Im deutschen Recht gilt für die Zinsberechnung nicht das Prinzip der Naturalkomputation, sondern das Prinzip der „*taggenauen*“ Zivilkomputation (§§ 187 ff BGB). Das heißt, dass die Zinsberechnung ab 00.00 Uhr des folgenden Tages unabhängig von der restlichen Zeit des Tages, an dem das Ereignis eingetreten ist, zu laufen beginnt (§ 187 Abs. 1 BGB). Bevor die Zinsberechnung endgültig beendet ist, wird sie bis 24.00 Uhr des Tages berechnet, der vertraglich bestimmt wird (§ 188 Abs. 1 BGB).[198] Im vorangegangenen Beispiel fallen also vom 2. Januar bis zum 31. Januar für insgesamt 30 Tage Zinsen an. Fällt der letzte Tag auf einen gesetzlichen Feiertag, so sind im Zweifel auch am Tag des Feiertags Zinsen zu zahlen.[199] Dabei werden die Zinsen gemäß § 193 BGB auch am nächsten Werktag berechnet. Um die Einheitlichkeit der Maßstäbe der Zinsberechnung zu gewährleisten, schreibt das deutsche Recht eine Mindestverrechnungsperiode für die Zinsberechnung als „Tag“ vor. Im deutschen Recht ist die „taggenaue“-Regel für den Beginn und das Ende der Zinsberechnung also endlich mit den gesetzlichen Maßstäben für die Berechnung der effektiven Zinssätze nach der Anlage zu § 16 PAngV zu harmonisieren.

Schließlich können die Parteien (und insbesondere die Kaufleute) auch einen anderen Zeitraum für die Zinsberechnung vereinbaren[200], z.B. können sie im vorstehenden Beispiel den Zeitraum der Verzinsung auf den Zeitraum vom 10. Januar bis zum 31. Januar beschränken. Der früheste Zeitpunkt, ab dem Zinsen anfallen können, ist jedoch erst der Tag, an welchem dem Kreditnehmer das Kapital vereinbarungsgemäß bereitgestellt wird, was

[197] *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 8.
[198] Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 78; MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 194; Soergel/*Seifert*, 2014, § 488, Rn. 134.
[199] Vgl. Soergel/*Seifert*, 2014, § 488, Rn. 134.
[200] PWW/*Schmid*/*Riecke*/*Nobbe*, 2019, § 488, Rn. 40; Soergel/*Seifert*, 2014, § 488, Rn. 134.

relativ selten der Fall ist und voraussetzt, dass die Zur-Verfügung-Stellung des Kapitals genau um 00.00 Uhr an dem Tag erfolgt. Wenn das Kapital des Kapitalnehmers erst zur Mittagszeit bereitgestellt wird, können die Zinsen erst am nächsten Tag anzufallen beginnen.

3. Zwischenergebnis

Die Zinsschuld ist eine Wertverschaffungsschuld und kann zu einer rechtlich „selbständigen" Schuld werden, d.h. sie schafft sich ungelöst vom Zeitraum der tatsächlichen Kapitalnutzung einen eigenen Behaltensgrund. Mangels einer besonderen Vereinbarung ist der „Behaltensgrund" für vertragliche Zinsen „taggenau" zu berechnen, und zwar von 00.00 Uhr am Tag nach dem Eingang des Kapitals bis 24.00 Uhr am Tag des Erlöschens der Kapitalnutzungsbefugnis.

Ist ein Darlehensvertrag als ein Konsensualvertrag zu qualifizieren, so kann die Zinsschuld grundsätzlich schon zum Abschluss des Darlehensvertrags entstehen, verjähren (unter den objektiven Voraussetzungen der Verjährung), abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden. Dies ist dem „Synallagma" der Zinsschuld geschuldet. Die Wirkung der vorherigen Realisierung einiger Befugnisse der Zinsschuld unterliegt zwar der „Laufzeitabhängigkeit" der Zinsen, richtet sich aber dennoch nach dem Charakter der Selbstständigkeit der Zinsschuld. Einigen sich die Parteien bei einem Darlehensvertrag nicht auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Zinsschuld und tritt der Darlehensgeber den Anspruch auf Kapitalrückzahlung ab, so bleibt die Zinsschuld in ihrem Zurechnungsverhältnis zu der Belassungspflicht des Darlehensgebers verhaftet. In Bezug auf die Einrede verjährt die Zinsschuld allerdings mit der Verjährung der Kapitalrückgabeschuld gemäß § 217 BGB.

III. Folgerungen und Bemerkungen

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen lassen sich zwei weitere Schlussfolgerungen ziehen.

1. Der Begriff des Zinses legt von Natur aus die Notwendigkeit nahe, den Zinssatz für die vertragliche Kreditaufnahme zu regeln, da der Zins eine fiktive Vergütung darstellt, deren einziger Wachstumsfaktor die Zeit ist, was die Kontrolle der Kreditzinsen zu einem ständigen Thema macht. Die Wachstumsrate der Zinsen, die der Darlehensnehmer zu zahlen hat, wird immer finanzmathematisch homogen ausgestaltet und hängt nicht vom konkreten Ergebnis der tatsächlichen Kapitalnutzung ab, das immer von der Rendite, die der Darlehensnehmer tatsächlich aus dem Kapital erzielt, abweicht und ihr gegenüber sogar viel höher sein kann, was wiederum eine wirtschaftliche Benachteiligung des Darlehensnehmers zur Folge haben kann.[201] Aufgrund dieser Feststellung haben sowohl das alte Christentum als auch der Islam bis heute ein allgemeines Verbot des Zinsnehmens ausgesprochen und durchgesetzt.[202] In modernen Geldgesellschaften, in denen die Kapitalgeschäfte omnipräsent sind, hat sich

[201] Ähnliche Ansicht wie auch *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2019, § 19, Rn. 5.
[202] Vgl. *Horn*, Zinsforderung und Zinsverbot im kanonischen, islamischen und deutschen Recht. – Eine rechtshistorisch-rechtsvergleichende Problemskizze, FS Lange 1992, 99, 101 ff.

allerdings die Regel durchgesetzt, nach der Zinsen letztlich unabhängig von dem tatsächlichen Erfolg der Kapitalnutzung zu entrichten sind.[203] Mit Ausnahme einiger weniger Volkswirtschaften, die einen Laissez-faire-Ansatz verfolgen, betrachten die meisten Länder der Welt die Kontrolle von Wucherzinsen als unentbehrlich, um den negativen Auswirkungen der Liberalisierung von Zinsvereinbarungen auf die soziale Gemeinschaft entgegenzuwirken.

2. Bei der Anwendung der verschiedenen Zinsvorschriften ist der Normzweck jeder einzelnen Norm zu beachten, um ihre Reichweite passgenau festzulegen.[204] Die Anwendung im Einzelfall wirft jedoch immer die Frage auf, ob die betreffende Zinsvorschrift auf andere ähnliche Varianten auszudehnen ist. Daher ist es notwendig, dass den Rechtsanwendern *der Zinsbegriff in seiner allgemeinsten Gestalt* ein Begriff ist. Wie *Omlor* ausdrückt, bildet der allgemeine Zinsbegriff „*den äußersten Rahmen ... im rechtstechnischen Sinn*“[205] für das Zinsrecht. *Ernst* sagte auch, „ *‚Zins‘ ist zwar nicht legaldefiniert, doch macht sein Gebrauch in zahlreichen Gesetzesvorschriften eine rechtliche Definition erforderlich*“.[206]

Das Zinsrecht stellt einen zentralen Bestandteil vieler Rechtsinstitute dar, insbesondere bei Kreditgeschäften. Nur ein zureichendes und präzises normatives Verständnis von Zinsen und Zinsschuld kann das ordnungsgemäße Funktionieren des Kreditrechts und die volle Verwirklichung der rechtspolitischen Ziele im diesen Bereich gewährleisten und Zugänge zur rechtlichen Erkenntnis der Volksmünder wie „*Time is money*“, „*ein Dollar heute ist kein Dollar morgen*“, „*Geld arbeitet*“ und „*Zinsnehmen erlauben legalisiert rauben*“ eröffnen, womit den Bürger und Bürgerinnen geholfen werden kann, „einen vernünftigen Umgang mit zu verzinsenden Geldern“ herzustellen.[207]

Was die vorstehenden Ausführungen anbelangt, gibt es bei der Darstellung des rechtlichen Zinsbegriffs noch keine Spuren für ein Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht. Die betreffenden Überlegungen finden allerdings innerhalb der Erörterung über das Synallagma der Zinsschuld statt, da die derzeitige einheitliche Konstruktion der Darlehensverträge eindeutig ein Muster zugunsten der Kaufleute aufweist.

Seit der Schuldrechtsreform im Jahre 2001 vereinheitlicht das BGB in §§ 488 ff die Einordnung der Darlehensverträge als Konsensualverträge und behandelt die Zinsschuld als rein synallagmatisch, so dass die Zinsschuld auch nach Vertragsschluss und vor Auszahlung der Valuta entstehen und fälliggestellt werden kann; diese Gesetzgebung basiert auf einer „Zinsvernunft“ von geschäftskundigen Kreditinstituten bzw. gewieften Geschäftsleuten, sodass der Beginn der Zinsberechnung nicht mit der tatsächlichen Entgegennahme des Kapitals im Verhältnis steht, da auch in solchen Fällen, in denen ein Darlehensvertrag zustande kam, die Valuta aber nicht ausgezahlt wurde, der effektive Zinssatz zumeist noch

---

[203] Vgl. *Canaris*, NJW 1978, 1891.
[204] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 1, 3, 4, 6; BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 22.
[205] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 49.
[206] *Ernst*, ZfPW 2015, 250.
[207] *Seckelmann*, BB 1998, 57.

ausgerechnet werden kann. Diese „*Nivellierung*“ löst jedoch scheinbar einen Widerspruch im Rechtssystem aus. So ist etwa der Hauptanwendungsbereich des Grundsatzes der „Zinstransparenz“, nach dem der Darlehensgeber zur Offenlegung des effektiven Zinssatz verpflichtet ist, auf die AGB-Praxis nach §§ 305 ff BGB und auf die Regelungen der Verbraucherdarlehensverträge nach §§ 491 ff BGB beschränkt, was bereits die Folgerung zulässt, dass die Anforderung der „Zinstransparenz“ schon nicht davon ausgeht, dass sich verschiedene Bevölkerungsgruppen (Kreditinstitute, Verbraucher usw.) genau dieselbe „Zinsvernunft“ teilen.

C. Die gesetzliche Zinshöhe

I. Überblick

Heute hält das deutsche Recht an der Differenzierung zwischen Zivil- und Handelsrecht in Bezug auf den gesetzlichen Zinssatz fest. § 246 BGB und § 352 HGB sehen jeweils einen festen gesetzlichen Zinssatz vor, 4 % für ersteren und 5 % für letzteren. Diese differenzierte Behandlung in der Höhe der gesetzlichen Zinsen wurde bekanntlich als verfassungsrechtlich bedenklich gewertet.[208] *Kindler* bezeichnete diese Differenz in Bezug auf den Betrag des Zinssatzes als ein „*Gerechtigkeitsdefizit*".[209] Die festen Sätze in § 246 BGB und § 352 HGB waren auch mit Kritik behaftet.[210] Der demgegenüber von *Kindler* angenommene Regelungsvorschlag neigte dazu, einen einheitlichen, variablen und gesetzlichen Zinssatz einzuführen.[211] Aber letztendlich wurde dieser Vorschlag vom Gesetzgeber in den nachfolgenden Gesetzgebungen nicht übernommen. Somit lohnt es sich zu hinterfragen, wie mit dem Problem der Ungleichheit und Starrheit bei der Festsetzung von gesetzlichen Zinssätzen umzugehen ist. Hier ist die letzte Kernfrage zu beantworten, ob im Hinblick auf den allgemeinen gesetzlichen Zinssatz eine Gesetzgebung nach dem Ansatz einer differenzierten Betrachtung der Adressaten angemessen wäre.

II. „Gerechtigkeitsdefizite"?

Zunächst sind die sogenannten „Gerechtigkeitsdefizite" aus § 246 BGB und § 352 HGB zu thematisieren.

1. Geschichtlicher Hintergrund

Zuallererst galten die gesetzlichen Zinssätze des § 246 BGB und des § 352 HGB hinsichtlich der Zinshöhe als allgemeine Regelungen, d.h., sie waren auf alle Zinsansprüche einschließlich der gesetzlich vorgeschriebenen anzuwenden. Die Festlegung des konkreten Betrags des Zinssatzes basierte grundsätzlich auf der damaligen Einschätzung des Gesetzgebers über die monetäre Ertragslage des Kapitalmarktes.[212] Dass der Zinssatz des § 352 HGB um einen Prozentpunkt höher ist als der des § 246 BGB, liegt aber an der gesetzgeberischen Wahrnehmung eines solchen Erfahrungssatzes, nach dem im Vergleich zu Privatpersonen Geld für Geschäftsleute wirtschaftlich sinnvoller sei.[213] Mit anderen Worten:

---

[208] Vgl. *Basedow*, Die Angabe der Verzugszinsen in Recht und Wirtschaft, ZHR (143) 1979, 317, 334 ff.

[209] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 152 ff.

[210] *Kindler*s Kritik an festen Zinssätzen scheint sich im Kontext seiner Diskussion hauptsächlich auf die gesetzlichen Verzugszinssätze zu beschränken. Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 172 ff. Bedenkt man jedoch, dass die alten Vorschriften der §§ 246, 288 BGB und § 352 Abs. 1 und 2 HGB in Zinshöhe und Art der Regulierung (4%/5%, fester Zinssatz) genau den gleichen allgemeinen gesetzlichen Zinssatz vorsehen wie der Verzugszins, dann könnte es treffend sein, *Kindler*s Kritik auch auf den allgemeinen gesetzlichen Zinssatz der § 246 BGB und § 352 HGB zu übertragen.

[211] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 189.

[212] Vgl. Motive, Band II, 1888, S. 15 f.

[213] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 3; Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 352, Rn. 2;

Kaufleute seien stärker auf Geld angewiesen als Privatpersonen[214], da dem Geld in den Händen des Kaufmanns mehr Wert zukomme als dem Geld in denen des Nichtkaufmanns („*pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris*“).[215]

2. Kritik und Auswirkung

Der oben genannte, vom Gesetzgeber bestätigte Erfahrungssatz, dass Geld bei Kaufleuten eine wirtschaftlich sinvollere Bedeutung habe als bei Privatpersonen, wird in der Literatur überwiegend abgelehnt.[216] Die auf diesem Erfahrungssatz basierenden differenzierten gesetzlichen Zinssätze wurden als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG angesehen.[217] Denn eine Differenz von einem Prozentpunkt sei „*nicht unerheblich*“.[218] Sowohl die *Schuldrechtskommission* als auch die Lehre regten an, § 352 HGB ersatzlos zu streichen.[219] Trotz dieser heftigen Kritik und den entsprechenden Regelungsvorschlägen folgte die nachfolgende Rechtsentwicklung jedoch nicht vollständig dem damit implizierten Paradigmenwechsel, sondern setzte weiterhin eine differenzierte Betrachtung von Zivil- und Handelsrecht fort.

(1) Die Rechtsentwicklung der Vorschriften über gesetzliche Zinshöhe

Was den allgemeinen gesetzlichen Zinssatz anbelangt, so sind die grundlegenden Vorschriften des § 246 BGB und des § 352 HGB (die allgemeinen Zinssätze von 4 % und 5 %) nach mehreren Gesetzgebungsarbeiten unverändert geblieben. Allerdings hat der BGH im Jahre 2018 einen entscheidenden Schritt nach vorne gemacht, indem er auf die Begründung des Erfahrungssatzes, dass Geld in den Händen der Kaufleute wirtschaftlich bedeutsamer sei, verzichtete. Der 6. Zivilsenat des BGH zitierte in seinem Urteil vom 27. Februar 2018 die 20 Jahre zuvor von *Kindler* vertretene Auffassung, dass der Erfahrungssatz, Geld sei in den Händen von Kaufleuten produktiver als in denen von Nichtkaufleuten, als bedenklich zu werten sei, mit der Begründung, dass die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten im Zinsrecht aus heutiger Sicht kaum nachvollziehbar sei.[220] Der Senat legte daraufhin den Zinsanspruch „*bei* beidseitigen Handelsgeschäften“ in § 352 Abs. 1 Satz 1 BGB eng aus und lehnte eine Ausdehnung des § 352 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Forderungen aus unerlaubter Handlung ab.[221] Diese Entscheidung wird auch durch die Kommentarliteratur unterstützt.[222] Im Gegensatz zu bisherigen Meinungen[223] wird in den jetzigen, wohl vorherrschenden Kommentaren die Auffassung vertreten, dass zur Vermeidung der

---

Haag/Löffler/*Bünger-Meyer*, Handelsgesetzbuch – HGB Kommentar, 2. Aufl., 2013, § 352, Rn. 2.

[214] Vgl. BeckOK-HGB/*Lehmann-Richter*, 30. Ed. 15.10.2020, HGB § 352, Rn. 1.

[215] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 3.

[216] Vgl. Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 352, Rn. 2; EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.

[217] Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 352, Rn. 4.

[218] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.

[219] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.

[220] BGH RdTW 2018, 267 (269).

[221] BGH RdTW 2018, 267 (269).

[222] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 13.

[223] Vgl. Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 352, Rn. 12.

Fortwirkung des an sich zweifelhaften Normzwecks des § 352 BGB, der Kaufleute und Nichtkaufleute unterschiedlich behandelt, möglichst eine Ablehnung der Anwendung des § 352 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Zinsansprüche aus gesetzlichen Schuldverhältnissen zu erfolgen habe.[224]

(2) Die Rechtsentwicklung der Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen

In Bereichen der gesetzlichen Verzugszinsen hat die Rechtsentwicklung demgegenüber einen relativ unabhängigen Weg eingeschlagen.

Zum einen wurde mit der Einführung eines gesetzlichen Verzugszinses von „D+5“ (Diskontsatz der Bundesbank zuzüglich 5 Prozentpunkten) nach § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes 1991 eine neue Räumlichkeit außerhalb der Regelungen der gesetzlichen Zinssätze aus § 246 BGB und § 352 HGB eröffnet. Mit dem *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* vom 30. März 2000 wurde ein einheitlicher gesetzlicher Verzugszins von D+5 in das BGB eingeführt, der die alte Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB und die aktuelle Fassung des § 352 HGB abbildet. Seit diesem Gesetz ist § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB auf Verzugszinsen nicht mehr anwendbar („*Mit Ausnahme der Verzugszinsen*“). Vor 2002 waren die Beträge aller Ansprüche auf gesetzliche Verzugszinsen in allen Arten von Rechtsgeschäften grundsätzlich auf einer einzigen Grundlage, der Formel D+5, zu ermitteln. An diesem Punkt erreichte das deutsche Privatzinsrecht damals, zumindest im Bereich der gesetzlichen Verzugszinsen, eine Einheitlichkeit und unterschied nicht zwischen Geschäften, an denen Kaufleute und Nichtkaufleute oder Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind.

Diese Harmonisierung war aber kurzlebig und endete im Jahre 2002, als im Zuge der Schuldrechtsreform der Gesetzgeber zur Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 Buchstabe d) der *Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr* einen neuen „B+8“-Zinssatz (Basiszinssatz zuzüglich 5 Prozentpunkte) in § 288 Abs. 2 BGB einführte, der nicht für Rechtsgeschäfte gelten soll, an denen Verbraucher beteiligt sind und der Beschleunigung der Bezahlung im Geschäftsverkehr dienen soll.[225] Im Jahr 2011 wurde zur Umsetzung des Art. 2 Nr. 6 der *Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr* die Zinsspanne in § 288 Abs. 2 BGB um einen weiteren Prozentpunkt auf 9 % erhöht.[226]

Der geltenden Rechtslage nach wird eine Differenz von einem Prozentpunkt zwischen § 246 BGB und § 352 HGB zwar beibehalten, andererseits gibt es eine Differenz von 4 Prozentpunkten zwischen § 288 Abs. 1 und 2 BGB im Bereich der gesetzlichen Verzugszinsen. *Canaris* kritisierte an der letzteren Differenz (die zur Zeit seiner Anmerkung noch 3

[224] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 11a.
[225] BT-Drs. 14/6040, S. 148 f.
[226] BT-Drs. 18/1309, S. 18.

Prozentpunkte betrug), dass sie „*ohne materiellen Grund*“ bestünde.[227] Der grundlegende Anlass für eine solche gesetzgeberische Ausgestaltung war indes auf den Prozess der europäischen Rechtsharmonisierung zurückzuführen. Der signifikante Unterschied von vier Prozentpunkten verdeutlicht jedoch nachdrücklich, dass der europäische Gesetzgeber bei der Rechtssetzung dem Erfahrungssatz gefolgt ist, wonach den Geldern in den Händen der Unternehmer (die aber in § 288 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich genannt sind) im Geschäftsverkehr eine wirtschaftlich ganz andere Bedeutung zukomme als bei Nichtkaufleuten. Daraus erklärt sich auch, warum für Kaufleute (und andere Beteiligte des Geschäftsverkehrs) eine höhere Sanktion durch Verzugszinsen verhängt werden soll. Mit der Vollendung der inländischen Umsetzung hat der deutsche Gesetzgeber die Einflößung dieser Idee auch im Inlandrecht eingeleitet.

(3) Zwischenergebnis

In der Literatur findet sich eine Ansicht, wonach es bedauerlich sei, dass die Reform des Rechts der gesetzlichen Verzugszinsen nicht zu einer Vereinheitlichung im Zivil- und Handelsrecht geführt habe.[228] Dies trifft zu, sofern man den ursprünglichen Spuren der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts folgt. Denn sowohl die Empfehlungen der Schuldrechtskommission als auch das am 30. März 2000 in Kraft getretene Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen sahen eine Vereinheitlichung vor. Und diese Vereinheitlichung lässt sich wegen der damals gängigen Übereinstimmung in der Literatur dadurch erklären, dass der Erfahrungssatz, nach dem Geld für Kaufleute und Nichtkaufleute eine wirtschaftlich unterschiedliche Bedeutung habe, überwiegend abgelehnt wird. Allerdings ist Deutschland im Bereich der gesetzlichen Verzugszinsen stark vom europäischen Recht geprägt und an dieses gebunden und die Reformen der Rechte der gesetzlichen Verzugszinsen in den Jahren 2002 und 2011 waren beide vom europäischen Recht vorgesehen und vertieften somit die Idee einer differenzierten Betrachtung der gesetzlichen Zinssätze. Da das deutsche Recht die europarechtlich motivierte Rechtsharmonisierung übernommen hat, wäre es nur folgerichtig, dass der Erfahrungssatz, dass Geld in den Händen eines Unternehmers sinnvoller sei, aufrechtzuerhalten ist, da sonst ein unüberbrückbarer Wertungswiderspruch innerhalb der Rechtsordnung, die den Vorgaben des Europarechts nachkommen soll, entstehen würde.

*Kindler*s Regelungsvorschlag über die Vereinheitlichung der Zinssätze im Zivil- und Handelsrecht wurde zum Ende des letzten Jahrhunderts, noch bevor der Prozess der Reform des gesetzlichen Verzugszinsrechts begann, präsentiert. Frühestens ab Ende des Reformprozesses im Jahr 2011 konnte *Kindler*s Leugnung des genannten berüchtigten Erfahrungssatzes wieder zurückgewiesen werden. Vor diesem Hintergrund erscheint der Ansatz des BGH, den Einfluss des Europarechts auf die empirische Wahrnehmung einfach zu übersehen und sich stattdessen unreflektiert auf die im eigenen Land geltenden

[227] *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 69.
[228] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.

Schlussfolgerungen vor 20 Jahren zu berufen, als grundsätzlich bedenklich.

Der Autor weicht von der vorherrschenden deutschen Auffassung über die Angemessenheit dieses „Erfahrungssatzes" ab. Geld könnte eher nicht die gleiche wirtschaftliche Bedeutung haben, wenn es bei einem Kaufmann oder einem bürgerlichen Subjekt im Allgemeinen verbleibt. Denn abgesehen von den Einschätzungen über die subjektiven Eingenschaften wie „Geschäftsgewandtheit", „Geschäftskundigkeit" usw. verfügen die Kaufleute auf objektiver Ebene immer über eine materielle gewerbliche Grundlage (Organisation, Räumlichkeit, Einrichtungen, Liquiditätslage usw.) für ihren Gewerbebetrieb. Das erfordert ständige Liquidität. Aufgrund dessen kann eine Folgerung, dass das Geld in den Händen eines Kaufmanns eine größere Bedeutung habe, auch seine sachliche Unterstützung finden. Und wenn ein Staat sich entschlossen hat, einen Teil der Zinsvorschriften in den Prozess der Harmonisierung des Europarechts einzubringen, dann scheint meines Erachtens auch zugleich eine Wertung getroffen worden zu sein, dass das deutsche Zinsrecht dazu bestimmt ist, eine europaweite Wertungsgrundlage zu akzeptieren, die aber vielmehr wiederum das Urteil bestätigt, dass „*Geld in den Händen eines Kaufmanns wirtschaftlich mehr Bedeutung hat als in denen eines Nichtkaufmanns*". Dieses Urteil *de lege lata* oder *de lege ferenda* abzuschaffen, bedarf daher einer umfangreichen empirischen Forschung innerhalb desselben europäischen Geltungsbereichs wie dem, nach dem sich das Urteil richtet. Bevor diese Forschung abgeschlossen ist, sollte der Erfahrungssatz, um eine Widerspruchsfreiheit innerhalb der Rechtssysteme zu wahren, beibehalten werden.

III. „Defizite der Starrheit"?

§ 352 HGB stellt das „*handelsrechtliche Pendant*" zu § 246 BGB dar, und zwar als dessen *lex specialis*.[229] Sind also zwei Kaufleute an einem Rechtsgeschäft beteiligt, findet § 352 HGB Anwendung. Ähnlich wie bei der Kritik[230] am festen gesetzlichen Verzugszinssatz in § 288 BGB a.F. wird auch der Festzinssatz dieser beiden Vorschriften wegen ihrer Starrheit in der Literatur als mangelhaft gewertet.[231] Der hier vertretenen Ansicht nach wäre es aber erstrebenswerter, den grundlegenden rechtlichen Rahmen der gesetzlichen Zinssätze festzulegen, als sich bloß mit der Wahlmöglichkeit der konkreten Gestaltung der Zinssätze

[229] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 1.

[230] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 306 f; *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 155 ff; *Basedow*, ZHR (143) 1979, 317 ff; *ders*, Verzugszinsen und Diskontsatz, ZRP 1980, 215 f. Damals bestand eine Ansicht aber noch auf der Beibehaltung eines festen gesetzlichen Verzugszinssatzes. Vgl. *Peters*, Der Zinssatz des § 288 I BGB, ZRP 1980, 90, 92 f.

[231] *Kindler* kritisierte in seiner Schrift die Starrheit der festen gesetzlichen Zinssätze nach den alten Regelungen der §§ 246, 288 BGB und § 352 HGB auch unter Hinweis auf die Rechtsvergleichung (französisches Recht, spanisches Recht, internationales Kaufrecht usw.). Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 201-254. Die Kritik an der Starrheit der gesetzlichen Zinssätze, wiederum ohne zwischen §§ 246, 288 BGB und § 352 HGB zu differenzieren, siehe auch *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 152; *Gelhaar*, Zur Höhe der gesetzlichen Verzugs- und Prozeßzinsen, NJW 1980, 1372.

auseinanderzusetzen.

1. Auffangtatbestand

Sowohl § 246 BGB als auch § 352 HGB stellen „*Auffangtatbestände*“ dar, d.h. sie sind nur dann anzuwenden, wenn die Parteien zwar eine Zinsvereinbarung getroffen (ein Zinsanspruch wird begründet), aber die genaue Höhe der Zinsen nicht bestimmt haben (z.B. wegen Dissens gemäß §§ 154, 155 BGB) und wenn das Gesetz anordnet, Zinsen zu zahlen, aber deren Höhe nicht angibt.[232] Manchmal geht das Gesetz direkt von der Zinsvereinbarung der Parteien aus. Beispielsweise wird ein Darlehensvertrag als grundsätzlich *entgeltlich* vermutet, so dass sich der Darlehensnehmer zur Verzinsung des Kapitalertrags verpflichtet, wenn es nicht anders vereinbart wird (§ 488 Abs. 2 BGB).[233] So vermutet § 354 Abs. 2 HGB auch, dass Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und sonstige Aufwendungen, die ein Kaufmann im Rahmen seines Handelsgewerbes tätigt, zu verzinsen sind. Es ist indes relativ selten eine Situation denkbar, in der die konkrete Höhe der Zinsen oder Zinssätze nicht von den Parteien festgelegt wird. Die dynamische Vereinbarung von Zinssätzen begründet auch einen Zinsanspruch und unterliegt nicht dem § 246 BGB.[234]

Begrifflich gesehen erfordert die „Laufzeitabhängigkeit“ der Zinsen schon, dass die Höhe der Zinsen zumindest „bestimmbar“ ist. Allerdings weichen § 246 BGB und § 352 HGB diese Regel deutlich auf, indem sie festlegen, dass Zinsen bereits als bestimmbar gelten, solange die Parteien den bloßen Verzinsungswillen haben. Mit anderen Worten gehört die „Entgeltlichkeit“ und nicht die „Menge“[235] zu den „*essentialia negotii*“ der Zinsschuld.

2. Anwendungsbereich

Es stellt sich jedoch weiter die Frage, ob § 246 BGB und § 352 HGB auch dann ohne Weiteres anzuwenden sind, wenn die Parteien den entgeltlichen Charakter eines zinsbezogenen Geschäfts vorschreiben, ohne gleichzeitig die konkrete Höhe des Zinsfußes zu bestimmen. Dies ist nicht immer der Fall. Es ist an eine solche Situation zu denken, dass sich die Parteien zwar nicht über die Höhe der Zinsen geeinigt haben, es aber ihrem mutmaßlichen Willen nach klar ist, die Anwendung von § 246 BGB und § 352 HGB auszuschließen. In diesem Falle ist durch ergänzende Vertragsauslegung (§ 157 BGB) ein individueller Zinssatz nach dem hypothetischen Parteienwillen zu ermitteln; § 246 BGB und § 352 HGB sind nur subsidiär anzuwenden, sofern dies dem Parteiwillen nicht entgegenwirkt.[236] Wie *Omlor* zutreffend ausführt, ist es angesichts der Starrheit der gesetzlichen Zinssätze nicht fernliegend, davon auszugehen, dass die Parteien ihre Anwendung ausschließen wollten.[237]

---

[232] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 9 ff; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 74 f.

[233] Vgl. *Coester-Waltjen*, JURA 2002, 475; *Wittig*/*Wittig*, Das neue Darlehensrecht im Überblick, WM 2002, 145, 146; *Derleder*/*Knops*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin Heidelberg 2009, § 11, Rn. 4.

[234] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 54.

[235] Regelmäßig gelten die Menge, die Qualität und die Gattung des Leistungsgegenstandes als *essentialia negotii* eines Vertrags mit Tauschcharakter. Vgl. Staudinger/*Bork*, 2020, § 145, Rn. 17.

[236] Vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 18; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 18 f.

[237] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 19.

Außerdem ist unter Umständen schon aufgrund der besonderen Züge der Geschäfte davon auszugehen, dass die Parteien die Anwendung der gesetzlichen Zinssätze ausgeschlossen haben. Dieser Ausschluss basiert mitunter auf der Realität: So wird bei Einlagengeschäften (z.B. Sichteinlagen, Termineinlagen), wenn sich die Parteien nicht auf die Höhe des Zinssatzes einigen oder Zweifel daran bestehen, eher davon ausgegangen, dass es den Absichten der Parteien entspricht, den bei vergleichbaren Einlagengeschäften mit anderen Kreditinstituten geltenden Zinssatz auf ihr eigenes Einlagengeschäft anzuwenden. In diesem Falle wirkt eine schematische Anwendung des Zinssatzes von 4% im § 246 BGB eher lebensfremd, da dieser Zinssatz von 4%, auch wenn er ebenfalls ein Habenzinssatz ist, von der Marktlage vor mehr als 100 Jahren herrührt. Der Ausschluss der gesetzlichen Zinssätze könnte zudem technischen Gründen geschuldet sein: Wenn es beispielsweise bei „inhomogenen Geschäften", bei denen die Zinsen eine vertretbare Sache sind und das Kapital Geld ist, nicht immer möglich und sachgerecht ist, das Wertumrechnungsverhältnis zwischen Kapital und Zinsen allgemein festzulegen, ist es dennoch angebracht, das vorgenannte Umwandlungsverhältnis den Umständen des Einzelfalls nach zu ermitteln. Da die gesetzlichen Zinssätze lediglich für Geldschulden gelten, wären sie technisch gesehen ungeeignet gewesen, um das erwähnte Wertumrechnungsverhältnis bei inhomogenen Geschäften zu erfassen.

3. Notwendigkeit einer Umgestaltung?

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, hätten die dispositive Vorschriften in § 246 BGB und § 352 HGB für gesetzliche Zinssätze gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß § 157 BGB zurückzutreten, und sie hätten in ihrem praktischen Sinne eher beschnitten werden müssen. Erweist es sich als unmöglich, den hypothetischen Willen der Parteien zu ermitteln, dann gelten die vom Gesetzgeber festgelegten gesetzlichen Zinssätze. Finden diese starren Zinssätze jedoch anschließend tatsächlich Anwendung, könnten sie sich von der Wirklichkeit der Marktlage und der Komplexität der echten Geschäftswelt entfernen und ein echtes „*Gerechtigkeitsdefizit*" hervorrufen. So ist schon die Existenzberechtigung der gesetzlichen Zinsvorschriften in § 246 BGB und § 352 HGB selbst zu hinterfragen.

(1) Keine Rechtsfortbildung contra legem

Es wurde bereits früher vertreten, dass feste Zinssätze nicht angemessen seien und eine Rechtsfortbildung im Wege eines „*contra legem scriptum*" notwendig sei, um stattdessen einen „*gerechten Zinssatz*" durch den Richter bestimmen zu lassen.[238] Gegen diese

[238] Vgl. *Gelhaar*, Zur Höhe der gesetzlichen Verzugs- und Prozeßzinsen, NJW 1980, 1372, 1373. Es ist jedoch anzumerken, dass sich *Gelhaar*s Argument für eine „Rechtsfortbildung" eher auf den gesetzlichen Zinssatz nach § 288 BGB a.F. bezieht. Besonders deutlich wird dies in seiner Antwort auf seinen Kritiker *Bartsch* (*ders*, Zum gesetzlichen Zinssatz, NJW 1980, 2564 f). Vgl. *Gelhaar*, Nochmals: Zur Höhe der gesetzlichen Zinsen, NJW 1981, 859. Da sich *Gelhaar*s Kritik an der Starrheit fester Zinssätze auf § 246 BGB erstreckt, wäre es aber sinnvoll, seine Ansichten hier „aus dem Zusammenhang gerissen" zu betrachten.

Auffassung wurde aber eingewandt, dass die Voraussetzungen für diese „*Rechtsfortbildung contra legem*“ so streng seien, dass sie nur dann erfüllt werden können, wenn durch Gesetzesauslegung und gesetzesimmanente Rechtsfortbildung die „*Mindestanforderungen, die sich aus einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs und der Forderung nach Praktikabilität und Rechtsklarheit*“ gewahrt werden.[239] Der hier vertretenen Auffassung nach wäre eine solche „Rechtsfortbildung contra legem“ auch kaum durchsetzbar. Schon angesichts der gesetzgeberisch vereinfachten Funktion von § 246 BGB und § 352 HGB kann es nur schwer gelingen, die oben genannten Voraussetzungen für die Rechtsfortbildung zu erfüllen. Eine Antwort könnte nur auf Grundlage *de lege ferenda* gesucht werden. Daher bestünde der sinnvollere Weg darin, die Zinsvorschriften für allgemeine feste Zinssätze entweder gänzlich zu streichen oder zumindest ihre Anwendung auf vertragliche Verzinsung auszuschließen und die Festlegung der vertraglichen Zinssätze der ergänzenden Vertragsauslegung durch Richter zu überlassen.

(2) Die Gefahr einer schematischen Anwendung des festen Zinssatzes

Letztendlich bestehen weiter Zweifel daran, wie die Höhe des Zinssatzes zu bestimmen ist, obwohl die Art des Geschäfts und andere einzelfallspezifische Umstände berücksichtigt werden. Angesichts der damit im Zusammenhang stehenden Schwierigkeiten könnte es nachvollziehbar sein, die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Zinssätze beizubehalten. Solange es jedoch nur eine einzige gesetzliche Zinshöhe gibt, wie in § 246 BGB oder § 352 HGB, verbleiben kaum Wahlmöglichkeiten und somit besteht weiterhin ein echter Gerechtigkeitsmangel bei der Rechtsanwendung.[240] Selbst wenn mit dem Gedanken der Analogie der im Rahmen des *De-lege-ferenda*-Grundsatzes letztlich aufzustellende gesetzliche Auffangsbestand als „*marktüblicher Zinssatz für gleiche oder ähnliche Geschäfte*“ bestimmt wird, kann es manchmal dennoch nicht leicht sein, ein entsprechendes „gleiches oder ähnliches Geschäft“ zu finden.

Beispiel: Die Brüder A und B schließen einen langfristigen Darlehensvertrag ab, in dem A dem B einen Geldbetrag zur Verfügung stellt, um ihm bei der Führung eines seit Jahrzehnten bestehenden Familienunternehmens zu helfen und in dem ebenfalls vereinbart wird, dass „der Zinssatz auf den aktuellen Zinssatz der Bank C in der Nähe des Wohnsitzes des Darlehensgebers A zu beziehen ist.

In diesem Beispiel könnten A und B über die eigentliche Bedeutung der Formulierung „*den aktuellen Zinssatz*“ streiten, wobei A argumentieren könnte, dass es sich dabei um den Sollzinssatz der Bank C handelt, mit der Begründung, dass A den Geschäftsbetrieb von Familien für so lukrativ hält, dass er B einen Kredit gewährt, um vom Betrieb der Unternehmen zu profitieren, obwohl es aufgrund der brüderlichen Beziehung nicht angebracht ist, diesen Grund heranzuziehen. B hingegen könnte der Ansicht sein, dass beim

[239] *Bartsch*, Zum gesetzlichen Zinssatz, NJW 1980, 2564 f.
[240] Ähnlicher Gedanke vgl. BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 97.

Vertragsabschluss nur ein niedrigerer Zinssatz für Festgelder bei der Bank C verabredet wurde, weil A das Geld aus dem Grund zur Verfügung gestellt hat, weil er eine Gelegenheit zur „sicheren Verwahrung“ des Geldes in dem seit jeher gut geführten Familienunternehmen gesehen hat.

In diesem Beispiel wäre es besser, die Ermittlung des „aktuellen Zinssatzes“ der gerichtlichen Entscheidung zu überlassen. Demgegenüber kann eine schematische Anwendung fester gesetzlicher Kriterien ein befriedigendes Ergebnis sicherlich nicht immer garantieren; gleichgültig, ob die festen Kriterien konkret oder nur abstrakt formuliert sind.

(3) Das Problem der Rechtssicherheit

Indessen ist weiter fraglich, ob es nicht zu einem Verlust an Rechtssicherheit führen könnte, wenn die gesetzlichen Vorschriften über die Zinshöhe ersatzlos gestrichen und ihre Aufgaben nun vollständig der gerichtlichen ergänzenden Vertragsauslegung überlassen werden.

Man muss dabei beachten, dass in der Regel die Gesetze für andere Austauschverträge keine besonderen dispositiven Rechtsvorschriften für die Fälle vorsehen, in denen die Höhe der Bezahlung nicht klar bestimmt ist. Mit anderen Worten: Es hätte nicht die Notwendigkeit geben sollen, eine ergänzende Rechtsvorschrift für die Zinshöhe aufzustellen.

(4) Das Problem der „gesetzgebungstechnischen Vereinfachung“

Es verbleibt noch die Frage, ob die Streichung der Vorschriften über den gesetzlichen Zinssatz die aufwendigen Gesetzgebungsarbeiten noch vermehren und verkomplizieren würde.

§ 246 BGB zielt auf „*gesetzgebungstechnische Vereinfachungen*“[241] ab, d.h. er gilt nicht nur für vertragliche Zinsen, sondern auch für eine Vielzahl von gesetzlichen Zinsansprüchen, deren Beträge nicht gesetzlich vorgeschrieben werden. Er erspart somit dem Gesetzgeber den Zinssatz für gesetzliche Zinsansprüche jeweils gesondert vorschreiben zu müssen. Jedoch sollte der Gesetzgeber heute eher dazu geneigt sein, wie in der Literatur bereits gefordert wird, für jede gesetzliche Regelung einen individuellen, spezifischen gesetzlichen Zinssatz festzulegen. [242]

(5) Rechtsvergleichende Perspektive: Erfahrungen aus China

In China vertreten das Festland und Taiwan unterschiedliche Standpunkte in Bezug auf die Frage, ob eine allgemeine Vorschrift über die gesetzliche Zinshöhe erforderlich ist.

a. Taiwan

Das RCZGB in Taiwan schließt sich dem Grundkonzept des deutschen BGB an, verfolgt

[241] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 1; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 3.
[242] BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 10 f.

aber von vornherein einen vereinheitlichenden Ansatz. § 203 RCZGB lautet: „*Der Zinssatz der verzinslichen Schulden, der nicht vertraglich oder gesetzlich bestimmt ist, beträgt fünf Prozent pro Jahr*." Diese Vorschrift setzt gerade das um, was der BGH in seinem Urteil vom 27. Februar 2018 zur gesetzlichen Zinshöhe geäußert hat, nämlich eine grundsätzliche Neigung zur Aufhebung der Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelsrecht im Zinsrecht. § 203 RCZGB legt jedoch weiterhin einen starren Zinssatz (5% p.a.) fest.

b. Festland

Das viel später in Kraft getretene VCZGB auf dem Festland setzt sich über die Starrheit des Zinsfußes hinweg. Daher sieht § 680 Abs. 3 VCZGB vor: „*Ist die Zahlung von Zinsen im Darlehensvertrag unklar vereinbart worden [und] können die Parteien keine ergänzende Vereinbarung treffen, werden die Zinsen nach Faktoren wie etwa den Geschäftsmethoden, den geschäftlichen Gebräuchen [und] dem Marktzinssatz bestimmt; [handelt es sich um] Darlehen zwischen natürlichen Personen, gilt [das Darlehen] als zinsfrei.*" [243] Diese Vorschrift gilt dispositiv und ergänzend.

In Bezug auf die Unklarheit der Verzinsung oder die „*Zinsunklarheit*" in § 680 Abs. 3 VCZGB hat die Rechtspraxis in Festlandchina zu den folgenden zwei Fallgruppen geführt:

Erstens: Liegt eine Zinsvereinbarung vor und kann der Nominalzins bestimmt werden, obwohl die Zinsvereinbarung unklar ist, so handelt es sich nicht um eine „Zinsunklarheit". In der Judikatur gibt es drei typische Fälle: (1) Wenn eine Zinstilgung festgestellt und somit der Nominalzinssatz auf der Grundlage dieser Tatsache berechnet werden kann;[244] (2) wenn die Zinsen im Voraus als Disagio abgezogen werden und der Nominalzinssatz auf der Grundlage dieser Tatsache berechnet werden kann;[245] und (3) wenn vertraglich vereinbart wird, dass „der Darlehenszinssatz zum Vierfachen des Bankzinssatzes für denselben Zeitraum berechnet wird". [246]

Zweitens: Besteht kein Zweifel an dem Vorliegen der Zinsvereinbarung, kann aber der Nominalzins nicht bestimmt werden, so handelt es sich um eine „Zinsunklarheit". In der Praxis gibt es vier typische Fälle: (1) Beide Parteien sind sich über die Verzinsung einig, aber es besteht unlösbaren Streit über den Nominalzinssatz und somit die Schwierigkeit, die Inanspruchnahmen beider Parteien zu bestätigen.[247] (2) Eine Vereinbarung über „monatliche Verzinsung" ist zustande gekommen, aber es besteht keine Bestimmung über den spezifischen

[243] Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 319.

[244] Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Wu Gang, Yang Bao Feng, Zhu Yi Xin usw. (安徽省高级人民法院(2014)皖民一终字第 00053 号).

[245] Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Wan Xia, Xu Jun (湖北省高级人民法院(2016)鄂民申 2770 号).

[246] Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Lu Jin Hua, Wang He Xian (云南省高级人民法院(2015)云高民一终字第 30 号).

[247] Vgl. Streitfall wegen des Vertrags zwischen Yu De Shui und Hong Xin Bergbauunternehmen Sichuan (最高人民法院(2014)民二终字第 63 号).

Nominalzinssatz.[248] (3) Obwohl der Wert der zu berechnenden Zinsen vereinzelt genannt ist, kann die Berechnungsmethode der Zinsen nicht bestimmt werden.[249] (4) Eine Disagioabrede, die Zinsen im Voraus abzuziehen, ist getroffen, wobei der Anteil des Disagios am Hauptbetrag nicht klar ist, was zu einer Unberechenbarkeit der Verzinsung führt.[250]

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die Unklarheit der Verzinsung in § 680 Abs. 3 VCZGB im Wesentlichen auf die Unbestimmtbarkeit des Nominalzinssatzes richtet. [251]

Nach der Kommentarliteratur lautet bei Unklarheit der Verzinsung („*Ist die Zahlung von Zinsen im Darlehensvertrag unklar vereinbart worden*“) die konkrete Reihenfolge der Anwendung des § 680 Abs. 3 VCZGB wie folgt: Zunächst haben die Parteien zu versuchen, eine ergänzende Vereinbarung bei einer gerichtlichen Verhandlung zu treffen; kommt keine Parteienvereinbarung zustande, hat das Gericht die Vertragslücken durch ergänzende Auslegung auszufüllen und dabei insbesondere „umfassend von den geschäftlichen Gepflogenheiten Gebrauch zu machen“. [252] Ist es unmöglich, die individuellen oder transaktionsbezogenen Gepflogenheiten zu ermitteln, gilt in der Regel der Darlehenszinssatz der Geschäftsbank, deren Ort dem Vertragserfüllungsort entspricht, für dieselbe Darlehensart und denselben Zeitraum als vereinbart, wobei dieser Zinssatz mit der Marktreform im Bereich des Zinssatzes seit dem 20. August 2019 in der Praxis durch die vom *National Interbank Offered Rate Centre* veröffentlichten und aufgelisteten Marktzinssätze (*LPR*-Sätze[253]) für Darlehengeschäfte ersetzt wird.[254] Handelt es sich schließlich um ein Darlehen zwischen natürlichen Personen, ohne dass sich die Parteien auf eine ergänzende Zinsabrede einigen können, so gilt der Darlehensvertrag als unentgeltlich. Ähnlich wie das römische Recht, welches das Nachbarschaftsdarlehen als Freundschaftsdienst und Menschenhilfe und deshalb als unverzinslich ansah[255], betrachtet auch der chinesische Rechtssetzer Darlehen zwischen natürlichen Personen („Nachbarn“) als grundsäzlich unentgetliches Freundschaftsdarlehen.[256]

---

[248] Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Yang Ling Quan, Lu Min, Chen Xue Ju, Hu Gui Lan (兰州市中级人民法院(2017)甘 01 民终 2616 号).

[249] Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Ma De Chang und Heng Guan Immobilienentwicklung GmbH Heilongjiang (黑龙江省高级人民法院(2015)黑高商终字第 145 号).

[250] Vgl. Streitfall wegen eines Bereicherungsausgleichs zwischen Lü Zhou Immobilienentwicklung GmbH Jilin, Jin Bin Jie, Shen Xiao Hui (吉林省高级人民法院(2017)吉民申 3355 号).

[251] Vgl. *WANG Jizhong*, Die Auslegung und Anwendung des Prinzips der „Zinstransparenz“ im Darlehensrecht, in: Law Science 2022/8, S. 113 (120); *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (184 f).

[252] Vgl. *HU Xudong*, in: *XIE Hongfei*/*ZHU Guangxin* (Hrsg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Band 1 für Verträge, Peking 2020, § 680, S. 471.

[253] Veröffentlichung und Aktualisierung der einjährigen und fünfjährigen LPR-Sätze durch das *National Interbank Offered Rate Centre* siehe http://www.pbc.gov.cn/zhengcehuobisi/125207/125213/125440/3876551/index.html.

[254] Vgl. *HU Xudong*, in: *XIE Hongfei*/*ZHU Guangxin* (Hrsg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Band 1 für Verträge, Peking 2020, § 680, S. 471 f.

[255] Vgl. *Kohler*, ArchBürg 33 (1909), 1, 20 f; *Affolter*, Das verzinsliche Darlehen, ArchBürgR 26 (1905), 1, 3; *Boehmer*, Realverträge im heutigen Rechte, ArchBürgR 38 (1913), 314, 327; *Köndgen*, Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige, in: *Ernst*/*Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 457, 462.

[256] Vgl. *Die erste Zivilkammer des Obersten Volksgerichts*, Praktische Hinweise des Obersten Volksgerichts und

IV. Fazit

Die Differenz von einem Prozentpunkt in der Zinshöhe zwischen § 246 BGB und § 352 HGB basiert auf einem angeblich verfehlten Erfahrungssatz, nach dem Geld in den Händen eines Kaufmanns als wirtschaftlich sinnvoller gelte. Daraus erfolgen Vereinheitlichungsversuche in Bezug auf die Zinshöhe. Mit der Reform im Verzugszinsrecht im Jahre 2002 ist aber die europarechtliche Wertung in das deutsche Recht durchgedrungen und errichtete auf diesem Wege immerhin eine Barriere gegen eine weitere Nivellierung im deutschen Zinsrecht. Diese störende Wertung des Europarechts richtet sich gerade nach der Beobachtung, dass Geld in den Händen von Geschäftsleuten eine wirtschaftlich erheblichere Bedeutung hat. Um weitere Wertungs- und Anwendungswidersprüche zu vermeiden, wäre es vorzugswürdig, an der ursprünglich vom Gesetzgeber des BGB angenommenen, dem Erfahrungssatz entsprechenden, differenzierten Betrachtung festzuhalten, statt vor der Auflösung solcher rechtssystematischen Widersprüche schon eine modifizierende Auslegung des geltenden Rechts vorzunehmen, wie dies im Urteil des 6. Zivilsenats des BGH vom 27. Februar 2018 der Fall war.

Die eigentlichen Gerechtigkeitsdefizite von § 246 BGB und § 352 BGH liegen im Übrigen nicht darin, dass eine einheitliche Anwendung eines an sich fragwürdigen festen Zinssatzes gesetzgeberisch nicht angenommen wird, sondern in der Gefahr einer schematischen Anwendung von § 246 BGB oder § 352 HGB. Es wird inzwischen anerkannt, dass diese beiden Bestimmungen grundsätzlich hinter der ergänzenden Vertragsauslegung zurücktreten. In Fällen, in denen dennoch Zweifel über den anzuwendenden Zinssatz bestehen, können jedoch die Zinssätze in § 246 BGB und § 352 HGB noch als Auffangtatbestände gelten. Diese beiden festen Sätze sind aber womöglich nicht das tauglichste Instrument, um die bestehende Skepsis zu bereinigen. Diese festen Zinssätze abzuschaffen und durch Hinweisfaktoren (einschließlich flexibler Marktzinssätze) zu ersetzen, die die Richter bei ergänzender Vertragsauslegung, um den zutreffenden Zinssatz im Einzelfall zu ermitteln, heranziehen können, wäre sinnvoller.

Nach einer solchen Neugestaltung der gesetzlichen Zinssätze scheint jedoch die bisher sehr umstrittene Frage nach der Angemessenheit des im Zivil- und Handelsrecht vorzufindenden unterschiedlichen Regelungsrahmens im Zinsrecht zumindest in formaller Hinsicht keine Existenzberechtigung mehr zu besitzen. Das heißt, aus der Sicht *de lege ferenda* hätten die Aufgaben der gesetzlichen Zinssätze gemäß § 246 BGB und § 352 HGB einer gerichtlichen ergänzenden Vertragsauslegung überlassen werden müssen. Die Probleme zur Abgrenzung oder Vereinheitlichung von zivil- und handelsrechtlichen Zinsvorschriften im Bereich des Zinsfußes hätten hier somit nicht so stark ins Gewicht fallen dürfen, wie es die bisherige Diskussion in der Literatur angedeutet hat.

Lösungen für Schwierigkeiten in Zivilprozessen der privaten Kredite, Peking 2015, S. 309.

D. Verzugs- und Fälligkeitszins

I. Überblick

Die gesetzlichen Verzugszinsen (§§ 288 und 497 BGB) und die Fälligkeitszinsen (z.B. die kaufmännischen Fälligkeitszinsen, § 353 HGB; die „*Nutzungszinsen*“ als besondere Fälle, §§ 641 Abs. 4, 256 BGB und § 452 BGB a.F.[257]) bilden zwei der Kernregeln des deutschen Zinsrechts. Erstere haben seit den 1980er Jahren eine Reihe bedeutender Änderungen erfahren. Die geltende Rechtslage unterscheidet sich sowohl hinsichtlich des Gesetzestextes als auch hinsichtlich der gesetzgeberischen Überlegungen stark von der bei Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 vorherrschenden Rechtslage. Wie bereits festgestellt wurde, ergeben sich die Faktoren, die die Rechtsreformen im Verzugszinsrecht vorantreiben, sowohl aus den Besonderheiten des deutschen Rechts selbst als auch aus dem Europarecht. Die deutsche Rechtsprechung und Lehre geben der Rechtsentwicklung des Verzugszinssystems eine bedeutsame Unterstützung. Demgegenüber sind die kaufmännischen Fälligkeitzinsen des § 353 HGB seit mehr als hundert Jahren unverändert geblieben und haben sich stets eine eigenständige Existenz innerhalb des deutschen Zinsrechts bewahren können.

Auf der Makroebene ist die Frage, ob die beiden Systeme, die gesetzlichen Verzugszinsen gemäß § 288 BGB und die kaufmännischen Fälligkeitszinsen gemäß § 353 HGB, vereinheitlicht werden können, in den letzten Jahren zu einem wichtigen Thema in der Literatur geworden. Im Detail bestehen noch einige spezifische Fragen hinsichtlich der Rechtsanwendung, die in Bezug auf beide Systeme noch klärungsbedürftig sind. Dieser Teil der Arbeit folgt somit dem Ansatz, vom Konkreten zum Allgemeinen zu gelangen. Mit anderen Worten werden zunächst die spezifischen Probleme der Systeme der gesetzlichen Verzugszinsen und der Fälligkeitszinsen aufgezeigt und erklärt, um anschließend eine eigene Stellungnahme zu der Frage abgeben zu können, ob die beiden Systeme zu vereinheitlichen sind.

II. Die gesetzlichen Verzugszinsen

1. Rechtslage vor dem Jahre 2000

(1) Überblick

Vor dem Jahre 2000 setzte die alte Vorschrift des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB einen gesetzlichen Verzugszins in gleicher Höhe wie § 246 BGB fest, der allgemeine Anwendung findet. Gleichzeitig wurde in § 352 Abs. 2 HGB a.F. ein gesetzlicher Verzugszinssatz für Handelsgeschäfte in gleicher Höhe wie in § 352 Abs. 1 HGB vorgeschrieben. Die damalige Gesetzgebung sah niedrige Zinssätze fest vor und wies eine differenzierte Betrachtung von Zivil- und Handelsrecht auf. Darüber hinaus stellten die an Fälligkeit angeknüpften Zinsen

[257] Siehe unten III. 3.

nach § 353 HGB und § 452 BGB a.F. eine Sonderregelung gegenüber dem BGB dar. [258]

(2) Rechtsnatur der gesetzlichen Verzugszinsen

Die alte Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB sah einen gesetzlichen Zinssatz von 4% vor. Die rechtliche Einordnung der gesetzlichen Verzugszinsen war bereits umstritten.

a. Frühere Meinungen

Der vorerst in der *Gesetzesbegründung* vorgeschlagene Zinssatz von 5 % wurde damit begründet, dass das Gesetz nur einen festen Zinssatz vorgeben könne, der die Schwankungen des Kapitalmarktes widerspiegele[259] und in allen zu berücksichtigenden Fällen anwendbar sei; der Zinssatz im Rechtsverkehr liege seit langem unter 5 % und dieser niedrige Satz werde auch in absehbarer Zukunft vorherrschen.[260] Eine Mindermeinung des *Zweiten Ausschusses* schlug eine Senkung des Zinssatzes auf 4 % vor mit der Begründung, dass die Zinssätze aufgrund des Aufsammelns des Kapitals einerseits und der geringer gewordenen Kapitalnachfrage andererseits auch in Zukunft niedrig bleiben dürften.[261] Obwohl die Mehrheit bei 5 % blieb, folgte der *Reichstagsausschuss* der oben erwähnten Mindermeinung und senkte den gesetzlichen Zinssatz auf 4 %.[262] Dieser Zinssatz bezog sich auf den üblichen Habenzinssatz und reichte aus, um eine marktübliche Rendite zum damaligen Zeitpunkt abzudecken.[263] Der Verfasser des BGB hatte bei der Festlegung des gesetzlichen Zinssatzes der Tatsache Rechnung getragen, dass der Gläubiger auch einen unmittelbaren Bedarf an dem ihm geschuldeten Geld hatte. Das heißt, wenn der Schuldner nicht pünktlich zahlte, musste sich der Gläubiger auf eigene Kosten von außerhalb Geld leihen, um den Liquiditätsmangel zu decken.[264] Außerdem kann der Gläubiger den gesetzlichen Zinssatz fordern, ohne einen tatsächlich entstandenen Schaden nachweisen zu müssen.[265] Aus den Begründungen des Gesetzgebers könnte man ableiten, dass die gesetzlichen Verzugszinsen zumindest auf einen Schadensausgleich abzielen. Irgendeine dogmatische Einordnung der gesetzlichen Verzugszinsen lässt sich daraus jedoch nicht vornehmen.

Einige Autoren legten den gesetzlichen Zinssatz in § 288 Abs. 1 Nr. 1 BGB a.F. als einen pauschalierten, nicht beweispflichtigen Verzugsschaden aus[266]; ihnen zufolge sei der gesetzliche Verzugszins ein abstrakter Mindestschaden, der nicht vom „konkreten“ Schadenseintritt abhänge[267] und anders als ein allgemeiner Verzugsschadensersatzanspruch nicht den Nachweis des konkreten Schadens und der

[258] Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 353, Rn. 2.
[259] Vgl. Motive, Band II, 1888, S. 15 f.
[260] Motive, Band II, 1888, S. 16.
[261] Protokolle, Band I, 1897, S. 291.
[262] *Peters*, ZRP 1980, 90, 91; *Huber*, Leistungsstörungen Band II, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1999, S. 69.
[263] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 206.
[264] Protokolle, Band I, 1897, S. 291.
[265] Motive, Band II, 1888, S. 62.
[266] *Huber*, Leistungsstörungen Band II, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1999, S. 72.
[267] Vgl. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, München 1982, § 29 III, S. 470.

Kausalität erfordere.[268] Die Vorschrift des gesetzlichen Verzugsschadens sei eine Regel, die nur auf die Entbehrung von Kapital aufseiten desjenigen, dem das Kapital zusteht, abstellt.[269] Ohne Zweifel setzt der gesetzliche Verzugszins als Schadensersatz noch immer voraus, dass der Schuldner in Zahlungsverzug geraten ist und daher die Nichterfüllung zu diesem Zeitpunkt zu vertreten hat. Daneben verbleit noch die Frage, welcher Ansatz bei der Bestimmung der gesetzlichen Verzugszinsen maßgeblich ist. Der BGH stellte dazu fest, dass der Verfasser des BGB eine „*typisierende Betrachtungsweise*" durchgesetzt hat, was bedeutet, dass die bloße Tatsache, dass Geld einbehalten wurde, an sich einen Schaden darstellt,[270] gleichgültig, ob der Gläubiger das Geld zinsbringend hätte anlegen können oder ob er das Geld für einen bestimmten Zweck verwendet hätte.[271] Diesem „*fiktiven Mindestschaden*" oder „*standardisierten Mindestschaden*"[272] wird von der Literaturansicht eine prozessentlastende Wirkung zugeschrieben.[273]

b. Spätere Erkenntnisse

In den 1980er und 1990er Jahren, als das damalige Zinsumfeld von dem niedrigen Zinsniveau bei Inkrafttreten des BGB auf ein deutlich höheres Niveau angestiegen war, kam es jedoch zu einigen subtilen, aber weitreichenden Änderungen der normativen Bedeutung der alten gesetzlichen Verzugszinsregelung in § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Einstufung der gesetzlichen Verzugszinsen als „*Schadensersatz ohne Schaden*" für den Gläubiger bleibt unverändert, doch wird zugleich davon ausgegangen, dass der Schuldner, der in Zahlungsverzug gerät, ein unfreiwilliges Darlehen des Gläubigers erhalten hat.[274] Der BGH hatte in seiner Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass die gesetzlichen Verzugszinsen des § 288 Abs. 1 BGB neben der abstrakten Entschädigung des Gläubigers für seinen entgangenen Vermögensvorteil auch den präventiven Zweck haben, den Schuldner zur rechtzeitigen Leistung anzuhalten, da dieser nicht unangemessen von dem Zahlungsverzug profitieren und nicht für seine Vertragsuntreue belohnt werden darf.[275] Mit anderen Worten: Die gesetzlichen Verzugszinsen haben sowohl die Funktion eines Schadensersatzes als auch einer Abschöpfung der ungerechtfertigt erlangten Bereicherung.[276] Diese Beobachtung hat sich seit der Schuldrechtsreform bis in die Gegenwart fortgesetzt. Der um 1900 in § 288 Abs. 1 Satz 1

---

[268] *Schopp*, Verzugszinsen, Verzugsschaden, MDR 1989, 1.
[269] Vgl. *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 497.
[270] BGH, Urteil vom 5. November 1952 - II ZR 47/52, NJW 1953, 337, Rn. 21 (juris); BGH NJW 1979, 1494; BGH NJW 1980, 1955 (1956); BGH NJW 1985, 2325; BGH NJW 2006, 2398. *Reifner* konkretisierte diesen Ansatz als solchen, dass „vorenthaltene Geldsummen zu einem Schaden geführt haben, der sich aus den Marktdurchschnittsbedingungen für Anlagen ergibt." Vgl. *Reifner*, Das Zinseszinsverbot im Verbraucherkredit, NJW 1992, 337, 342.
[271] BGH NJW 1980, 1955 (1956); BGH NJW 1985, 2325.
[272] *Esser*/*Weyers*, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 28 I, S. 118.
[273] *Peters*, ZRP 1980, 90, 92.
[274] Vgl. *Peters*, ZRP 1980, 90, 92; *Berger*, Der Zinsanspruch im Internationalen Wirtschaftsrecht, RabelsZ 1997, 313, 318.
[275] BGH NJW 1985, 2325 (2326).
[276] Vgl. *Berger*, RabelsZ 1997, 313, 318 f.

BGB vorgesehene niedrige Zinssatz von 4 %, der den Preis von damaligen Hypotheken- und Personalkrediten widerspiegelte, lag jedoch weit unter dem Schaden im aktuellen Verzugsfall und verhinderte eine „*bewußtseinsprägende Wirkung*“ auf das Volk auszuüben.[277] Die „*wirtschaftliche Angemessenheit des Zinssatzes*“ spielt also sowohl aus der schadenersatzrechtlichen als auch aus der präventiven Perspektive des Verzugszinses eine durchaus wichtige Rolle.[278]

(3) Die Beziehung zwischen vertraglichen Zinsen und gesetzlichen Verzugszinsen

In den 1980er Jahren gedieh der deutsche Markt für Konsumentenkredite, wodurch die Zinssätze auf dem Kreditmarkt immer weiter anstiegen. Die so genannte „*Schuldturmproblematik*“ hat sich jedoch als Folge der Praxis der Verbraucherkredite aufgetan. Es gibt eine Reihe von Gründen, warum sich das Verbraucherdarlehen in einen „*Schuldturm*“ verwandelt hat. Die Hauptargumentation von Lehre und Praxis lautet, dass die vereinbarten Zinssätze für Verbraucherdarlehen zu hoch seien und dass Verbraucherdarlehensnehmer zu Verzögerungen bei der Rückzahlung neigen und so riesige Verbindlichkeiten zu vertreten haben, dass keine realisierbare Aussicht auf eine endgültige Tilgung mehr bestehe.[279] Allerdings gaben sich auch in dieser Zeit Banken und andere Kreditinstitute, die Verbraucherdarlehen gewähren, häufig nicht mit dem niedrigen gesetzlichen Verzugszins nach der alten Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB zufrieden, sondern verlangten immer „*einen weiteren Schaden*“ nach der Vorschrift des § 288 Abs. 2 BGB a.F.. Hier erwies sich der Nachweis dieser „weiteren“ Schäden allerdings als ein Auslöser der Streiterei. Insbesondere ging damit ein „*Meinungswirrwarr*“[280] darüber hervor, ob der Darlehensgeber nach dem Verzugseintritt aufseiten des Schuldners nach der Vorschrift des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. eine Fortzahlung der Vertragszinsen verlangen kann.

a. Die frühere BGH-Rechtsprechung

Bei der Bestimmung des „weiteren Schadens“ nach § 288 Abs. 2 BGB a.F. hatte sich der BGH im Ansatz an der alten Fassung des § 288 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 BGB orientiert, d.h. eine „typisierende Betrachtung“ vorgenommen, nach der der Schaden unmittelbar und „objektiv“ *prima facie* bestimmt wird. So hatte der 3. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 8. November 1973 einen Fall zu entscheiden, in dem der Beklagte eine Zahlung von 358.600 DM über ein Jahr verzögerte, und stellte fest, dass nach der „*allgemeinen Lebenserfahrung*“ ein höherer Geldbetrag nicht nutzlos, sondern zumindest verzinslich hätte angelegt werden können. Das Einbehalten des Geldes und der damit verbundene Verlust der Kapitalnutzungsmöglichkeit führte der Auffassung des Senats nach zu einem mehr oder weniger bedeutenden Zinsverlust und, vorbehaltlich des Gegenbeweises des Schuldners, hielt

[277] *Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), 397, 413.
[278] *Berger*, RabelsZ 1997, 313, 320.
[279] Vgl. *Emmerich*, Die Verzugsschadensproblematik bei Ratenkrediten, FS Giger 1989, 173, 189, 191f.
[280] *Mack*, WM 1986, 1337, 1338.

der Senat eine Zuerkennung von 7 % wie bei festverzinslichen Wertpapieren für betragsmäßig angemessen.[281] Der 4. Zivilsenat des BGH hatte in seinem Urteil vom 1. Februar 1974 entschieden, dass im Rahmen der abstrakten Schadensberechnung auf den „*regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr*" abzustellen sei, beispielsweise, wenn ein Kaufmann im Rahmen seines Gewerbebetriebs tätig werde und daraus einen Gewinn erlange; insbesondere beim *Handelskauf* müsse der Käufer nicht nachweisen, dass er bereits einen Abnehmer für die Waren habe, da ohnehin davon auszugehen sei, dass der gewerbliche Käufer bei einem ordnungsmäßigen Ablauf die Waren weiterverkauften und die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Weiterverkaufspreis als Erlös erhalten hätte können.[282] Dieser Ansatz der Schadensberechnung lasse sich auch auf Banken übertragen, denn es entspreche auch dem regelmäßigen Geschäftsverlauf, dass Banken das Geld, das sie im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit erhalten, gewinnbringend einsetzen können.[283] In seinem Urteil vom 9. April 1981 hatte der Zivilsenat 4a des BGH die im Urteil des Zivilsenats 3 vom 8. November 1973 aufgestellten Grundsätze weiter verallgemeinert und hinzugefügt, dass die typisierende Betrachtung bei der Schadensberechnung im Falle entgangener Kapitalnutzungen in vollem Umfang Anwendung findet.[284]

Der 3. Zivilsenat des BGH hatte in seinem Urteil vom 2. Dezember 1982 den oben erwähnten Ansatz fortgeschrieben. Dort wurde in Bezug auf die Bank festgestellt, dass zwar in der Regel davon auszugehen sei, dass die Bank die erhaltenen Gelder im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs gewinnbringend verwenden würde und dass ihr im Zeitpunkt der Vorenthaltung der Gelder ein Schaden entstanden sei, es aber dennoch unabdingbar bleibe, dass die Bank wenigstens *„die Größenordnung ihres Zinsverlustes*" angebe und dadurch dem Gericht *„einen Anhaltspunkt für eine Schätzung des Verzugsschadens*" gebe.[285]

b. Die den Streit auslösenden BGH-Entscheidungen

Die eigentliche Kontroverse wurde durch zwei Urteile des 3. Zivilsenats des BGH vom 31. Januar 1985 und 7. November 1985 ausgelöst. In dem ersten Urteil verneinte der BGH, dass der Darlehensgeber nach dem Verzugseintritt weiterhin Vertragszinsen verlangen könne, weil dies nicht berücksichtige, dass die vom Darlehensnehmer zu zahlenden Vertragszinsen unverändert unangemessen bleiben würden, während der Marktzins und der übliche Zinssatz für Aktivgeschäfte des Darlehensgebers während des Verzugs gesunken sein könnten;[286] außerdem wurde die Zinsfortzahlung in Analogie zu §§ 301, 557 Abs. 1, 628 Abs. 2 BGB verneint.[287] In dem zweiten Urteil lehnte der BGH zudem die Fortzahlung der Vertragszinsen

[281] BGH, Urteil vom 8. November 1973 - III ZR 161/71, WM 1974, 128 (129), Rn. 18 (juris).
[282] BGH NJW 1974, 895.
[283] BGH NJW 1974, 895.
[284] BGH NJW 1981, 1732.
[285] BGH NJW 1983, 1420 (1423).
[286] BGH NJW 1986, 376 (377).
[287] Vgl. BGH NJW 1986, 376 (377).

nach Verzugseintritt mit der Begründung ab, dass die Vertragszinsen eine vereinbarte Vergütung für das Recht des Darlehensnehmers auf Nutzung des überlassenen Kapitals darstellen und nach Kündigung des Vertrags und dem Verzugseintritt das Recht auf Kapitalnutzung und damit die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragszinsen erloschen sei.[288] Der Versuch, eine Fortzahlungspflicht der Vertragszinsen mit einer Analogie zu §§ 301, 628 Abs. 2 BGB zu begründen, wurde dabei erneut abgelehnt.[289] Schließlich stellte der 3. Zivilsenat fest, dass die Bank ihrer abstrakten Schadensberechnung nur *eine nach ihrer besonderen Geschäftsstruktur ermittelte Durchschnittsrendite* zugrunde legen könne und zur Begründung der Zinsforderung ihre „*üblichen Erträge aller von ihr betriebenen Geschäftsarten und die Besonderheiten ihrer Geschäftsstruktur*“[290] darstellen solle, wobei der Senat der damals jüngsten Literatur und der Rechtsprechung der Obergerichte folgte, nach welcher der Schaden der Bank bei Verbraucherratendarlehen auf ihre „*Refinanzierungskosten*“ zu beschränken sei. Darüber hinaus wies der BGH die Ersatzfähigkeit der entgangenen Gewinne mit der Begründung ab, dass die Bank den Geldbetrag von dem von ihr gewährten und später in Störung geratenen Darlehen in voller Höhe auf dem Finanzmarkt erkaufen könne.[291]

c. Literaturansichten

Der Refinanzierungsansatz bei der Schadensberechnung wurde von der Literatur teilweise aus ähnlichen Gründen wie durch den BGH aufgenommen, beispielsweise, dass solange das Recht auf Kapitalnutzung mit dem Verzugseintritt erlösche, der Anspruch auf vertragliche Zinsen auch erlösche[292]; die Analogie zu §§ 301, 557 Abs. 1, 628 Abs. 2 BGB wurde in der Literatur auch überwiegend abgelehnt[293]; der Verzugsschaden der Bank beschränke sich in der Regel auf die Refinanzierungskosten[294] und die entgangenen Anlagezinsen können nur dann geltend gemacht werden, wenn die Bank ausnahmsweise nicht in der Lage sei, sich zu refinanzieren.[295]

Jedoch wurde andererseits auch die gegenläufige Auffassung vertreten, wonach der Darlehensgeber nach Verzugseintritt weiterhin vertragliche Zinsen verlangen könne. Die Ablehnung der Fortzahlung von Vertragszinsen nach Verzug wurde teilweise als „*Die Theorie der Zinssenkung durch Verzug*“[296] bezeichnet, die den verspäteten, untreuen Darlehensnehmer besser stelle als den treuen.[297] Demgegenüber könne der Gläubiger nach

[288] BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[289] BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[290] BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[291] BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[292] *Reifner*, BB 1985, 87, 90; *Reifner*/*Burmeister*, JZ 1987, 952, 953f; *Kilimann*, NJW 1987, 618, 619.
[293] *Reifner*, BB 1985, 87, 90 f; *Reifner*/*Burmeister*, JZ 1987, 952, 954; *Kilimann*, NJW 1987, 618, 620.
[294] *Löwisch*, Die Zins- und Schadensersatzansprüche des Ratenkreditgebers bei Säumnis des Kreditnehmers, BB 1985, 959, 961.
[295] *Reifner*, Der Verzugsschaden der Banken im Konsumentenkredit, ZIP 1987, 545, 554 ff.
[296] *Mack*, WM 1986, 1337, 1338.
[297] *Mack*, WM 1986, 1337, 1338.

der alten Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB aus einem anderen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen, weil der Gläubiger im Verzugsfall nicht schlechter gestellt werden solle als zuvor.[298] Mit anderen Worten: Die Vorschrift des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. besagte, die vertraglichen Zinssätze gelten als Maßstäbe bei der Berechnung des Schadens, der bei der Einbehaltung von Geld entstanden sei, und diese Maßstäbe gehen den gesetzlich vorgeschriebenen Zinssätzen vor und bestehen während des Zeitraums des Verzugs fort.[299] Nach *Nasall* wird durch die Materien der Rechtsgeschichte bestätigt, dass es keinen Unterschied zwischen der alten Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 3 des Norddeutschen Gesetzes vom 14. November 1867 gebe, der besagte, dass, falls der vertraglich bestimmte Zinssatz höher als der gesetzliche Zinssatz ist, der erstere auch im Falle des Verzugs gelte.[300] Würde das Recht der Bank, weiterhin vertragliche Zinsen zu verlangen, verneint werden, würde sie für ihre erheblichen Kosten nicht entschädigt werden, wodurch sie dem Risiko der Insolvenz ausgesetzt werden könnte, da es in der Gesellschaft kein Einzelfall sei, dass der Darlehensnehmer eines Ratenkreditvertrags in Verzug gerate.[301] Ginge man schließlich davon aus, dass Zinsen bloß eine Vergütung für „berechtigte" Kapitalnutzung sind, würde dies eine Veränderung des Zinsbegriffs bedeuten.[302]

Neben den vorgenannten Meinungen wurde zuweilen vertreten, dass bei Verbraucherkrediten, bei denen die vertraglichen Zinsen nach Eintritt des Verzugs wegfallen sollen, der Verzugsschaden nicht auf die Refinanzierungskosten zu beschränken sei, sondern er die durchschnittliche Rendite vertretbarer Kredite innerhalb des Zeitraum des Verzugs betrage;[303] ferner gab es auch die Aussage, dass der Ansatz der Refinanzierungskosten zur Berechnung des Verzugsschadens bei Verbraucherdarlehensverträgen grundsätzlich bejaht werden solle, jedoch mit der Ausnahme der *Unternehmenskredite*.[304]

d. Die Kernaussage des BGH

Der 3. Zivilsenat des BGH räumte in seinem Urteil vom 16. Oktober 1986 ein, dass es in der Literatur und in der Rechtsprechung noch sehr umstritten sei, ob sich der Verzugsschaden der Bank auf die Refinanzierungskosten beschränke oder auch andere Aufwendungen und Erträge umfasse, bekräftigte aber „*die Theorie der Zinssenkung durch Verzug*".[305] In dieser Entscheidung versuchte der BGH, eine „*realitätsnahe Schadensprognose*"[306] zu erstellen. Er stellte fest, dass die pauschalierte Berechnung des Verzugsschadens durch die Bank das

[298] *Belke*, Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 1969, 586.
[299] *Rieble*, ZIP 1988, 1027, 1028 f.
[300] Vgl. *Nasall*, Vertraglicher Zins- und Verzugsschaden, WM 1989, 705.
[301] *Emmerich*, WM 1986, 541, 543.
[302] *Mack*, WM 1986, 1337, 1340.
[303] *Gotthardt*, Zur Bemessung des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schadens einer Bank bei Verzug eines Kreditschuldners, WM 1987, 1381, 1388.
[304] *Gruber*, Der Zinsanspruch beim gekündigten Geschäftsdarlehen, NJW 1992, 2274, 2275.
[305] BGH NJW 1987, 184 (185).
[306] *Kilimann*, NJW 1987, 618, 624.

allgemeine Zinsniveau und seine Schwankung innerhalb der Zeit des Verzugs mitberücksichtigen müsse, weil dies beim abnehmenden Zinsumfeld den tatsächlichen Schaden durchaus wahrscheinlich überschreiten werde.[307] Hierbei band sich der BGH an den Diskontsatz der Bundesbank und hielt die Praxis, einen starren Zinssatz bei der Schadensberechnung im Verzugsfall zu vereinbaren, für unangemessen.

Der 11. Zivilsenat des BGH bekräftigte in seinem Urteil vom 8. Oktober 1991 die Regel, nach welcher die Ansprüche auf Vertragszinsen bei Verzugseintritt ausgeschlossen sind. Auch der rechtsgeschichtliche Versuch, die alte Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB mit dem norddeutschen Gesetz von 1867 zu verknüpfen, wurde abgelehnt, da der Senat sich letztlich für eine andere, ebenfalls sinngemäße Auslegung entschied, obwohl er die rechtsgeschichtliche Auslegung des § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB für wortlautgemäß haltbar hielt.[308] In dieser Entscheidung stellte der BGH fest, dass die Bank die Wiederanlagezinsen verlangen könne, die sie erhalten hätte, wenn der Darlehensnehmer pünktlich gezahlt hätte; dabei sei *ein institutsspezifischer Durchschnittszinssatz* zugrunde zu legen, der sich nach der Kombination der gesamten Aktivgeschäfte der Bank richte.[309] Wolle die Bank hingegen keine Informationen über ihre Geschäftsgeheimnisse offenbaren, könne sie – anders als im Urteil des 3. Senats des BGH vom 7. November 1985, das die Angabe der bankinternen *ordentlichen Erträge aus allen Arten von ihren Geschäften und die Besonderheiten ihrer Geschäftsstruktur* verlangte – eine Verzinsung mit dem marktüblichen Zinssatz, der aus seiner Anlageform mit geringster Rendite stammt, fordern.[310]

Nach alledem ging der BGH davon aus, dass der Verzugsschaden einer Bank zwei Formen annimmt: Refinanzierungskosten und entgangene Gewinne. Der BGH legte je nach Gläubigerkategorie unterschiedliche Maßstäbe für den Nachweis dieser Schäden an. Die Banken schienen am großzügigsten behandelt zu werden und obwohl ihr Verzugsschaden auf Refinanzierungskosten beschränkt war, die nicht einmal den gesetzlichen Zinssatz überstiegen, basiert dieser Ansatz der Schadensberechnung stets auf einer „typisierenden Betrachtung“, die in der Praxis jede Möglichkeit des Gegenbeweis des Schuldners ausschließt.[311] Gegenüber anderen Arten von Kaufleuten hat der BGH dagegen diese typisierende Denkweise nur bedingt berücksichtigt.[312] Daher liegt es nahe, dass nicht jeder Kaufmann außerhalb der Banken ohne Weiteres eine typisierende Zinsschadensberechnung vornehmen kann.[313] Insbesondere können Privatgläubiger die von der Rechtsprechung entwickelten Beweismaßstäbe (die durch *Kindler* in dreierlei unterteilt wurden: *Bagatellbetragsgrenze*,

[307] BGH NJW 1987, 184 (185).
[308] BGH NJW 1992, 109.
[309] BGH NJW 1992, 109.
[310] BGH NJW 1992, 109 (110).
[311] *Kindler*, Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ersatz entgangener Anlagezinsen im Verzug, WM 1997, 2017, 2019 f.
[312] Vgl. BGH NJW 1992, 1223 (1224); BGH NJW-RR 1991, 793 (794); BGH NJW 1994, 3344 (3346).
[313] *Kindler*, WM 1997, 2017, 2020.

Geschäftserfahrung und *Offenlegung der Vermögenslage aufseiten der Privatpersonen*) schwerlich erfüllen, was einen solchen Eindruck erweckt, dass bei Privatgläubigern der Grundsatz „*sterility of money*“ gelten sollte.[314]

e. Die nachfolgenden Kritiken in der Literatur

*Kindler*s Kritik an den Beweisregeln, die von der BGH-Rechtsprechung entwickelt wurden, lautet wie folgt: Zum einen äußert er Bedenken gegen die Ungleichbehandlung durch unterschiedliche Beweismaßstäbe je nach Kategorien des Gläubigers[315]; zum anderen äußert er Kritik daran, dass der vom BGH angenommene Ansatz zur Bestimmung des Verzugsschadens mit einem Durchschnittszinssatz zwar einleuchtend sei, aber von dem Gesichtspunkt der *Differenzhypothese* aus nicht mehr auf *eine Zahlungsverzögerung in concreto* abstelle, sondern neben der alten Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB eine neue Schadensfiktion schaffe, die die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildungsbefugnis im Schadensrecht überschreite.[316]

Bei der abstrakten Berechnung des „weiteren Schadens“ nach der Vorschrift des § 288 Abs. 2 BGB a.F. könnte nach Ansicht von *Kindler* nur der sich an tatsächlichen Schäden orientierende Ansatzpunkt gemäß § 252 BGB herangezogen werden, entweder durch Dartun eines konkret entgangenen Darlehensgeschäfts oder durch Darstellung eines konkret angenommenen Deckungsgeschäfts.[317] Demnach ist die „typisierende Betrachtung“ im Sinne des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB zu unterbinden. Pointiert ausgedrückt: Bei der Geltendmachung weiterer Schäden nach dem § 288 Abs. 2 BGB a.F. kann der Gläubiger den Schaden lediglich „abstrakt“ im Sinne des § 252 BGB oder „konkret“ nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts nach §§ 249 ff BGB berechnen.

f. Stellungnahme

Ist § 288 Abs. 2 BGB a.F. bei der Bestimmung des über den gesetzlichen Zinssatz hinausgehenden Verzugsschadens des Gläubigers vom § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. beeinflusst, so dass § 288 Abs. 2 BGB a.F. eine typisierende Bestimmung des Verzugsschadens für entgangenes Geld in gewissem Umfang auf der Grundlage der *prima facies* zulässt, weil bereits § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. eine andere typisierende Schadensberechnung als die Berechnung nach den allgemeinen Regeln zumindest bei Einbehaltung des Geldes anerkannte? Dies bleibt unklar oder kann zumindest nicht als Selbstverständlichkeit abgetan werden. Die Rechtsprechung schien wohl eher in Richtung eines positiven Ergebnisses zu neigen. So übertrug der 11. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 3. Mai 1995 kurz nach Inkrafttreten des § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes die Formel zur Berechnung von Verzugszinsen nach der D+5-Formel dieses Absatzes auf

[314] *Kindler*, WM 1997, 2017, 2019.
[315] *Kindler*, WM 1997, 2017, 2020 f.
[316] *Kindler*, WM 1997, 2017, 2024.
[317] Vgl. auch *Kindler*, WM 1997, 2017, 2024.

Darlehen zwischen Bank und Darlehensnehmer, die als Gewerbetreibende oder eine Genossenschaft tätig sind.[318] Da die nach der D+5-Formel berechneten Verzugszinsen deutlich über dem gesetzlichen Zinssatz von 4 % nach dem § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. liegen, hätte der BGH in dieser Entscheidung den „weiteren Schaden" des Unternehmens in einer typisierenden Weise unter Bezugnahme auf § 288 Abs. 2 BGB a.F. ermitteln sollen. Dabei liegt die Vermutung nahe, dass im Rahmen des § 288 Abs. 2 BGB a.F. zumindest unter gewissen Umständen eine typisierende Art der Schadensberechnung möglich bleibt. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH lässt sich eine solche Typisierung aber jedenfalls nicht durch eine direkte Geltendmachung von Vertragszinsen ersetzen.

(4) Reform und Auswirkungen von Verbraucherrecht

Im Zuge der nachfolgenden Rechtsentwicklung veranlasste die „*moderne Schuldturmproblematik*" im Bereich der Verbraucherkredite den Erlass des Verbraucherkreditgesetzes. Die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes, die darauf abzielen, *das übermäßig rasche Anwachsen der Verschuldung in Not geratener Kreditnehmer einzudämmen*[319], dienen nicht allein der Umsetzung der Bestimmungen der Richtlinie 87/102/EWG (deren Schwerpunkt sich auf die Verpflichtung zur Offenbarung *bestimmter Mindestangaben* in Verbraucherkreditverträgen konzentriert, vgl. Art. 4, 5 der Richtlinie), sondern vor allem dazu, innerstaatliche Probleme in Deutschland zu behandeln. Unter anderem enthält § 11 des Verbraucherkreditgesetzes ein Paket von Regelungen, um den Prozess der Schuldaufhäufung durch Verbraucherdarlehensnehmer während des Verzugszeitraums zu verlangsamen.

a. § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes

Die Vorschrift, die zunächst zu erörtern ist, ist § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes. Anders als § 11 Abs. 2 und 3 des Verbraucherkreditgesetzes ist § 11 Abs. 1 nicht der Entlastung von Verbraucherdarlehensnehmern gewidmet, sondern ausschließlich den Interessen der Gläubiger.[320] Dieser Absatz ist das Ergebnis der politischen Kämpfe und Kompromisse.[321] Der Gesetzgeber bezog sich dabei auf die erhebliche Uneinigkeit in der Lehre und der Rechtsprechung, die bisher bei der Feststellung von Verzugsschäden der Banken und Kreditinstitute bestand, und versuchte, die dadurch entstandene Rechtsunsicherheit zu beseitigen.[322] Der Gesetzgeber griff allerdings auch auf einige Argumentationslinien aus der Vergangenheit zurück. Zum einen spiegelt § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes die in der Rechtsprechung des BGH vertretene Auffassung[323]

---

[318] BGH NJW 1995, 1954.
[319] BT-Drs. 11/5462, S. 2.
[320] *Ungewitter*, § 11 I VerbrKrG als Vorschrift über den objektiven Schaden, JZ 1994, 701, 708.
[321] *Ungewitter*, JZ 1994, 701.
[322] BT-Drs. 11/5462, S. 14, 25 f.
[323] BGH NJW 1992, 109 (110); *Ungewitter*, JZ 1994, 701, 703 f.

wider, da der gesetzliche Verzugszinssatz nach dem Refinanzierungskostenansatz[324] mit 5 Prozentpunkten über dem Diskontsatz der deutschen Bundesbank ansetzt wird; dieser Ansatz setzt sich aus den Refinanzierungskosten („großzügig“ geschätzt[325]: Diskontsatz plus 3 Prozentpunkte) und der üblichen Bearbeitungsgebühr (weitere 2 Prozentpunkte) zusammen.[326] Damit wird der wirtschaftlichen Entwicklung des Finanzmarktes in geeigneter und leicht erkennbarer Weise Rechnung getragen.[327] Der Zinssatz bei dieser vom Gesetzgeber aufgestellten dynamischen Formel liegt deutlich über dem gesetzlichen Zinssatz nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. und kommt der durchschnittlichen Rendite, die ein im Verbraucherkreditgeschäft tätiges Kreditinstitut erzielen könnte[328], sehr nahe, entspricht aber nicht exakt dem vertraglichen Zinssatz im Einzelfall. Der Schutz des Gläubigers ist darin zu sehen: Erstens vereinfachen die neuen Vorschriften die Berechnung des Schadensersatzes und gehen davon aus, dass die neu eingeführte D+5-Formel Rechtsstreitigkeiten sowohl für den Darlehensgeber als auch für den Darlehensnehmer planbarer und vorhersehbarer macht, was eine Prozessentlastung zur Folgen haben würde[329]; zweitens basiert der gesetzliche Zinssatz zwar auf dem Diskontsatz, wodurch ein gewisses Maß an Flexibilität erreicht wird, aber der Aufschlag von 5 Prozentpunkten zur Deckung der Refinanzierungskosten des Darlehensgebers ist ein fester und ändert sich nicht mit den Schwankungen der Marktsituationen, was darauf hindeutet, dass es dem Gläubiger noch möglich bleibt, höhere Zinssätze zu beanspruchen.[330] Drittens: Wenn der Darlehensgeber den Darlehensvertrag vorzeitig kündigt oder die Fälligkeit des Darlehensvertrags aufgrund des Verzugs des Darlehensnehmers vorverlegt, steht es innerhalb der gesetzlich geschützten Vertragsdauer (die auch als „*Zinsbindungsperiode, Zinsfestschreibung*“ bezeichnet wird) als der Dauer für gesetzlich geschützte Zinserwartung dem Darlehensgeber noch frei, nach dem Grundsatz der Vorfälligkeitsentschädigung und den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts die entgangenen Vorteile betreffend die entsprechend eingegangenen vertragliche Zinsansprüche als „Auflösungsschaden“ geltend zu machen, mit den Maßstäben, die sich auf den ursprünglich vertraglich bestimmten Zinssatz richten.[331] Mit anderen Worten: Dem gesetzlichen Anspruch auf Verzugszinsen nach § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes kommt in diesem Falle nicht eine „*Sperrwirkung*“ zu, die Ansprüche des Darlehensgebers auf Vorfälligkeitsentschädigung vollständig auszuschließen.[332]

---

[324] Vgl. Erman/*Nietsch*, 2020, § 497, Rn. 12.
[325] BT-Drs. 11/5462, S. 26.
[326] BT-Drs. 11/5462, S. 26.
[327] BT-Drs. 11/5462, S. 14.
[328] BGH, Urteil vom 8. Oktober 1991 - XI ZR 259/90, NJW 1992, 109 (110), Rn. 15 (juris).
[329] BT-Drs. 14/6040, S. 256.
[330] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 22, Rn. 32.
[331] BT-Drs. 11/5462, S. 14.
[332] Vgl. *Bunte*, Keine Vorfälligkeitsentschädigung bei Kündigung wegen Verzugs?, NJW 2016, 1626 ff. Die dort zitierte und kritisierte BGH-Entscheidung, siehe BGH NJW 2016, 1379. Frühere, gleichbedeutende Ansicht siehe bei *Knöpfel*, Vorfälligkeitsentschädigung und Verzugszinsen bei Kündigung des Darlehens durch die Bank, NJW 2014, 3125 ff.

Allgemein betrachtet hat der Gesetzgeber bei der Festlegung der Höhe des neuen gesetzlichen Verzugszinssatzes dem so genannten „Kalkül der Schuldner“ nicht Rechnung getragen, d.h. er ging nicht auf die Auffassung ein, dass der säumige Schuldner in eine begünstigtere Lage im Vergleich zu dem vertragstreuen Schuldner gestellt wird, weil ersterer nach Ablauf der ursprünglich bestimmten Vertragslaufzeit möglicherweise für seinen Verzug nur einen geringeren Zinssatz als den vertraglichen zu zahlen hat; da aber die D+5-Formel auf den *Sollzinssatz* und nicht auf den *Habenzinssatz* abstellt, trägt der Gesetzgeber des Verbraucherkreditgesetzes entgegen dem Gesetzgeber von § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. weiterhin dem etwaigen Spekulationsspielraum des Schuldners Rechnung und schränkt diesen Raum in einer präventiveren Weise ein als die bisherige.[333]

b. § 11 Abs. 2, 3 des Verbraucherkreditgesetzes

Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 und 3 des Verbraucherkreditgesetzes ist auch bedeutsam, da es sich dabei um einen Mechanismus zur Bekämpfung des *Zinseszinseffekts* bei in Not geratenen Verbraucherkrediten wegen Verzugs handelt.[334]

§ 11 Abs. 2 des Verbraucherkreditgesetzes sieht eine betragsmäßige *Deckelung*[335] zum Schadensersatz wegen Verzugs vor, um den Verbraucher davor zu schützen, dass er die Möglichkeit der vollständigen Tilgung seiner Schulden verliert, wenn er in Verzug geraten ist. Nach bisheriger Rechtslage hätte sich eine in Verzug geratene Schuld mit Ablauf der Zeit immer weiter vergrößert; § 289 Satz 2 BGB stellte bisher eine bequeme Alternative zu diesem störenden Prozess der Überschuldung nach Verzugseintritt dar. Das heißt, § 289 Satz 1 BGB versagt zwar die Möglichkeit, gesetzliche Verzugszinsen im Sinne von § 288 Abs. 1 BGB unmittelbar auf die Zinsschuld geltend zu machen, ermöglicht aber in Satz 2 des § 289 BGB einen weiteren Anspruch auf Verzugsschaden nach den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts („weiterer Schaden“ im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB a.F.).[336] Demgegenüber begrenzt § 11 Abs. 2 des Verbraucherkreditgesetzes die Verbindlichkeit zum „*Verzugsschadensersatz von Verzugsschadensersatz*“ eines Verbraucherkreditnehmers auf 4 Prozent pro Jahr, was nicht nur mit dem schadensersatzrechtlichen Prinzip der „*Totalreparation*“ bricht, sondern auch § 289 Abs. 2 BGB i.V.m. § 288 Abs. 2 BGB a.F. einer Einschränkung unterwirft.[337] Nach den gesetzgeberichen Überlegungen handelt es sich dabei um einen dem Gläubiger aus sozialen Gründen auferlegten Beitrag zur Lösung der Schuldturmsproblematik.[338]

---

[333] Den präventativen Charakter der Verwendung des Sollzinssatzes anstelle des Habenzinssatzes als Kriterium für die Bestimmung der gesetzlichen Zinshöhe. Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 324.

[334] BT-Drs. 11/5462, S. 14.

[335] MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 497, Rn. 7.

[336] Vgl. BGH NJW 1986, 376 (377); BGH NJW-RR 1986, 205 (207); BGH DNotZ 1993, 112 (113); BGH NJW 1993, 1260; BT-Drs. 11/5462, S. 14.

[337] Vgl. MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 497, Rn. 7.

[338] Siehe BT-Drs. 11/5462, S. 14, 26 f; BGH NJW 1993, 1260 (1261).

§ 11 Abs. 3 des Verbraucherkreditgesetzes ändert dagegen die allgemeine Anrechnungsregel in § 367 Abs. 1 BGB, indem Zahlungen des Verbrauchers vorrangig auf leicht zu verzinsende Hauptforderungen und erst danach auf weniger leicht zu verzinsende Zins- und Kostenforderungen anzurechnen sind.[339] Dadurch wird der Zahlung des Verbrauchers *eine spürbare schuldmindernde Wirkung* beigemessen. Die beiden gesetzlichen Maßnahmen, die die Begrenzung des „Verzugsschadensersatz von Verzugsschadensersatz" und die Anpassung der Anrechnungsregeln zum Gegenstand haben, helfen den Verbrauchern in einer mitwirkenden Weise dabei, ihre Schulden zu begleichen.[340]

c. Auswirkung auf die nachfolgende Rechtsentwicklung

Aus den oben genannten Vorschriften hatte § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes den größten Einfluss auf die spätere Rechtsentwicklung im Bereich der gesetzlichen Verzugszinsen.

Kurz nach Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes hatte der BGH die gesetzliche Formel von D+5 in § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes auf andere Arten von Darlehensgeschäften als Verbraucherkredite ausgedehnt. So hatte, wie bereits erwähnt, der 11. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 3. Mai 1995 die D+5-Formel auf Darlehen zwischen Bank und Darlehensnehmer als Gewerbetreibender oder als eine Genossenschaft übertragen.[341] Und der 11. Zivilsenat stellte in seinem Urteil vom 8. Februar 2000 fest, dass der Anspruch auf Vertragszinsen zwar mit der Vertragskündigung erloschen ist, der Darlehensgeber aber dennoch Schadensersatz in Höhe der Vertragszinsen des noch offenen Darlehenskapitals für den Zeitraum der geschützten Zinserwartung verlangen kann.[342] Allerdings lehnte der BGH die Anwendung der D+5-Formel bei der Berechnung der vom Computerhandelsunternehmen geltend gemachten entgangenen Anlagegewinne ab.[343] Das heißt, dass der BGH zunächst die D+5-Formel nur in einer begrenzten Weise anwendete. Allerdings hatte der 11. Zivilsenat des BGH einige Jahre später in seinem Urteil vom 12. Mai 1998 bei der Bemessung des zinsförmigen Wertersatzes des Bereicherungsschuldners, der einem anderen Geld ohne Rechtsgrund vorenthalten hat, ebenfalls einen Maßstab von 5 Prozentpunkten über dem Diskontsatz der Bundesbank empfohlen.[344] Aus dieser Entscheidung geht hervor, dass eine Ausweitung der Anwendung der D+5-Formel auf alle Konstellationen, in denen Geld vorenthalten wird, schon vor der Erhöhung des gesetzlichen Verzugszinssatzes in § 288 BGB durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahr 2000 angemessen gewesen sein könnte.[345] Der BGH war damals der Auffassung, dass

[339] Vgl. Erman/*Nietsch*, 2020, § 497, Rn. 34.
[340] Vgl. Erman/*Nietsch*, 2020, § 497, Rn. 36; MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 497, Rn. 25.
[341] BGH NJW 1995, 1954.
[342] BGH NJW 2000, 1408 (1409).
[343] BGH NJW 1994, 3344 (3346).
[344] Vgl. BGH NJW 1998, 2529 (2530 f).
[345] In der Literatur wurde aber auch die Auffassung vertreten, dass es „die herrschende Meinung" sei, dass der Zinssatz von 5 Prozent über dem jeweiligen Diskontsatz der Bundesbank in § 11 Abs. 1 des

die D+5-Formel selbst das allgemeine Zinsniveau und dessen Entwicklung während des Zeitraums, in dem der Unbefugte rechtsgrundlos über das Geld verfügt, widerspiegelte und somit die durchschnittliche Rendite unterstellte, die der Befugte mit der Anlage des Geldes hätte erzielen können[346], d.h. den durchschnittlichen Preis bestimmte, den das Geld typischerweise auf dem Finanzmarkt hatte. Daher verdiente die D+5-Formel allgemeingültige Bedeutung. Der gesetzliche Zinssatz von 4 % in § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. sei obsolet geworden, da er nicht mehr dem aktuellen Zinsniveau entspreche und auch ungeeignet sei, den tatsächlichen Schaden der Gläubiger zu decken.

Darüber hinaus hatte die Verknüpfung der Berechnung von Verzugszinsen an den Diskontsatz weitreichendere Rechtswirkungen zur Folge. In der Praxis der Verbraucherkreditvergabe in den 1980er Jahren war die häufigste Vertragspraxis zur Schadenspauschalierung im Verzugsfall die Praxis der *Verfallklausel* oder „*Gesamtfälligkeitsklausel*“, die sich darauf richtet, dass die gesamte Restschuld fällig gestellt wird, wenn der Darlehensnehmer mit einer Rate länger als einen bestimmten Zeitraum in Verzug gerät und dass daneben häufig auch ein starrer, in der Regel weit über dem gesetzlichen Zinssatz liegender Verzugszinssatz besteht. In dem Falle, in dem die Bestimmung dieses Verzugszinssatz durch den vertraglichen Zinssatz erfolgt, wird eine solche Verfallklausel als Schadenspauschalierung qualifiziert und ihr wird nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 6 AGBG (nun: § 309 Abs. 6 BGB) gemacht, sofern dieser Verzugszinssatz den Zinssatz weitaus übersteigt, den der Gläubiger nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erwarten konnte.[347] Das allgemeine Zinsniveau ändert sich jedoch jeden Augenblick und diese Änderungen müssen auch bei der Schadensberechnung für den Verzugszeitraum herangezogen werden. Ein vertraglich bestimmter starrer Verzugszinssatz kann von der allgemeinen Zinsentwicklung abweichen oder sogar weit darüber hinausgehen und ist daher unangemessen. Deshalb muss die Berechnung der Verzugszinsen auch an den Diskontsatz gekoppelt sein.[348]

Fraglich war schon immer, ob das *Transparenzgebot* des AGB-Rechts nicht einschlägig ist, wenn eine solche „*Diskontsatz-Verzugszinsklausel*“ durch eine AGB vereinbart wird. *Peters* hatte schon früher daran gedacht, den Zinssatz an den Diskontsatz der deutschen Bundesbank anzuknüpfen, als er eine Erhöhung des gesetzlichen Zinssatzes vorschlug. Er hielt schließlich jedoch nicht an diesem Vorschlag fest mit der Begründung, dass sich der Diskontsatz ständig ändere, der im Gesetz schwerlich in einer klaren und eindeutigen Weise

---

Verbraucherkreditsgesetzes nicht auf Handelsunternehmen übertragen werden könne, weil diese Vorschrift auf einem „objektiven Schadensbegriff“ beruhe. Vgl. *Knapp*, Das Problem der bewußten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr, RabelsZ 1999, 295, 300. Ähnliche Betrachtung, vgl. auch *Köndgen*, Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige, in: *Ernst*/*Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 457, 466.

[346] BGH NJW 1998, 2529 (2531).

[347] Vgl. *Reifner*, BB 1985, 87, 90.

[348] BGH NJW 1987, 184 (185); BGH NJW 1992, 109.

darzustellen sei und dass Menschen ohne Geschäftserfahrung ihrem Geschäft diesen Diskontsatz nicht zuverlässig zugrunde legen könnten.[349] *Möllers* meinte, dass der Gläubiger, sofern die anzuwendenden Verzugszinsen an einen variablen Basiszinssatz gekoppelt sind, verpflichtet sei, dem Schuldner den Bezugszinssatz in Publikationen oder im Internet mitzuteilen, bevor er die Verzugszinsen geltend mache.[350] *Müller* argumentierte dagegen, dass die bloße Berufung auf den Diskontsatz im Rahmen einer Verzugszinsvereinbarung für Nichtkaufleute nicht ausreiche, um dem *Transparenzgebot* gerecht zu werden, weil – aus ähnlichen Gründen wie die, die hier von *Peters* und *Möllers* dargelegt werden – die Höhe des Diskontsatzes von Zeit zu Zeit schwanke, und in der Regel sei den Bürgern und Bürgerinnen kein ständiger Zugang zur genauen Kenntnis des aktuellen Diskontsatzes geöffnet.[351] *Casper* gab die Auffassung des Gesetzgebers über das Verbraucherkreditgesetz zutreffend wieder, wonach es sich bei der mit dem Diskontsatz verknüpften Formel zur Berechnung von Verzugszinsen um eine einfache und leicht verständliche Schadensersatzformel handele.[352] Zudem habe der Gesetzgeber dieser Formel einen „*Modellcharakter*" beigemessen, d.h. der Gesetzgeber stelle eine rechtliche Bewertung fest, nach der „*die bloße Entwicklung am Kapitalmarkt*" als Bezugsgröße für die Berechnung des Verzugsschadens angesehen werden dürfe. Wenn die Vereinbarung über die Verzugszinsberechnung also dem Kunde die nötige Kenntnis vermittelt, dass er im Verzugsfall *einen am Kreditmarkt üblicherweise zu entrichtenden Zinssatz* zu zahlen habe und dass dieser Zinssatz je nach Marktbedingungen in einem gewissem Umfang schwanken könne, reiche diese Vereinbarung bereits aus, um dem Transparenzgebot zu genügen.[353]

(5) Zwischenergebnisse

Vor dem Jahre 2000 deckte der starre und geringe gesetzliche Zinssatz nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. den tatsächlichen Schaden der Bank nicht ausreichend ab. Der anfängliche Wunsch des Gesetzgebers, dass sich die Betroffenen mithilfe der alten Regelung des § 288 Abs. 2 BGB mit der Geltendmachung „weiterer Schäden" leicht abfinden können[354], entsprach nicht der Realität. Mit der Einführung der D+5-Formel in § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes wurde nicht nur dieses Problem in einem erheblichen Umfang aufgelöst, sondern diese Formel wurde ausweislich der späteren Rechtsprechung des BGH auch für andere Arten von Darlehensgeschäften und sogar für alle Fälle der unberechtigten Vorenthaltung von Geld als anwendbar angesehen. Denn die D+5-Formel bestimmt dem Gesetzgeber nach den typischen Durchschnittspreis, der bei der Beschaffung von Geld auf

[349] Vgl. *Peters*, ZRP 1980, 90, 92 f.

[350] *Möllers*, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr, WM 2000, 2284, 2292.

[351] *Müller*, AGB-rechtliche Zulässigkeit von Diskontsatz-Verzugszinsklauseln, NJW 1996, 1520.

[352] *Casper*, Vorformulierte Verzugszinspauschalierung durch Diskontsatzverweis, NJW 1997, 240.

[353] *Casper*, NJW 1997, 240, 241. Vgl. auch *Möllers*, Unwirksame Zinsänderungsklausel in langfristigen Sparverträgen, LMK 2004, 125, 126.

[354] *Huber*, Leistungsstörungen Band II, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1999, S. 69.

dem Kapitalmarkt zu zahlen ist. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre es jedoch besser gewesen, diese gerichtlich weiterentwickelte Regelung als Gesetzvorschrift zu kodifizieren. In der Literatur wurde gegen eine Anhebung des gesetzlichen Zinssatzes des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. argumentiert, da demnach eine solche Anhebung den tatsächlichen Schaden des Gläubigers bei weitem übersteigen und gegen die Grundprinzipien des Schadensrechts verstoßen könne.[355] Dennoch spiegelte die D+5-Formel die Verluste der Banken und Kreditinstitute noch relativ zutreffend wider. *Peters* meinte, dass der niedrigere Zinssatz gemäß § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. und die von der Rechtsprechung entwickelten strengeren Beweismaßstäbe nach dem § 288 Abs. 2 BGB a.F. (z.B. das Erfordernis der Offenlegung von geschäftsinternen Informationen) es den Gläubigern praktisch schwer machen, ihren tatsächlichen Schaden abzudecken, was dem Normzweck des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. zur Prozessentlastung zuwiderlaufen würde und daher sei eine Anhebung des gesetzlichen Zinssatzes auf ein Niveau, das für die Mehrheit der Gläubiger befriedigend sein kann, erforderlich.[356] *Kindler* war der Auffassung, dass die starren und niedrigen Zinssätze des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. gerechtigkeitsdefizitär und präventionsdefizitär seien; aus einer Gesamtschau des Zinsrechts legen § 288 BGB und § 352 HGB unterschiedliche Zinssätze und Beweisanforderungen bei einem Schadensersatz nach verschiedenen Gläubigerkategorien fest und dies verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz, während die starren und niedrigen Zinssätze nicht nur vom Marktpreisniveau abweichen, sondern auch nicht zum Ausgleich von Schäden ausreichen[357]; außerdem kommt diesen defizitären Zinssätzen keine präventive Wirkung gegen das Problem des „*Schuldnerkalküls*“ zu.[358] Daneben bekräftigte *Kindler* den Standpunkt von *Peters*, nach dem die gesetzlichen Verzugszinsen eine *Justizentlastungsfunktion* haben sollen.[359] *Peters* empfahl zwar keine Erhöhung des Verzugszinssatzes durch eine Kopplung an den Diskontsatz, bevorzugte aber dennoch einen höheren festen Zinssatz.[360] *Kindler* hingegen plädierte seinerseits folgerichtig dafür, eine Vereinheitlichung und Flexibilisierung des gesetzlichen Zinssatzes durchzuführen und dementsprechend einen variablen Zinssatz vorzuschreiben, der mit dem Diskontsatz der Bundesbank verknüpft ist, wobei allein die *Zahlungsverzögerung* anstatt des *Verzugs* schon den Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen begründet.[361]

Nach alledem lässt sich aufzeigen, dass die zentrale treibende Kraft für die gerichtliche und gesetzgeberische Entwicklung der gesetzlichen Verzugszinsregelungen vor 2000 das Zusammenspiel von zwei Grundprinzipien bildete: *Verbraucherschutz* und *Gläubigerschutz*. Die auf diesem Zusammenspiel basierenden Verzugszinsregelungen hatten aus der Ex-post-

---

355 *Bartsch*, NJW 1980, 2564.
356 *Peters*, ZRP 1980, 90, 92.
357 Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 256-306.
358 Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 256-306.
359 Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 308 f.
360 *Peters*, ZRP 1980, 92 f.
361 Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 189 ff, 306 f, 329 f.

Perspektive einen Vorbildcharakter für die nachfolgende Rechtsentwicklung.

Erstens versuchte die Rechtsprechung und der Gesetzgeber, angeregt durch die noch immer problematische Situation der Verbraucherkredite, weiterhin, die Höhe des gesetzlichen Zinssatzes so zu bestimmen, dass er den tatsächlichen Schaden des Kreditgebers möglichst abdeckt. Die Geltendmachung von Vertragszinsen nach Ablauf der ursprünglich bestimmten Vertragslaufzeit war ausgeschlossen, da starre Vertragszinsen nicht nur den tatsächlichen Schaden, der nach diesem Zeitpunkt entstanden ist, ungenau widerspiegeln, sondern sogar weit über diesen hinausgehen konnten.[362] Der zugrundeliegende Anlass für diese Entwicklung war der Gedanke des Verbraucherschutzes, der dem Hauptziel des Verbraucherkreditgesetzes, die „moderne Schuldturmproblematik" aufzulösen, sehr entgegenkam. Denn die damaligen empirischen Studien zeigten bereits, dass den tiefgehenden Gründen für den Zahlungsverzug von Verbraucherkreditnehmern nicht die persönliche moralische Verwerflichkeit zugrunde lag, sondern vielmehr unvorhergesehene Umstände wie Arbeitslosigkeit, Krankheit und die familiäre Situation der Verbraucher.[363] Der Spruch „*Geld muss man haben*" muss unter Umständen somit relativiert werden.[364] Dieser Befund sollte zumindest bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der spezifischen Bestimmungen des Verbraucherschutzrechts berücksichtigt werden.[365] Dass Banken durch eine Art abstrakter Schadensberechnung weiterhin übermäßige finanzielle Vorteile aus notleidenden Verbrauchern ziehen können, ist auch im Lichte des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 GG verfassungsrechtlich bedenklich.[366] Um dem Verbraucherschutzgedanken gerecht zu werden, sieht § 11 Abs. 1 Satz 2 des Verbraucherkreditgesetzes außerdem vor, dass der Verbraucher einen Beweis erheben kann, dass der tatsächliche Zinsschaden der Bank unter dem gesetzlichen Zinssatz liegt oder sogar überhaupt nicht entstanden ist. Diese Gegenbeweismöglichkeit gleicht zumindest dem äußerlichen Anschein nach die Härte der gesetzlichen Verzugszinsregel aus.[367] Unter anderem schränkt § 11 Abs. 2 des Verbraucherkreditgesetzes die Regelung des § 289 Abs. 2 BGB ein, indem er den Zinseszinseffekt im Bereich der Verbraucherdarlehen begrenzt, selbst wenn diese Regelung erst mit Mithilfe der neuen Anrechnungsvorschrift des § 11 Abs. 3 des Verbraucherkreditgesetzes ihre vollständige Wirkung entfalten kann.

Zweitens folgte die Entwicklung der gesetzlichen Verzugszinsen vor 2000 parallel dem

---

[362] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 309 ff.

[363] Vgl. *Reifner*, BB 1985, 87.

[364] Vgl. *Medicus*, „Geld muß man haben" – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), 489, 501 ff.

[365] Mit anderen Worten, es können in der Gesetzgebung und unter Umständen auch in der Rechtsprechung spezielle und konkrete verbraucherschützende Bestimmungen erlassen werden, die auf der Relativierung des Satzes „Geld muss man haben" beruhen. Aber dies bedeutet nicht, dass der Satz „Geld muss man haben" bei Anwendung der allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen auf die Situation mit Beteiligung der Verbraucher unmittelbar relativiert werden sollte, obwohl die vorgenannten speziellen verbraucherschützenden Bestimmungen bereits erlassen worden sind. Ähnlicher Gedanke siehe *Omlor*, Geldprivatrecht, Tübingen 2014, S. 327.

[366] Änlicher Gedanken wie auch *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 34 f.

[367] *Bülow*, Sittenwidriger Konsumentenkredit im Verzug, NJW 1992, 2049, 2052.

Gedanken des Gläubigerschutzes. Dies findet auch einen Niederschlag im Verbraucherkreditgesetz. Durch das Gesetz wurde der gesetzliche Verzugszinssatz in § 11 Abs. 1 deutlich erhöht, was zumindest in gewissem Maße dazu führte, dass der Schuldner von Zinskalkül und Spekulationen abgeschreckt wurde und dass für den Gläubiger die Vorschrift des § 288 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB a.F. nicht mehr brauchbar war, da die D+5-Formel in den meisten Fällen dem tatsächlichen Schaden des Gläubigers schon sehr nahe kam. Dies hatte zur Folge, dass sich die Prozessbelastung des Gläubigers verringerte.

2. Rechtslage ab 2000

(1) Der Hintergrund der Gesetzgebung

Im Jahr 2000 hat der deutsche Gesetzgeber die Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen im BGB erheblich geändert. Der erste zu erörternde Punkt – und auch einer der Schwerpunkte dieser Arbeit – sind die differenzierten Regelungen über die gesetzliche Zinssätze in § 288 BGB unter dem Einfluss des Gläubigerschutzgedankens (der sich auf die Beteiligten im Geschäftsverkehr spezialisiert, d.h. vor allem auf Unternehmen und Kaufleute).

a. Die europäischen Kämpfe gegen die Zahlungsverzögerung im Geschäftsverkehr in den 1990er Jahren

In den 1990er Jahren setzte sich das Europarecht zunehmend mit der Frage der Zahlungsverzögerung im Geschäftsverkehr auseinander und forderte eine Überwindung der *Zahlungsverzugskultur* in einigen Mitgliedstaaten sowie die Förderung der unternehmerischen Zahlungsmoral, um die Liquidität der Unternehmen, insbesondere der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), zu verbessern und das Risiko der Insolvenz und des Verlusts von Arbeitsplätzen zu vermeiden.[368] In Art. 3 des *Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr* vom 28. Dezember 1998 schlug die Kommission vor, das Recht auf gesetzliche Verzugszinsen an den *Repo-Satz*[369](den so genannten „*Bezugszinssatz*“) der Europäischen Zentralbank (EZB) zu koppeln und dazu einen Aufschlag von 8 Prozentpunkten festzulegen, mit dem Ziel, dem Forderungsrecht auf gesetzliche Verzugszinsen eine abschreckende Wirkung zukommen zu lassen, ohne dass damit gleichzeitig ein Verlust eines angemessenen Schadensersatzes für den

[368] Vgl. Empfehlung der Kommission vom 12. Mai 1995 über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 127 vom 10. Juni 1995, S. 19 f; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 168 vom 3. Juni 1998, S. 10-13; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr“, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 407 vom 28. Dezember 1998, S. 50-54.

[369] „*Repo*“ steht für *repurchase operation* oder *repurchase agreement* (Pensionsgeschäfte). Nach EZB sind *repurchase agreements* vertragliche Vereinbarungen, bei denen die kreditnehmende Zentralbank für einen bestimmten Zeitraum und zu einem vertraglich vereinbarten Zinssatz Fremdwährungen im Austausch gegen auf dieselbe Währung lautende Finanzaktiva erhält, die sie der kreditgebenden Zentralbank als Sicherheiten stellt. Siehe *Europäische Zentralbank*, Central bank liquidity lines, in: https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/liquidity_lines/html/index.de.html, August 2023, abgerufen am 10. August 2023.

Gläubiger einhergeht.[370] Der *Wirtschafts- und Sozialausschuss* hielt diesen Satz für realistisch und verständlich (damals lag der Satz bei fast 1 % pro Monat) und war immer niedriger als der Satz für Überziehungskredite.[371]

b. Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahr 2000

Obwohl keiner dieser europäischen Rechtstexte verbindlich war, wurden in Deutschland bald aus eigenem Antrieb Gesetzgebungsarbeiten eingeleitet. Dies lag daran, dass die Zahlungsmoral in Deutschland damals zu einem ernsten wirtschaftlichen Problem geworden war, und lang anhaltende Zahlungsverzögerungen sich insbesondere negativ auf die mittelständischen Unternehmen und das Bauhandwerk auswirkten, z.B. durch Liquiditätsprobleme bis hin zu Konkursen und dem Verlust von Arbeitsplätzen.[372] *Der Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN* empfahl die Maßnahmen, die Zahlungsverzögerungen wirtschaftlich unattraktiv zu machen und die reibungslose gerichtliche Durchführung von fälligen Zahlungsansprüchen zu verbessern.[373] Der Entwurf schlug vor, die alte Fassung des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB wie folgt umzuformulieren: „*Eine Geldschuld ist während des Verzugs für das Jahr mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatz-Überleitungs-Gesetzes vom 9. Juni 1998 zu verzinsen.*“[374] Das *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* im Jahr 2000[375] hat diesen Vorschlag übernommen. Ziel dieses Gesetzes war es, das Kalkül des Schuldners, den billigeren „Gläubigerkredit“ in Anspruch zu nehmen, zu überwinden und das Rechtsbewusstsein des Volks zu verändern.[376] Bei der Bestimmung des Betrags des gesetzlichen Zinssatzes hätte das Gesetz den Refinanzierungssatz der EZB (damals ca. 9 % p.a.) als Maßstab herangezogen. Da aber dieser Refinanzierungssatz damals nicht ermittelt wurde, wurde stattdessen auf den einheimisch bewährten variablen Zinssatz nach § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes zurückgegriffen. Dieser Zinssatz wurde als sehr günstige Refinanzierungsbedingung der Kreditwirtschaft angesehen und ließ erwarten, dass er weiterhin den tatsächlich entstandenen Zinsschaden abdeckt, so dass der Schuldner nicht zu einer höheren Zinszahlung gezwungen sein würde; dadurch wurde das Ziel der Regelung zur Vereinfachung der Zinsberechnung beim Schadensersatz und zur klaren Bezeichnung der

---

[370] Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 168 vom 3. Juni 1998, S. 20.

[371] Vgl. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr“, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 407 vom 28. Dezember 1998, S. 54.

[372] Vgl. Antrag der Abgeordneten, Zahlungsverzug bekämpfen – Verfahren beschleunigen – Mittelstand stärken, BT-Drs. 14/567, S. 1 f; Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, BT-Drs. 14/1246, S. 1, 4; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), BT-Drs. 14/2752, S. 2; *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 296 f.

[373] BT-Drs. 14/1246, S. 1.

[374] BT-Drs. 14/1246, S. 2.

[375] BGBl I 2000, 330.

[376] BT-Drs. 14/1246, S. 5.

Verzugsfolgen eingeschränkt.[377]

c. Die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr im Jahr 2000 und die deutsche Schuldrechtsreform im Jahr 2002

Das deutsche *Gesetz zur Beschleunigung des Zahlungsverkehrs* im Jahr 2000 war ein innerstaatlich verbindlicher Rechtsakt, der einer entsprechenden europäischen Rechtsharmonisierung voranging und auf die Lösung eines nationalen Problems der „Zahlungsmoral" abzielte. *Die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr*, obwohl sie die gleichen Anliegen (Bekämpfung der erheblichen Nachteile von Zahlungsverzögerungen für Unternehmen, insbesondere für KMU[378]) wie die europäische Rechtshandlung in den 1990er Jahren und das deutsche Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen im Jahr 2000 hatte, schlug in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe 3 einen höheren Zinssatz von 7 Prozentpunkten vor – im Gegensatz zu dem Zinssatz, der von der Europäischen Zentralbank auf ihre jüngste Hauptrefinanzierungsoperation, die vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres durchgeführt wurde, bestimmt wurde, damit wirklich sichergestellt werden konnte, dass die Folgen von Zahlungsverzögerungen wirksam als abschreckend gelten. Dieser Zinssatz liegt deutlich über dem Zinssatz im Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen. Da sich der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/35/EG lediglich auf die als Entgelt für Handelsgeschäfte geleisteten Zahlungen und die an die Freiberufler bewirkten Leistungen beschränkte[379], wurden die Vorgaben der Richtlinie 2000/35/EG im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 in dem neuen erhöhten Zinssatz des § 288 Abs. 2 BGB umgesetzt[380] und davon wurde die Zinszahlung durch Verbraucher nicht erfasst.[381]

In Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU erhöhte der deutsche Gesetzgeber den Zinssatz der neuen Vorschrift des § 288 Abs. 2 BGB um einen Prozentpunkt.[382] Danach waren die Absätze 1 und 2 des § 288 BGB die gesetzlichen Mechanismen zur differenzierten Behandlung geworden, indem sie für verschiedene Adressaten unterschiedliche Beträge von Verzugszinsen schufen. Der unmittelbare Anstoß für diese in formeller Hinsicht bereits auffällige Differenzierung kam aus dem Europarecht, basierte dennoch im Wesentlichen, wie bereits erwähnt, auf dem notorischen Erfahrungssatz, *Geld bedeute wirtschaftlich mehr in den Händen eines Kaufmanns als in denen eines Nichtkaufmanns*.

Andere Gesetzesänderungen betreffend die Zinsregeln nach dem Jahr 2000 sind für die Themen dieser Arbeit eher von geringerer Bedeutung. So etwa wurden durch die

---

377 BT-Drs. 14/1246, S. 5.
378 Richtlinie 2000/35/EG, Erwägung 7.
379 Richtlinie 2000/35/EG, Erwägung 16.
380 Richtlinie 2000/35/EG, Erwägung 13, 14.
381 BT-Drs. 14/6040, S. 148 f.
382 BT-Drs. 18/1309, S. 18.

Schuldrechtsreform von 2002 die Zinsregelungen des früheren § 11 des Verbraucherkreditgesetzes nahezu unverändert in § 497 BGB übernommen. Und die Reichweite *der Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr* entspricht dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/35/EG[383] und zielt auf eine weitere Verstärkung der *Zahlungsdisziplin* zwischen KMU ab.[384] Die wichtigsten Zwecke dieser Richtlinie bestehen jedoch darin, die Zahlungsfristen weiter einzugrenzen, einen gesonderten pauschalierten Anspruch auf *Beitreibungskosten* hinzuzufügen und die Vertragsfreiheit zur Vereinbarung von Verzugszinsen und Beitreibungskosten einzuschränken.

Um die wichtige Aufgabe dieses Abschnitts zu erfüllen, nämlich auf die Angemessenheit des Konzepts einer Vereinheitlichung der gesetzlichen Verzugszinsen mit den handelsrechtlichen Fälligkeitszinsen einzugehen, ist es erforderlich, die wichtigen Einzelheiten der derzeitigen Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen auf der theoretischen Ebene näher zu beleuchten. Dementsprechend werden im Folgenden einige der wichtigsten Aspekte der geltenden gesetzlichen Verzugszinsvorschriften untersucht: Die Bemessung der Zinshöhe ((2) A.), die rechtliche Einordnung der gesetzlichen Verzugszinsen ((2) B.), der Tatbestand und der Anwendungsgegenstand des Anspruchs auf gesetzliche Verzugszinsen ((2) C.) und die Geltendmachung „weiteren Schadens“ ((2) D.).

(2) Die geltenden Vorschriften über gesetzliche Verzugszinssätze

a. Bemessung der Höhe des Zinssatzes

Die gesetzlichen Zinssätze in dem geltenden § 288 Abs. 1 und 2 BGB setzen sich aus zwei Teilen zusammen: Dem *Basiszinssatz* in § 247 BGB und einer „*Spanne*“ (5 Prozentpunkte, 9 Prozentpunkte). Der Basiszinssatz des § 247 BGB stammt vom Diskontsatz der Europäischen Zentralbank. Durch diesen Basiszinssatz wird § 288 BGB mit dem Marktzins verknüpft und der Verzugszinssatz zu einem variablen Zinssatz gemacht, der *dem aktuellen Kapitalmarktpreis* folgt.[385] Dieser Basissatz ändert sich am 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres, wobei das Gericht, sofern sich der Basissatz während des Verzugszeitraums ändert, diese Änderung von Amts wegen heranziehen und für jeden Zeitraum einen entsprechenden Verzugszinssatz auf der Grundlage des geänderten Basissatzes berechnen soll.[386]

Nach 2013 wurde der Basiszinssatz negativ, was zu den Verzugszinssätzen von weniger als 5 % bzw. 9 % führte, die auf der Grundlage der D+5-Formel bzw. der D+9-Formel berechnet wurden. Bei der Rechtsanwendung stellen sich hier zwei Fragen: Erstens, sollte den Gläubigern ein fester Verzugszinssatz von 5 % oder 9 % garantiert werden? Zweitens:

[383] Richtlinie 2011/7/EG, Erwägung 8, 10.
[384] Richtlinie 2011/7/EG, Erwägung 6, 7.
[385] Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 288, Rn. 2; *Hartmann*, Prozente und Prozentpunkte beim Klageantrag auf Verzugszinsen, NJW 2004, 1358 f; *Casper*, NJW 1997, 240, 241.
[386] BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 53.

Angenommen, der Basiszinssatz fällt im Extremfall so stark, dass auch der errechnete Verzugszinssatz negativ wird, sollte man diese Berechnung auslaufen lassen? In Bezug auf die erste Frage nahm *Ernst* eine verneinende Haltung ein, wonach es sich in methodischer Hinsicht um eine unangemessene Modifizierung des Gesetzes handele, wenn 5 % oder 9 % als Mindestsatz festgelegt werde.[387] Zur zweiten Frage sagte *Ernst*, dass der Zweck der gesetzlichen Verzugszinsen darin bestehe, den Schuldner zu entschädigen, und dass, falls der gesetzliche Verzugszinssatz negativ werde, die Anwendung der Vorschriften über den gesetzlichen Verzugszinssatz eingestellt werden solle, da sich sonst die Summe der Geldschuld mit der Dauer des Verzugs verringern könne, d.h. je länger der Schuldner die Zahlung verzögere, desto geringer sei der Betrag, den er zu zahlen habe.[388]

Wo liegen die Grenzen der „*Flexibilität*", mit der der Gesetzgeber den Verzugszinssatz an den Diskontsatz knüpft? Dabei geht es tatsächlich von Grund auf nur um eine Frage: Soll der Basiszinssatz weiterhin in die Formel für die Bemessung der Verzugszinsen einbezogen werden, wenn er negativ wird[389]? Mit Blick auf das System des Zinsrechts kann festgestellt werden, dass der Gesetzgeber den gesetzlichen Verzugszinssatz im Bereich des Wechsel- oder Scheckrechts (Art. 48 Abs. 1 Nr. 2, 49 Nr. 2 WG, 45 Nr. 2, 46 Nr. 2 ScheckG) auch an den Basiszinssatz gekoppelt, aber daneben zugleich einen festen Zinssatz als garantierten Mindestsatz festgelegt hat, was aber bei § 288 BGB nicht ersichtlich ist. Da der Gesetzgeber zudem erreichen wollte, dass der gesetzliche Verzugszinssatz die Veränderungen des Zinsniveaus auf dem Kapitalmarkt befolgt, scheint die Möglichkeit negativer Zinssätze, die selbst den Ausfluss dieser Veränderung darstellen, vielmehr in die Berechnung durch die an dem Diskontsatz orientierte gesetzliche Formel einbezogen zu sein. Daraus resultierte jedoch das Problem, dass ein betragsmäßig zu hoher negativer Basissatz zu durchaus unverständlichen Ergebnissen führen konnte.

Der hier vertretenen Ansicht nach ist eine solche Beobachtung aber zutreffender, wonach der Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Anknüpfung des gesetzlichen Verzugszinssatzes des BGB an den Diskontsatz nicht mit der Möglichkeit eines negativen Zinssatzes gerechnet hatte, der sich aus einem außergewöhnlichen Ereignis wie einer Finanzkrise ergeben würde.[390] Es kann somit von einer *Gesetzeslücke* gesprochen werden. Teilweise wurde vertreten, dass berücksichtigt werden müsse, dass der Gesetzgeber ausgehend von einem festen Zinssatz den Verzugszinssatz „flexibilisiert", sodass eine feste, aber unter 5 % oder 9 % liegende Schwelle als ein fester Zinssatz beibehalten werden solle.[391] In Anbetracht der Tatsache, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung des variablen gesetzlichen Verzugszinssatzes den Betrag auf der alten Grundlage erhöhen wollte, lässt sich aber meines Erachtens aus dieser

[387] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 4.
[388] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 4.
[389] Hier angenommen, dass er negativ ist.
[390] *Becker*, WM 2013, 1736, 1738.
[391] Vgl. Grüneberg/*Palandt*, 2015, § 288 Rn. 7, 11. Kritik siehe *Ernst*, ZfPW 2015, 250, 254.

gesetzgeberischen Erwägung eine Möglichkeit ableiten, dass der Gesetzgeber dem Gläubiger mindestens die Höhe des Verzugszinssatzes im alten Recht, d. h. mindestens die in § 246 BGB vorgesehene Höhe von 4 % oder die Höhe von 5 % gemäß § 352 HGB, zugestehen hätte müssen.[392]

b. Rechtsnatur

Nach mehreren Gesetzesreformen sind die gesetzlichen Verzugszinssätze in § 288 Abs. 1 und 2 BGB gegenüber der früheren Vorschrift deutlich erhöht. Da die gesetzlichen Verzugszinsen nur als „*Disziplinierungsinstrument*" von Bedeutung sind[393], sind die Meinungsverschiedenheiten über die Qualifizierung ihrer Rechtsnatur noch nicht vollständig behoben.[394]

(a) Schadensersatz

Zuallererst verbleiben noch die Auffassungen, die das Rechtsverständnis von gesetzlichen Verzugszinsen vor 2000 als einen unwiderlegbaren objektiven Mindestschaden fortführen[395], der sich an dem Schaden orientiert, den der Gläubiger in typischem Fall erleidet[396], da historisch gesehen die eher moralisch geprägte Auffassung, dass der vom Schuldner gezogene Zinsgewinn während des Verzugszeitraums abgeschöpft werden soll, irrelevant ist.[397] Der gesetzliche Verzugszinssatz verharrt also als eine andere „abstrakte" Art der Schadenspauschalierung als wie es in der bloßen „*Beweiserleichterung*" des § 252 BGB verstanden[398] wird und diese Schadenspauschalierung lässt die konkreten individuellen Umstände des Geschädigten außer Acht und lässt keine Widerlegung zu.[399]

(b) Bereicherungsausgleich

Canaris fand, dass der rasche Anstieg der gesetzlichen Verzugszinssätze eine objektive, zweckgerichtete Gesetzauslegung erforderlich mache und tendenziell zu einem *Wechsel der ratio legis* veranlasse.[400] Seiner Ansicht nach stellen die gesetzlichen Verzugszinsen in § 288 Abs. 1 BGB eine besondere Ausprägung der *Eingriffskondiktion* dar, da der Zweck eines erhöhten Zinssatzes über den tatsächlichen Schadensersatz des Gläubigers hinaus darin besteht, dem Schuldner einen etwaigen ungerechtfertigt erlangten Vorteil zu verwehren; und dass Schuldner nicht den Beweis eines nicht vorhandenen oder geringeren Schadens erheben darf, bestätigt mittelbar das bereicherungsrechtliche Verständnis.[401]

---

[392] Ähnlich wie EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 38.
[393] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 30.
[394] Vgl. auch *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017, S. 262.
[395] *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, § 17, Rn. 23; Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 288, Rn. 4.
[396] Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 288, Rn. 2.
[397] *Huber*, Leistungsstörungen Band II, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1999, S. 69.
[398] MüKoBGB/*Oetker*, 2012, § 252, Rn. 45.
[399] Vgl. Staudinger/*Höpfner*, 2021, § 252, Rn. 16.
[400] *Canaris*, Grundprobleme des Schuldnerverzuges nach dem BGB, FS Koziol 2010, 45, 64.
[401] Vgl. *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 64 ff. Ähnliche Ansicht, siehe EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 37; § 353, Rn. 3 ff.

Auf den ersten Blick wäre dem vorstehenden Argument Recht zu geben. Zuerst setzen die Rechtsvorschriften der gesetzlichen Verzugszinsen nicht voraus, dass der Schuldner tatsächlich Zinsen von Geld gezogen hat. Aber auch im Bereicherungsrecht findet diese Regel noch eine gewisse Entsprechung. Zwar ist dort anerkannt, dass der Schuldner einer Geldschuld aus ungerechtfertigter Bereicherung nur dann zur Zahlung von Zinsen verpflichtet ist, wenn er die Zinsen tatsächlich gezogen hat (§ 818 BGB).[402] Ist der Bereicherungsschuldner jedoch ausnahmsweise böswillig, wenn er etwa den Mangel des Rechtsgrundes kennt, so hat er gemäß §§ 819 Abs. 1, 820 Abs. 2 Hs. 1 BGB die Zinsen unmittelbar nach § 291 BGB zu zahlen.[403] Angenommen, dass der Bereicherte in der Tat keine Zinsen gezogen hat, dann wäre er nach Festlegung seiner Bösgläubigkeit eindeutig schlechter gestellt als zu dem Zeitpunkt, als er noch gutgläubig war (z.B. vor der Klageerhebung gegen den Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung). Demgegenüber wäre es sachgemäß zu sagen, dass die §§ 819 Abs. 1, 820 Abs. 2 Hs. 1 BGB in Verbindung mit § 291 BGB in Wirklichkeit eine gewisse *Strafe* für die Bereicherungsschuldner, die eine böse Absicht haben, darstellen.

Hinzu kommt, dass das heutige Verständnis des Bereicherungsrechts das Element der „*Vermögensverschiebung*“ von den Voraussetzungen eines Anspruchs auf ungerechtfertigte Bereicherung getrennt hat[404] (in der Tat hatte der Gesetzgeber schon im Gesetzgebungsstadium die Formulierung „*aus dem Vermögen*“ durch „*auf Kosten*“ ersetzt[405]), d.h. es wird nur die Bereicherungssituation durch Nutzung des Bereicherten berücksichtigt, die beeinträchtigte Lage des Geschädigten oder des Entreicherten bei der Begründung des Anspruchs hingegen nicht. Dies kommt somit einem weiteren Tatbestandsmerkmal des durch § 288 Abs. 1 und 2 BGB geschaffenen gesetzlichen Anspruchs entgegen: Kein Vorliegen eines tatsächlichen Schadens des Gläubigers.

Meines Erachtens ist der Meinung von *Canaris* aber nicht zu folgen. Die Gesetzesauslegung muss sich in erster Linie auf den Wortlaut und die Systematik des Rechtstextes stützen. Aus systematischer Sicht wird indes deutlich, dass § 288 Abs. 1 und 4 BGB im Wesentlichen das Gleiche regeln. Wenn § 288 Abs. 4 BGB die Möglichkeit in

---

[402] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 49. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Ansicht von *Canaris*, dass der gesetzliche Verzugszinssatz in § 288 Abs. 1 BGB auf dem Abschöpfensgedanken im Bereicherungsrecht beruhe, als unzutreffend, da es sich bei dieser Vorschrift im Wesentlichen um eine „konsequente Fortbildung“ der Bewertung der Abschöpfung der Bereicherung in § 285 BGB handele (Vgl. *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 67.). Aus dem Text geht auch klar hervor, dass § 285 BGB auch auf die Tatsache gestützt wird, dass ein Ersatz oder ein Ersatzanspruch schon einbezogen wurde. Aber stattdessen zog *Canaris* nach der Rechtsfortbildung den Schluss, „*dass der Schuldner ab Verzugsbeginn wirtschaftlich betrachtet Geschäfte mit Geld macht oder machen kann, das dem Gläubiger gebührt*“.Vgl. *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 67.

[403] Vgl. *Wieling*, Bereicherungsrecht, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2007, § 5 II 2, S. 88; *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 120.

[404] Vgl. MüKoBGB/*Schwab*, 2013, § 812, Rn. 42.

[405] Vgl. Protokolle, Band II, 1898. 685; *Mestmäcker*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521.

Betracht zieht, neben den gesetzlichen Verzugszinsen auch einen höheren „*Schadenersatz*“ zu fordern, erscheint es angemessener, die gesetzlichen Verzugszinsen in § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB als der Schadensersatzregel wesensnäher zu betrachten.

(c) Kombination der schadensersatzrechtlichen und bereicherungsrechtlichen Elemente

Entgegen den beiden oben erwähnten polarisierenden Ansichten folgen mehrere Autoren in der Literatur der Formulierung des europäischen Gesetzgebers, welche die gesetzlichen Verzugszinsen sowohl als einen Mindestschaden als auch als einen Bereicherungsausgleich beschreibt.[406] Dabei wird davon ausgegangen, dass den gesetzlichen Verzugszinsen eine Wirkung der *Verhaltensmanipulation* zukommt, die den Schuldner der Geldschuld zu pünktlicher Begleichung veranlasst, während der Schutz des Gläubigers dadurch erreicht wird, dass der Schuldner davon abgeschreckt wird, nicht in den Verzug zu gelangen und der „Zwangskredit“ für den Schuldner durch einen hohen gesetzlichen Verzugszinssatz unrentabel gemacht wird.[407]

Bedenkt man, dass die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB sowohl das Element des Schadensersatzes als auch das Element des Bereicherungsausgleichs umfassen, dann erscheint es daraus schlüssig, aufgrund derselben typisierenden Betrachtungsweise zu folgern, dass die Zinsen direkt an den Gläubiger zu zahlen sind, wenn der Schuldner das Geld des Gläubigers für sich ohne Rechtsgrund besitzt. Der vom § 818 Abs. 1 BGB aufgestellte Grundsatz besagt jedoch, dass der zinsförmige Wertersatz von der tatsächlichen Nutzungsziehung abhängt.[408] Auch auf dieser Grundlage scheint eine negative Schlussfolgerung naheliegend. Hinsichtlich des Problems des zinsförmigen Wertersatzes ist der BGH jedoch anderer Meinung. Der 7. Zivilsenat des BGH machte in seinem Urteil vom 8. Oktober 1987 deutlich, dass es keinen solchen Grundsatz gibt, nach dem derjenige, der Geld rechtsgrundlos erworben hat, das Geld in der Regel als Kapital habe verwenden können und einen Wertersatz in Form von fortlaufenden Zinsen zurückgeben müsse.[409] Der 5. Zivilsenat des BGH hatte in seinem Urteil vom 6. März 1998 entschieden, dass eine Abgrenzung zwischen „*bereits erzielten Zinsen*“ und „*ersparten Zinsen*“ des Bereicherungsschuldners nicht brauchbar ist und dass in analoger Anwendung des § 818 Abs. 1 BGB davon auszugehen ist, dass sich die Rückforderung der ungerechtfertigten Bereicherung deswegen auf den Nutzungsvorteil des Geldes erstrecken sollte, weil sich die Abschöpfung der ungerechtfertigten Bereicherung immerhin auf die Gesamtheit der Bereicherung bezieht.[410] Es wäre auch wirtschaftlich nicht einzusehen, wenn der Bereicherungsschuldner von jeglichen Zinsen befreit werden könnte, nur weil er das ohne Rechtsgrund erworbene Geld

[406] Vgl. BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 2; Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 2; MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 11.
[407] BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 3; MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 3.
[408] Vgl. Jauernig/*Stadler*, 2009, § 818, Rn. 9.
[409] BGH NJW 1988, 258 (259).
[410] BGH NJW 1998, 2354 (2355).

nicht investiert, sondern stattdessen zum Zwecke der Tilgung von bestehenden Verbindlichkeiten verwendet hat, während der Gläubiger ohne jegliche Entschädigung einen zusätzlichen Kredit auf eigene Kosten aufnehmen müsste.[411] Der 11. Zivilsenat des BGH stellte in seinem Urteil vom 12. Mai 1998 insbesondere fest, dass es der *Lebenserfahrung* entspricht, dass der Bereicherungsschuldner das rechtsgrundlos erhaltene Geld gewinnbringend anlegen hätte können. Er verlangte bei der Bemessung der Zinshöhe die Berücksichtigung des allgemeinen Zinsniveaus und seiner Schwankung und schlug dafür einen Maßstab von 5 Prozentpunkten über dem Diskontsatz vor.[412] Daher liegt es auf der Hand, dass der BGH nach Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes den Refinanzierungsansatz des § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes öfters nahezu unmittelbar auf die Festsetzung des Wertersatzes in Form von Zinsen für den Bereicherungsschuldner überträgt, indem der BGH den Wertersatz „abstrakt" bestimmt. Und im *Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen* aus dem Jahr 2000 wurde der Ansatz des § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes zur allgemeinen Vorschrift von gesetzlichen Verzugszinsen in § 288 BGB umgestaltet, was in gewissem Maß die Auffassung bestätigte, nach der die gesetzlichen Verzugszinsen als eine Kombination aus schadensersatzrechtlichem Element und bereicherungsrechtlichem Element verstanden wurden.

Der oben erwähnte Gedanke, dass sich die gesetzlichen Verzugszinsen im Wesentlichen aus einer Kombination heraus bilden, ist jedoch schon auf den ersten Blick auf dogmatischer Ebene äußerst bedenklich. Ein Rechtsinstitut könnte mit mehreren Funktionen ausgerüstet werden, aber die begriffliche Definition sollte sich nur auf die maßgeblichen Elemente, die in diesen Funktionen hervorgetreten sind, konzentrieren. Das Schadensersatzrecht befasst sich mit der Vermögenssituation auf der Seite des Gläubigers, das Bereicherungsrecht dagegen mit der Vermögenssituation auf der Seite des Schuldners – die beiden stehen somit nebeneinander.[413] Deshalb erscheint es bereits in begrifflicher Hinsicht als unangemessen, unter einer normativen Betrachtung davon auszugehen, dass in der Einordnung der Rechtsnatur der gesetzlichen Verzugszinsen sowohl ein Charakter eines Schadensersatzes als auch ein Merkmal eines Bereicherungsausgleichs zu sehen ist.

(d) Privatstrafe/Gesetzliche Vertragsstrafe

Der Anspruch auf die gesetzlichen Verzugszinsen setzt weder voraus, dass der Schuldner eine Bereicherung erlangt hat, noch, dass der Gläubiger einen tatsächlichen Schaden erlitten hat.[414] Das heißt, dass die gesetzlichen Verzugszinsen in einigen Fällen die maximale Bereicherung übersteigen können, die ein Schuldner, der von einem „erzwungenen Darlehen" profitiert, hätte erzielen können. Daher wäre eine solche Behauptung unzutreffend, dass die gesetzlichen Verzugszinsen in diesem Falle nicht mehr als eine bloße Umschreibung

[411] BGH NJW 1998, 2354 (2355).
[412] BGH NJW 1998, 2529 (2530).
[413] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, 21; *Reifner*/*Burmeister*, JZ 1987, 952, 953 f.
[414] *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010, § 8, Rn. 189.

des traditionellen Schadensbegriffs auf der Grundlage des „*Bereicherungverbots*“ betrachtet werden können, sondern man könnte nur sagen, dass die gesetzlichen Verzugszinsen den Rahmen des Schadensersatzes gesprengt haben. Im Vergleich zur Rechtslage vor 2000 sind die heutigen gesetzlichen Verzugszinsen deutlich höher und im Ansatz ist dieser Anstieg auf den Willen des europäischen und deutschen Gesetzgebers zurückzuführen, die gesetzlichen Verzugszinsen als ein abschreckendes Instrument und als Zahlungsdruckmittel zu gestalten. Daher besteht der Hauptzweck der gesetzlichen Verzugszinsen eher in der „Strafe“ und nicht nur im Schadensausgleich. Einige betrachten die gesetzlichen Verzugszinsen mithin als eine gesonderte „*Privatstrafe*“, die der Vertragsstrafe näher steht.[415] Mit anderen Worten: Der gesetzliche Verzugszins ist „*eine abstrakte Schadensberechnung mit Sanktionsfunktion gegen den Schuldner*“.[416] *Canaris* hingegen argumentierte, dass zwischen den unter § 288 Abs. 1 BGB und den unter § 288 Abs. 2 BGB fallenden Geschäften sowohl auf der Ebene der abschöpfungsrechtlichen Aspekte als auch auf der Ebene des Schadensersatzrechts kein signifikanter Unterschied zu sehen sei; der Grund, warum eine Erhöhung um 3 Prozentpunkte (jetzt 4 Prozentpunkte) in § 288 Abs. 2 BGB bestehe, könne nur darin liegen, dass der § 288 Abs. 2 BGB bloß mit dem Charakter des „*Strafschadensersatzes*“ ausgerüstet sei und dieser Charakter einen *Fremdkörper* innerhalb des deutschen Privatrechts darstelle.[417]

Die Kernfunktion der gesetzlichen Verzugszinsen liegt darin, den Verzugsschuldner zur rechtzeitigen Leistung zu veranlassen, indem er beim Verzug eine in keinem Verhältnis zum tatsächlich entstandenen Schaden stehende Strafleistung zu bewirken hat[418]; die dadurch erreichte Ausgleichsfunktion für den Gläubiger ist die Rückseite dieser „Privatstrafe“, die selbst *janusköpfig* ist, d.h., dass ein Risiko einer Person für eine andere gerade das bedeutet, was ihr zusteht; dies wird auch als *ein gerechter Ausgleich zwischen zwei Privatpersonen* bezeichnet.[419] In diesem Sinne scheint das Rechtsinstitut der gesetzlichen Verzugszinsen sicherlich dem System der Vertragsstrafe sehr nahe zu kommen, das erstere könnte sogar als „*gesetzliche Vertragsstrafe*“ gedeutet werden. Die Annäherung an das geltende Recht der Vertragsstrafe flankiert zumindest in systematischer Hinsicht die Rechtfertigung des Rechts des Gläubigers, vom in Verzug geratenen Schuldner eine über den eigenen tatsächlichen Schaden unverhältnismäßig hinausgehende Geldzahlung einzufordern und zu behalten.

Der vorliegenden Ansicht ist jedoch zu widersprechen. Geht man davon aus, dass für gesetzliche Verzugszinsen eine Einordnung als „gesetzliche Vertragsstrafe“ tauglich wäre, ist jedoch zwangsläufig ferner fraglich, ob das gesetzliche Ermessensinstitut zur Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB zumindest entsprechend angewendet werden kann. Diese Frage ist aber der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers nach zu verneinen, da die

---

[415] *Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 414; Staudinger/*Rieble*, 2020, § 339, Rn. 444; *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010, § 8, Rn. 187 ff.

[416] *Mankowski*, Schuldnerverzug und Gläubigerspekulation, WM 2009, 921.

[417] Vgl. *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 69.

[418] *Mankowski*, WM 2009, 921.

[419] Vgl. *Bunte*, Der Gedanke der normativen Prävention im deutschen Zivilrecht, FS Giger 1989, 53, 60.

gesetzlichen Verzugszinsen bereits als eine unwiderlegbar vermutete Schadensberechnung konzipiert wurden.

(e) Stellungnahme

Unabhängig davon, ob das zinsförmige Pönale dem gesetzlich vorgeschriebenen Betrag nach wirksam ist oder nicht, wurde der echte Anstoß für die Einführung einer gesetzlichen Verzugszinsregelung durch ein starkes rechtspolitisches Element geprägt.[420] Dieses Element macht es schwierig, die taugliche dogmatische Einkleidung der gesetzlichen Verzugszinsen zu finden, die die inhärenten Widersprüche innerhalb der rechtspolitischen Erwägung tunlichst minimiert. Meines Erachtens sollte vorerst eine formelle Erwägung vermieden werden, um auf die latenten wirtschaftlichen Überlegungen zurückzukommen, die den gesetzlichen Verzugszinsen zugrunde liegen: Abgesehen von der Zinshöhe handelt es sich bei einem gesetzlichen Verzugszins letztlich um eine „typisierende" Art der Schadensberechnung, die auf einem solchen Gedanke basiert, dass allein in der Tatsache, dass das Geld einbehalten wird, schon ein Schaden gesehen werden kann.[421] Dies führt eindeutig zu einer besonderen Privilegierung von Gläubigern von Geldschulden im Falle des Verzugs gegenüber anderen Schuldarten.

In der Antike und im Mittelalter (Europa, Naher Osten) galt Geld lange Zeit als unfähig, von sich aus Erträge zu produzieren (die so genannte „*Sterilität des Geldes*")[422], weshalb im *Christentum* und im *Islam* lange Zeit ein allgemeines Verbot zum Zinsnehmen galt.[423] Auch wenn im Mittelalter eine gewisse Lockerung dieses Verbots auftrat, z.B. in Form von „*Verzugszinsen*", lag die Gewährung solcher „Verzugszinsen" im Ermessensspielraum des Richters, und diese Gewährung diente lediglich als Druckmittel zur Schuldtilgung.[424]

In der Neuzeit wurde jedoch nicht nur das Zinsverbot erheblich abgeschwächt oder gar abgeschafft, sondern auch das Geld selbst wird philosophisch[425] als sich selbst reproduzierend betrachtet. In rechtlicher Hinsicht wird dieser Gedanke durch die Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen nach dem Jahre 2000 bestätigt: Die Geltendmachung und der Einbehalt von gesetzlichen Verzugszinsen setzen weder einen tatsächlich entstanden Schaden aufseiten des Gläubigers noch eine tatsächlich gezogene Bereicherung im Vermögen des Schuldners voraus, da das Gesetz den zu gewährenden Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen durch die Fiktionen erreicht, dass während des Verzugszeitraums ein

---

[420] „*[...] die Verhaltenssteuerung ist intendiertes Hauptziel und nicht bloß erwünschter Nebenzweck des Ausgleichs*." Siehe *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017, S. 261 f.

[421] Vgl. BGH, Urteil vom 5. November 1952 - II ZR 47/52, NJW 1953, 337, Rn. 21 (juris); BGH NJW 1979, 1494; BGH NJW 1980, 1955 (1956); BGH NJW 1985, 2325; BGH NJW 2006, 2398.

[422] Siehe *Zimmermann*, The law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996, S. 170 f.

[423] Vgl. *Horn*, Zinsforderung und Zinsverbot im kanonischen, islamischen und deutschen Recht. – Eine rechtshistorisch-rechtsvergleichende Problemskizze, FS Lange 1992, 99, 101 ff.

[424] Vgl. *Harke*, Schuldnerverzug, Berlin 2006, S. 11 f.

[425] Die Verweisung juristischer Literatur auf den Gedanke von *Böhm-Bawerk*, siehe BeckOGK/*Coen*, 2021, § 246, Rn. 60, Fußnote 120. Nähere Ausführung siehe auch *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 452 f.

Deckungsgeschäft des Gläubigers verloren gegangen ist oder dass dem Gläubiger aufgezwungen wird, ein solches Geschäft zu tätigen oder dass auf Seiten des Schuldners bereits ein spekulativer Vermögensnutzen besteht. Anders ausgedrückt: Für die Zwecke der gesetzlichen Verzugszinsen bedeutet das Einbehalten von Geld an sich schon einen Schaden[426] oder eine Bereicherung.

Der ratio der gesetzlichen Verzugszinsen nach ist zwar bekannt, dass Kapital *grundsätzlich* immer einen *Marktpreis* hat, aber man kann auch feststellen, dass der Einzelne zuweilen durch eigene zusätzliche Mühe einen Vermögenszuwachs über diesen Marktpreis hinaus erzielen kann.[427] Dies erklärt, warum die gesetzlich vorgeschriebenen Verzugszinsen, die der Gläubiger vom säumigen Schuldner erhält und die in ihrer konkreten Ausgestaltung den typischen Schaden des Gläubigers einschließen, zugleich bewusst über diesen typischen Schaden hinausgehen und die hohen Gewinne, die durch die spekulativen Aktivitäten des geschäftskundigen Verzugsschuldners im Ausnahmefall erzielt werden können, nach oben abdecken. Natürlich besteht das Bedürfnis nach einer zusätzlichen Argumentation, damit die Rechtfertigung dafür garantiert wird, dass der Gläubiger die über die typische Bereicherung des Schuldners hinausgehende Geldzahlung behalten kann. Der Grund hierfür ist m.E. darin zu sehen, dass Geld nicht nur auf der *Makroebene* einen Marktpreis hat, sondern auch auf der *Mikroebene* die gleiche Bedeutung für den Gläubiger und den Schuldner aus einem gleichen Rechtsverhältnis hat. D.h. eine überhöhte Rendite über dem Marktpreis, die ein geschäftserfahrener Verzugsschuldner ausnahmsweise erzielen kann, kann gerade auch das sein, was ein geschäftskundiger Gläubiger unter den außergewöhnlichen Umständen erzielt hätte. Unter diesem Gesichtspunkt ist die gesetzliche Verzugszinsregelung, obwohl sie ihrer Einordnung nach die Obergrenze der Geltendmachung des Gläubigers des Verzugsschadens nicht bestimmt, in die Richtung einer Höchstgrenze des Schadensersatzes konzipiert.

Auch in methodischer Hinsicht besteht eine Gemeinsamkeit bei den gesetzlichen Verzugszinsvorschriften und der Rechtsprechung zur *Gewinnherausgabe* [428] im Zusammenhang mit der Verletzung geistigen Eigentums. Bei letzterem wurde dem Opfer das Recht zuerkannt, die vom Schädiger erlangten Erlöse zurückzufordern, indem das Beweisrecht den Schadensnachweis von der bereicherungsrechtlichen Perspektive aus erheblich vereinfacht und zwar insofern, dass, wenn es nicht möglich ist, zur Beweisführung nach allgemeinen Regeln den hypothetischen Geschehensablauf zu rekonstruieren und den wirklich entgangenen Gewinn des Opfers nachzuweisen, dem Opfer derselbe Vorteil zuzuerkennen ist, den der Schädiger tatsächlich erhalten hat, den aber das Opfer ohne Rechtsverletzung nach den hier gerichtlich entwickelten Beweismaßstäben auch hätte erzielen können. [429] Der Unterschied der gesetzlichen Verzugszinsregelung zu der erwähnten

[426] Siehe auch *Reifner*, NJW 1992, 337, 342.
[427] *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 513 f.
[428] Vgl. BGHZ 60, 168 (173).
[429] Vgl. *Bunte*, FS Giger 1989, 53, 66.

Rechtsprechung besteht lediglich darin, dass die erstere schon bei ihrer Entstehung dem „*typischen Schaden*“ des Gläubigers im Verzugsfalle Rechnung trägt.

Daraus folgt, dass die aktuelle gesetzliche Regelung für Verzugszinsen ein sehr modernes Gebilde ist. Es handelt sich also, wie *Canaris* es ausdrückt, ebenfalls um einen *Fremdkörper* in der bestehenden deutschen Rechtsordnung.[430] Allerdings gilt diese Schlussfolgerung, anders als bei *Canaris*, sowohl für § 288 Abs. 1 als auch für § 288 Abs. 2 BGB. Zudem verfolgt die gesetzliche Verzugszinsregelung einen besonderen rechtspolitischen Zweck (*technische Vereinfachung* und „*der zunehmende verhaltenssteuernde Einfluss des Unionsrechts auf zentrale Bereiche des deutschen Zivilrechts*“[431]) und stellt eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar, was zeigt, dass der gesetzlichen Verzugszinsregelung eine selbstständige rechtliche Bedeutung und systemische Stellung zukommt. Sie kann eher als „*ius sui generis*“ zu betrachten sein, d.h. als eine präventive Regelung mit eigenständiger Stellung, die in praktischer Hinsicht auch in die Funktionen des Schadensersatzes und des Bereicherungsausgleichs tritt.[432] Der dieser Definition folgende Ansatz kommt in der Tat einem vorherrschenden Ansatz zur Definition der handelsrechtlichen Fälligkeitszinsen in § 353 HGB (siehe III. 2. unten) nahe. Es ist jedoch zu betonen, dass die frühere Auffassung, die die „Elemente“ der gesetzlichen Verzugszinsen sowohl als schadensersatzrechtliche als auch als bereicherungsrechtliche beschreibt, eher *deskriptiv* als *normativ* ist. Aus normativer Sicht wäre es am besten, hier eine allgemeine Aussage zu vermeiden, wonach die gesetzlichen Verzugszinsen sowohl „Elemente“ des Schadensersatzes als auch solche des Bereicherungsrechts enthalten, da dies dazu tendieren würde, das Grundverständnis vom Wesen des Schadensersatzrechts oder Bereicherungsrechts zu verfehlen.

c. Tatbestand und Anwendungsbereich

Die Begründung eines Anspruchs auf gesetzliche Verzugszinsen setzt Verzug des Schuldners mit einer Geldschuld voraus (§§ 244, 245 BGB). Das heißt, die gesetzlichen Verzugszinsen gelten für *Geldschulden*, ohne dass zwischen Geldsummenschulden und Geldwertschulden unterschieden wird.[433] Hier hat sich im Vergleich zur Rechtslage vor der Gesetzesreform nichts geändert. Es bleibt nur die Frage, ob die gesetzlichen Verzugszinsen auf eine Schuld angewandt werden können, die selbst nicht verzinslich ist, und ob sie auf andere Schulden mit Geldwert angewandt oder entsprechend angewandt werden können.

(a) Die Irrelevanz der Verzinslichkeit der Forderung

Die herrschende Meinung besagt, dass abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmenfällen (z.B. § 522 BGB) die gesetzlichen Verzugszinsen auch für Forderungen

[430] *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 69.
[431] *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017, S. 264.
[432] Änliche Ansicht siehe auch *Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017, S. 263 f.
[433] BGH NJW 1965, 531 (532); Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 33; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 288, Rn. 6.

gelten sollen, die selbst unverzinslich sind[434], und dass der Rechtsgrund einer Geldschuld hier im Prinzip bedeutungslos ist.[435] Das bedeutet zunächst einmal, dass die rechtsgeschäftlich festgelegte „*Zweckgebundenheit*" einer Forderung für die Zahlung von Geld bedeutungslos ist; die gesetzlichen Verzugszinsen gelten also auch für Gelder, die zur Deckung von Schäden[436], zur Mängelbeseitigung (§ 637 Abs. 3 BGB)[437], zur Zahlung von Lohn- und Gehaltsansprüchen[438] oder zur Zahlung von Unterhalt[439] dienen. In diesen Fällen gilt allein die Tatsache, dass das Geld verspätet gezahlt wird, als Schaden, auch wenn man das Geld in der Regel nicht tatsächlich zum Anlagezweck hätte verwenden können. Dies dürfte daran liegen, dass der Gesetzgeber des BGB in einer typisierenden Weise davon ausging, dass der Gläubiger einen bestimmten Bedarf an dem ihm zustehenden Geld hat und dass er, sobald der Schuldner nicht planmäßig zahlt, das Geld durch zusätzliche Kreditaufnahme beschaffen muss - d.h. in einer typischerweise angenommenen Situation ist das Bedürfnis des Gläubigers nach den ihm zustehenden Geldern dringend und nimmt immer weiter zu, solange sich der Schuldner mit der Zahlung in Verzug befindet.

(b) Die Vorschusspflicht nach § 669 BGB

Für die Vorschusspflicht nach § 669 BGB wurden teilweise die gesetzlichen Verzugszinsen deswegen als nicht anwendbar betrachtet, weil die Vorschussleistung nur zugunsten des Auftraggebers bewirkt werde.[440] Ob die Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung von Vorschuss gemäß § 669 BGB einklagbar ist, mithin ob es sich dabei um *eine echte Pflicht* handelt, ist bis heute umstritten. Handelt es sich bei einer solchen Vorschussverpflichtung um *eine nicht einklagbare Obliegenheit*, so bringt die Nichterbringung der Vorschussleistung des Auftragsgebers lediglich den Nachteil mit sich, dass die Weisung nicht ausgeführt wird[441]; handelt es sich dagegen um *eine einklagbare echte Verpflichtung*, so haftet der Auftragsgeber dem Beauftragten bei einer Verletzung der Vorschusspflicht im Rahmen der adäquaten Kausalität auf Schadensersatz (§§ 280 Abs. 1, 286 BGB).[442] Nach der letzteren Darstellung verpflichtet sich der Auftraggeber bei Verschulden an der verspäteten Leistung des Vorschusses, auch dem Beauftragten gesetzliche Verzugszinsen gemäß § 288 BGB zu zahlen. Um einen Auftrag reibungslos ausführen zu können, hat der Auftragsgeber unter Umständen bestimmte Vorbereitungen zu treffen und entsprechende Vermögensaufwendungen zu tätigen. Wenn der Auftraggeber die Vorschussleistung an den Beauftragten über einen längeren Zeitraum hinauszögert, kann dies daher unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Beeinträchtigung für das

[434] Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 33.
[435] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 15.
[436] BGH, Urteil vom 5. November 1952 - II ZR 47/52, NJW 1953, 337, Rn. 24 (juris).
[437] Vgl. BGH NJW 1980, 1955 f; Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 35.
[438] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 288, Rn. 30.
[439] Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 38.
[440] Vgl. BGH NJW 1980, 1955 (1956); Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 35.
[441] Staudinger/*Martinek*/*Omlor*, 2017, § 669, Rn. 5.
[442] Vgl. MüKoBGB/*Seiler*, 2012, § 669, Rn. 7; Erman/*Berger*, 2020, § 669, Rn. 4.

Vermögen des Beauftragten darstellen.[443] Hinsichtlich der hier gestellten Frage des Anwendungsgegenstandes der gesetzlichen Verzugszinsen ist jedoch nach dem Vorstehenden eine Verpflichtung des Auftragsgebers zur Zahlung von gesetzlichen Verzugszinsen festzustellen, wenn unter den Umständen des Einzelfalles die Verzögerung des Auftragsgebers mit der Zahlung des Vorschusses zu einem Nachteil für das Vermögen des Beauftragten führen würde. Dies muss gewiss fallbezogen entschieden werden. Umgekehrt würde es zu weit gehen, anzunehmen, dass in allen Fällen verspäteter Zahlung von Vorschüssen eine Pflicht zur Zahlung gesetzlicher Verzugszinsen begründet wird.

(c) Die sich nicht auf Geld richtende, aber dies mittelbar betreffende Verbindlichkeit

In der Literatur wird auch heftig diskutiert, ob die gesetzlichen Verzugszinsen auch auf die nicht auf Geldleistung gerichteten Schulden anwendbar sind, bei denen es nur mittelbar um Geld geht.

aa) Anwendbarkeit der gesetzlichen Verzugszinsen auf Geldstücke in physischer Gestalt

Sind die gesetzlichen Verzugszinsen auf *Geldstücke in physischer Gestalt* anzuwenden? Angenommen, ein Beauftragter verwahrt eine bestimmte Geldsumme für den Auftraggeber, gerät aber in Verzug mit der Erfüllung der sich aus der Verwaltung der Angelegenheiten ergebenden Verpflichtung zur Rückgabe des Geldes gemäß § 667 Alt. 2 BGB. Bei dieser Verpflichtung gemäß § 667 Alt. 2 BGB handelt es sich nicht um eine echte Geldschuld, sondern um eine *Stückschuld*, die über die Grenzen des Wortlauts des § 288 BGB hinausgeht. Die *Motive* bezogen sich jedoch ausdrücklich auf diese Situation (Art. 248 Abs. 3 des *ersten Entwurfs*) und dort wurde die Ansicht vertreten, dass hier die gesetzlichen Verzugszinsen Anwendung finden[444]; *der Zweite Ausschuss* leitete trotz der wörtlichen Streichung dieser Situation eine gleiche Schlussfolgerung aus der entsprechenden Anwendung von Art. 248 Abs. 1, 2 des *ersten Entwurfs* her.[445] Zwar wurde teilweise vertreten, dass die Anwendung der gesetzlichen Verzugszinsen zu verneinen sei, da hier keine Geldschuld vorliege[446], einige andere nahmen jedoch eine bejahende Stellung ein. Dies gilt auch für den BGH vor der Schuldrechtsreform zum Jahre 2002, der zur Begründung anführte, dass der Gläubiger in einer solchen Konstellation auf jeden Fall eine bestimmte Geldsumme zu einem Mindestzinssatz hätte anlegen und somit eine durchschnittliche Rendite hätte erhalten können.[447] Mit dem Jahre 2002 haben sich der Inhalt und der Normzweck der deutschen gesetzlichen Verzugszinsregelung jedoch grundlegend geändert, weshalb die jetzigen Positionen der Gerichte und der Lehre weiterhin unklar sind.[448]

---

[443] Vgl. auch Erman/*Berger*, 2020, § 669, Rn. 3.
[444] Motive, Band II, 1888, S. 62.
[445] Protokolle, Band I, 1897, S. 327.
[446] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 288, Rn. 11.
[447] BGH NJW 1979, 1494.
[448] In seinem Urteil vom 25. April 2006 hat der BGH kurz seine Auffassung aus der Zeit vor der

Der hier vertretenen Meinung nach lassen sich sowohl die früheren niedrigen gesetzlichen Verzugszinsen, denen kein praktischen Strafcharakter zukam, als auch die heutigen gesetzlichen Verzugszinsen, die den typischen Gläubigerschaden weit übersteigen, analog auf die Konstellation der nicht rechtzeitigen Rückgabe von Verwahrgeldern als Geldstücke anwenden. Denn, wie bereits erwähnt, entspricht die Regelung für gesetzliche Verzugszinsen einem „*ius sui generis*“. Die Besonderheit dieses Begriffs findet ihren Niederschlag auch in der Vorstellung, dass allein die Tatsache des Vorenthaltens von Geld einen Schaden oder eine Bereicherung bedeutet. Dem Auftraggeber einen fiktiven Schadensersatz nach den Vorschriften über gesetzliche Verzugszinsen zuzuerkennen, wenn der Auftraggeber sein einem anderen anvertrautes Geld nicht rechtzeitig zurückbekommen hat, steht daher nichts im Wege. Der mögliche Zweifel besteht darin, dass das hingegebene Geld unter Umständen gerade im Tresor des Beauftragten liegt und somit keine reale Möglichkeit besteht, dass das Geld in den Marktumlauf gelangt und dem Beauftragten einen unrechtmäßigen Gewinn erwirtschaftet. Aber die gesetzliche Verzugszinsregelung selbst setzt ohnehin keine tatsächlich bezogene Bereicherung des Schuldners voraus, sondern ihr sind die Abwendung der möglichen Spekulationsgeschäfte des Schuldners und der zureichende Ausgleich des Verzugsschadens aufseiten des Gläubigers zu widmen. Selbst wenn also keinerlei Möglichkeit besteht, dass der Beauftragte aus dem Geld in einem geschlossenen Tresor einen Gewinn ziehen könnte, ist die gesetzliche Verzugszinsregelung dennoch analog anzuwenden.

bb) Hingabe der Mehrwertsteuerrechnung

Neben dem Fall der Rückgabe der Geldstücke bejaht der BGH auch die Anwendung von gesetzlichen Verzugszinsen auf die Konstellation der verspäteten Ausstellung einer *Mehrwertsteuerrechnung* an einen Gläubiger, der Kaufmann ist. Der BGH folgte in diesem Falle weiterhin dem Ansatz, dass die gesetzlichen Verzugszinsen ein fiktiv konzipierter Schaden im Sinne des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB sind und setzt sich nicht intensiv mit der Frage auseinander, ob die Verpflichtung zur Ausstellung einer Mehrwertsteuerrechnung eine Geldschuld darstellt, sondern stellt auf die Prüfung ab, ob ein Schaden des Gläubigers vorliegt. Im Anschluss daran hat der BGH das Vorliegen dieses Schadens unter Berufung auf die „*allgemeine Lebenserfahrung*“ oder auf den „*typischen Geschehensablauf*“ bejaht.[449] Das heißt, dass nach dem BGH in diesem Falle, auch wenn keine eigentliche Geldschuld besteht, dennoch davon auszugehen ist, dass der Gläubiger im typischen Falle einen unmittelbaren Vermögensschaden erlitten hätte, sobald der Schuldner in Verzug mit der Ausstellung der Rechnung geraten ist, da die betreffende Ausstellungshandlung dem Schuldner einen unmittelbaren Vermögensvorteil zukommen lässt, sobald sie erfolgt ist.

Schuldrechtsreform und die gesetzgeberische Begründung des BGB bekräftigt. Vgl. BGH NJW 2006, 2398. Aber dabei handelt sich um eine mechanische Verweisung, da der BGH sich nicht auf den Sinneswandel der gesetzlichen Verzugszinsbestimmungen nach der Schuldrechtsreform beruft.

[449] Entscheidung betreffend Ausstellung einer Mehrwertsteuerrechnung; siehe BGH NJW-RR 1991, 793 (794).

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Anwendungsmöglichkeit der gesetzlichen Verzugszinsen auf Schulden begrenzt ist, die sich unmittelbar auf die Geldzahlung richtet, da nur bei diesen Schulden der Gläubiger unmittelbar durch den Leistungsverzug die Möglichkeit einer zinstragenden Geldanlage verliert und ein Zinsschaden auftreten wird, der aber bei Schulden, die sich auf den mittelbaren Erwerb von einem Geldwert richtet, nicht entsteht.[450] Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Reichweite des Normzwecks des § 288 BGB erstreckt sich auf die beiden Fälle, in denen der Gegenstand der Zahlung selbst Geld ist oder der Zahlungsgegenstand einen unmittelbaren Geldwert hat. Allein die Vorenthaltung dieser Leistungsgegenstände entspricht schon einem Schaden oder einer Bereicherung. Eine andere Schuld, der zwar ein Geldwert zukommt, die aber dennoch einen „*Zwischenschritt*" zur Verwertung erfordert, wird schon durch die vorstehenden Überlegungen ausgeklammert.[451] Der Gesetzgeber hat auch keine Absicht zur Zulassung der Analogie zu gesetzlichen Verzugszinsen auf diese Schulden geäußert. Würde man dafür eine umgekehrte Sichtweise einnehmen, würde der Anwendungsbereich der gesetzlichen Verzugszinsen ausufern, da in die meisten Forderungen letztendlich ein Geldwert hineingelesen werden könnte.[452]

d. Geltendmachung weiterer Zinsschäden

§ 288 Abs. 4 BGB (früher: § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) könnte durch die drastische Erhöhung der Verzugszinssätze in § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB an praktischer Bedeutung verloren haben.[453] Aber zumindest mit der D+5-Formel in § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes (als Vorgängervorschrift zu dem geltenden § 288 Abs. 1 BGB) hatte der Gesetzgeber dies schon bezweckt. Die ursprünglich nicht durch § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. abschließend geklärte Frage bezüglich der Rechtsanwendung bleibt jedoch bis dato noch offen.

(a) Die „abstrakte Schadensberechnung" und die „typisierende Schadensberechnung"

Die Frage, welcher Beweismaßstab für die Geltendmachung eines „weiteren Schadens" anzusetzen ist, ist seit den 1980er Jahren nicht abschließend beantwortet worden. Lediglich im Zusammenhang mit den hohen Verzugszinsen des § 288 Abs. 1 und 2 BGB besteht heute im praktischen Sinne kein dringender Klärungsbedarf mehr im Hinblick auf diese Frage. § 288 Abs. 4 BGB umfasst vier Hauptarten von Verzugsschäden: den *Anlagezinsverlust*, den *Kreditkostenschaden*, den *Geldentwertungsschaden* und den *Mehrwertsteuerschaden*. Nach dem EuGH-Urteil von 1982 kann der Mehrwertsteuerschaden nicht mehr als Verzugsschaden geltend gemacht werden.[454] Bei dem hier zu erörternden

[450] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 14; BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 32.
[451] BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 31.1, 32.
[452] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 14; BeckOGK/*Dornis*, 2020, § 288, Rn. 32.
[453] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 288, Rn. 29.
[454] Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 80; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 288, Rn. 57.

Thema geht es hauptsächlich um den *Anlagezinsverlust* und den *Kreditkostenschaden*. Ob den Gläubigern bei der Geltendmachung von Schadensersatz in Form der Anlagezinsen im allgemeinen Sinne eine typisierende Berechnungsmethode zugestanden wird, bleibt offen. Deshalb sind die Begriffsbestimmungen der „*typisierenden Schadensberechnung*“ und der „*abstrakten Schadensberechnung*“ (§ 252 BGB) klärungsbedürftig, da diese jedenfalls nicht identisch sind.[455]

Die „*abstrakte Schadensberechnung*“ bezieht sich zunächst auf den Schadensersatz für entgangene Gewinne. Obwohl diese Art der Schadensberechnung als „*abstrakt*“ formuliert wird, handelt es sich im Wesentlichen um eine Beweiserleichterung für die Tatbestandmerkmale der Schadensersatzpflicht wie den „Schadenseintritt“. [456] Anders ausgedrückt muss der Schadensersatzberechtigte nur die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (Verlust der entgangenen Gewinne) beweisen, was die Beweisanforderung anbelangt.[457] Um diese Wahrscheinlichkeit zu beweisen, muss der Schädiger im Rahmen der „*Differenzhypothese*“ das Vergleichsergebnis zwischen dem aktuellen Vermögenszustand des Geschädigten und seinem Zustand, der bestehen würde, wenn die Beeinträchtigung hypothetisch nicht erfolgt wäre, darlegen und ggf. beweisen. Im Zuge dieser Nachweisführung muss der Rechtsinhaber jedoch noch einige konkrete und ereignisbezogene Anhaltspunkte liefern. Macht ein Vermögensgläubiger etwa geltend, dass er aufgrund des Schuldnerverzugs von einer anderen Person ein Darlehen zu einem hohen Zinssatz aufnehmen musste, um eine bestehende Schuld zu begleichen und ihm somit ein „*Kreditkostenschaden*“ entstanden ist, sollte er die sachliche Grundlage dafür liefern, dass es der Verzug des Schuldners war, der die Tilgung einer bestehenden Schuld verhindert oder eine entsprechende Verlängerung erzwungen hat.[458] Der Richter sollte an dieser Stelle umsichtig vorgehen und nicht lediglich die Geltendmachung des Gläubigers aufgrund der Tatsache, dass der Gläubiger zum Zeitpunkt des Schuldnerverzugs einer Verbindlichkeit unterlag, unmittelbar billigen.[459]

Anders als bei der Schadensberechnung der „entgangenen Gewinne“ liegt es bei der „*typisierenden Schadensberechnung*“.[460] Die „typisierende Schadensberechnung“ verzichtet gänzlich auf den Nachweis des Schadeneintritts oder sogar den der Kausalität und legt in fast fiktiver Weise fest, dass dem Gläubiger nach der Rechtsgutsverletzung ein pauschalierter

---

[455] Die Ansicht, dass es einer Unterscheidung zwischen der typisierenden Schadensberechnung und der Schadensberechnung des § 252 BGB bedürfe, vertritt *Kindler*, WM 1997, 2017, 2024. Für die Ansicht, wonach die typisiererende Schadensberechnung als „*echte abstrakte Schadensberechnung*“ bezeichnet wird, siehe Staudinger/*Schiemann*, 2005, § 252, Rn. 22 ff; Staudinger/*Höpfner*, 2021, § 252, Rn. 20. Frühere Literaturansichten haben dies jedoch möglicherweise anders gesehen und die beiden Begriffe miteiander vermischt. Vgl. *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979, S. 136 ff.

[456] Vgl. MüKoBGB/*Oetker*, 2012, § 252, Rn. 45.

[457] Vgl. *Lange*/*Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts – Schadenersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 340 f.

[458] Vgl. *Schopp*, MDR 1989, 1, 3.

[459] Vgl. *Schopp*, MDR 1989, 1, 3.

[460] Vgl. Staudinger/*Schiemann*, 2005, § 252, Rn. 22 ff; Staudinger/*Höpfner*, 2021, § 252, Rn. 20 ff; MüKoBGB/*Oetker*, 2012, § 252, Rn. 45.

Schaden entstanden ist.[461] Der Anspruch des Geldgläubigers auf Verzugsschaden erfordert dann nicht einmal mehr einen konkreten Anhaltspunkt, wie etwa den Nachweis, dass er zum Schuldnerverzug mit einer Schuld belastet ist oder eine Anlagemöglichkeit verloren hat, sondern lediglich, dass er seine typische Handelsgewohnheiten und seine durchschnittliche Rentabilität in der Vergangenheit dargelegt hat, die allein als Anhaltspunkt für die Ermittlung des ersatzfähigen Verzugszinsschadens herangezogen werden können. Mit anderen Worten: Bei der „abstrakten Schadensberechnung" muss der Gläubiger die Grundlage für ein mit Schadenseintritt zusammenhängendes Ereignis (häufig ein laufendes oder bevorstehendes Ereignis betreffend den Verzugsschaden) liefern, um die Wahrscheinlichkeit des Schadens zu beweisen, während bei der „typisierenden Schadensberechnung" der Gläubiger seine eigene Geschichte der Handelstätigkeiten darstellen muss. Dieser persönliche Bericht aufseiten des Gläubigers allein reicht somit schon aus, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Die typisierende Schadensberechnung ist daher in der Tat eine Schadensprognose auf der Grundlage objektivierter allgemeiner Tatsachen, wobei den aktuellen individuellen Umständen (der bestehenden Kreditaufnahme, Analgemöglichkeit) des Gläubigers keine oder nur eine geringe Bedeutung zukommt, so dass diese Art der Schadensberechnung eher einer *Schadensfiktion* gleichkommt, die es dem Schuldner im Wesentlichen unmöglich macht, gegen den Gläubiger auszusagen, dass bei ihm kein oder nur ein geringerer Schaden vorliegt.[462]

Wie *Kindler* bemerkt, lässt der BGH im Falle eines Gläubigers, der einen Schaden für Anlagezinsen geltend macht, grundsätzlich den Ansatz einer typisierenden Schadensberechnung zu, legt aber für verschiedene Gläubigerkategorien unterschiedliche Schwellen für diesen Ansatz fest. Banken werden dort großzügig behandelt und müssen zur Erledigung ihrer Beweisaufgaben nur ihre Gesamtgeschäftsstruktur und die durchschnittliche Rendite nachweisen, die sie normalerweise erzielen würden; andere kaufmännische Unternehmen müssen andere korrelierte Anhaltspunkte liefern - die privaten Gläubiger hingegen haben nicht nur die oben erwähnte Tatsachen nachzuweisen, sondern sind angesichts ihrer individuellen Umstände oft der Schwierigkeit ausgesetzt, solche Nachweise zu erbringen. In der Kommentarliteratur wurden jedoch die von der BGH-Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Beweisführung weitgehend beibehalten.[463] Anders verhält es sich mit den privaten Gläubigern. Zwar wird teilweise vertreten, dass Privatgläubiger die typisierende Berechnung auf der Grundlage bestimmter Tatsachen (z.B. Rückstände in hohem Volumen) anstellen können.[464] Dagegen wird aber auch teilweise davon gesprochen, dass Privatgläubiger den Schaden nur nach den vereinfachenden Beweisregeln des § 252 Abs. 2

[461] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, 268; *Kindler*, WM 1997, 2017, 2024.
[462] Vgl. *Kindler*, WM 1997, 2017, 2024.
[463] Vgl. Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 288, Rn. 37 ff; Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 72; Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 288, Rn. 13.
[464] Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 72.

BGB in einem konkreteren Maß darlegen und beweisen können.[465] Somit liegt auf der Hand, dass die zuvor von *Kindler* geäußerten Zweifel, dass die Verwendung des typisierenden Schadensberechnungsansatzes durch die Rechtsprechung bereits die Grenzen der Rechtsfortbildung überschreitet und dass die Festlegung unterschiedlicher Beweisstandards je nach der Kategorie des Gläubigers gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt, von der Mehrheit der Meinungen nicht aufgegriffen wurden.[466] Vielmehr zeigen die verschiedenen gesetzlichen Verzugszinssätze in §§ 288 Abs. 1 und 288 Abs. 2 BGB deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber noch eine gewisse Ungleichbehandlung bei den Verzugszinsregeln praktiziert, wie von einigen bereits erkannt wurde.[467]

Der hier vertretenen Meinung nach lässt sich der Gedanke der typisierenden Schadensberechnung, der in der gesetzlichen Verzugszinsregelung verankert ist, zu einem generellen Ansatz für den Schadensersatz bei Geldschulden verallgemeinern. Jede Kategorie von Gläubigern, sei es eine Bank oder ein allgemeiner zivilrechtliche Adressat, kann nach demselben Prinzip ihren eigenen Schadenersatz für Verzugszinsen fordern, wenn der Verzug mit der Geldzahlung ersichtlich ist. Das liegt hauptsächlich daran, dass ein Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen in Bezug auf den Tatbestand der Ansprüche derselbe ist („Pflichtverletzung" im Sinne des § 280 BGB) wie ein Anspruch auf Schadensersatz aus einer Erfüllungsstörung der Geldschuld. Angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes steht einer Analogie nichts im Wege. Jedoch ist zu ergänzen, dass es sich hierbei um eine vorläufige Folgerung handelt, die von der juristischen Methodik geleitet wird. Diese Folgerung ist nicht zwangsläufig auch von praktischer Bedeutung. Von *einer erfolgsorientierten Perspektive* aus sieht die typisierende Schadensberechnung nicht mehr so günstig für den Gläubiger aus, wie sie auf ersten Blick erscheinen mag. Denn bei Geldschulden verlangt die typisierende Schadensberechnung, dass der Gläubiger ausreichende Beweismaterialien zur Verfügung stellt, um seine eigenen Geschäftspraktiken und seine Finanzlage glaubhaft darzustellen oder zumindest den marktüblichen Zinssatz für die Art von Anlagetätigkeit mit einer Mindestverzinsung vorzustellen.[468] Wie in der Literatur festgestellt wird, stellt dies jedoch einen sehr hohen Standard dar: Erstens muss eine Bank, wenn sie einen möglichst großen Schaden geltend machen will, interne Informationen über ihren Geschäftsbetrieb preisgeben. Einerseits erfordert das einen großen Aufwand; und andererseits kann das mit großem Aufwand gesammelte Material nicht nur vor Gericht geringe Erfolgsaussichten haben, sondern es besteht auch die Gefahr, dass Konkurrenten dadurch Geschäftsgeheimnisse erfahren[469]. Will die Bank den nächstbesten Weg einschlagen und macht sie den durchschnittlichen Marktzins für die Art der Anlagetätigkeit mit der niedrigsten Rendite

[465] Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 288, Rn. 13.
[466] Wer dem Gedankengang von *Kindler* folgt, nach welchem für alle Gläubiger derselbe Beweismaßstab gilt, siehe EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 44 ff.
[467] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 44.
[468] Vgl. BGH NJW 1992, 109 f.
[469] Vgl. *Gruber*, NJW 1992, 2274, 2275.

geltend, wird sie wahrscheinlich am Ende nicht vollständig entschädigt. Somit laufen die Banken also Gefahr, mehr zu verlieren als zu gewinnen, wenn sie Verzugszinsen nach dem Ansatz typisierender Schadensberechnung geltend machen. Bei anderen zivilrechtlichen Adressaten, denen meist keine kontinuierliche Geschäftstätigkeit und keine stabile Ertragsstruktur möglich sind, ist es in der Praxis fast unmöglich, den Anforderungen an eine typisierende Schadensberechnung zu genügen.

Im Nachhinein könnte es für einen Gläubiger schwierig sein, eine vollständige Entschädigung für den Verzug mit der Erfüllung einer Geldschuld zu erhalten, sei es auf der Grundlage einer „abstrakten Schadensberechnung" oder einer „typischen Schadensberechnung", was in der Tat auf Ebene der Gesetzgebung die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit der Einführung einer den typischen tatsächlichen Schaden des Gläubigers am besten abzudeckenden gesetzlichen Verzugsregelung unterstreicht.[470]

(b) Die Auswirkung der gesetzlichen Verzugszinsen auf das Bereicherungsrecht

Die zweite Frage lautet, ob die gesetzliche Regelung der Verzugszinsen auch Auswirkungen auf das Bereicherungsrecht haben kann.

Nach der allgemeinen Regel des Bereicherungsrechts (§ 818 Abs. 1 BGB) verpflichtet sich der Bereicherungsschuldner nur dann zur Rückzahlung der Zinsen, wenn die Zinsen gezogen worden sind.[471] Da aber die gesetzliche Verzugszinsregelung auch den rechtspolitischen Zweck hat, die ungerechtfertigte Bereicherung des säumigen Schuldners abzuschöpfen, kann sich der ihr innewohnende typisierende Gedanke damit auch auf das Bereicherungsrecht erstrecken? Kann beispielsweise im Falle der Anfechtung des Kaufvertrags argumentiert werden, dass der Verkäufer, der den Preis bereits vom Käufer erhalten hat, ab dem Zeitpunkt der Vertragsaufhebung dem Käufer automatisch für eine ungerechtfertigte Bereicherung in Form von Zinsen auf diesen Preis haftet?

Wie bereits erwähnt, kann der Gedanke der Typisierung in gesetzlichen Verzugsregelungen auf das Schadensersatzrecht im Allgemein übertragen werden. Dies liegt jedoch daran, dass die gesetzliche Verzugszinsregelung und die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen eine Gemeinsamkeit hinsichtlich der Anwendungsgegenstände haben, d.h. sie setzen beide das Vorliegen einer *Pflichtverletzung* im Sinne des § 280 BGB voraus. Darüber hinaus ist die typisierende Berechnung wertungsgemäß betrachtet eine fast fiktive Methode der Schadensberechnung, die schon von Natur aus sanktionierend ist, so dass es angebracht wäre, diese Schadensberechnung dem Pflichtverletzenden aufzuerlegen. Würde dieser Sanktionsgedanke jedoch auf die Person übertragen, die sich ungerechtfertigt bereichert und keine Pflichtverletzung begangen hat, wäre eine solche Übertragung in ihrer Rechtfertigung aber eher bedenklich.

---

[470] M.w.N. vgl. *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 310-314, 320. Womöglich gegensätzliche Ansicht, siehe *Köndgen*, Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige, in: *Ernst*/*Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 457, 475.

[471] Jauernig/*Stadler*, 2009, § 818, Rn. 9.

Der hier vertreten Ansicht nach ist die Analogie der gesetzlichen Verzugszinsen auf das Bereicherungsrecht zu unterbinden und der Bereicherungsschuldner ist ab dem Zeitpunkt des Verlusts des Besitzes des Geldes nicht automatisch und sofort zur Zinszahlung verpflichtet.[472] Wie oben ausgeführt, basiert die gesetzliche Bestimmung über Verzugszinsen auf der Vorstellung, dass Geld eine eigene Reproduktionskraft besitzt. Daraus lässt sich der Gedanke ableiten, dass allein das Vorenthalten von Geld einen Schaden des Gläubigers bedeutet, und dieser Gedanke lässt sich dadurch ergänzen, dass allein das Vorenthalten von Geld zugleich auch eine Bereicherung des Schuldners bedeutet. Dies kann ohne Weiteres das Bereicherungsrecht beeinflussen: Es kann vermutet werden, dass der Schuldner ohne rechtlichen Grund Zinsen in einer bestimmten Höhe gezogen hat und zwar unter Berücksichtigung der Höhe des betroffenen Geldbetrages, der Dauer des Vorenthaltens des Geldes, der persönlichen Umstände des Schuldners selbst usw.[473] Um von der Regel im Schadensersatzrecht Abstand zu nehmen, sollte diese Vermutung im Bereicherungsrecht jedoch als widerlegbar konzipiert sein, so dass der Bereicherungsschuldner immer noch beweisen kann, dass seine tatsächliche Bereicherung geringer oder überhaupt nicht vorhanden war.[474]

(3) Zwischenergebnis

Nach dem Jahr 2000 wurden mit dem BGB umfassende Änderungen an der rechtlichen Regelung über Verzugszinsen vorgenommen. Zwei davon lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 des § 288 BGB erhöhen die Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen drastisch im Vergleich zur vorherigen Rechtslage. § 288 Abs. 1 BGB führt die Regelungstechnik des § 11 Abs. 1 des Verbraucherkreditgesetzes fort, den Schaden des Gläubigers in den meisten Fällen durch eine marktnahe Verzinsung möglichst vollständig abzudecken, während § 288 Abs. 2 BGB in Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EU und der Richtlinie 2011/7/EU einen Verzugszinssatz vorsieht, der die Höhe des tatsächlichen Gläubigerschadens weit übersteigen kann. § 288 Abs. 1 und 2 BGB sind als „ius sui generis“ zu qualifizieren, welches in der Praxis sowohl die Funktion des Schadensersatzes als auch die der Bereicherungsabschöpfung erfüllt.

2. Die neue Regelung über gesetzliche Verzugszinsen als „ius generis“ entfaltet eine Ausstrahlungswirkung sowohl auf die Rechtsanwendung des Schadensersatzrechts als auch auf die des Bereicherungsrechts. Einerseits kann bei Geltendmachung eines Verzugsschadens für eine Geldschuld nach den allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts der typisierende Gedanke der Schadensberechnung im Zusammenhang mit den gesetzlichen Verzugszinsen herangezogen werden; andererseits, wenn dem Geldschuldner die Geldnutzungsbefugnis nicht mehr zusteht, kann mitunter nach dem Erfahrungssatz in einer widerlegbaren Weise vermutet

[472] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 173.
[473] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 173.
[474] Vgl. *Schäfer*, Der Zins im Bereicherungsrecht, Baden-Baden 2002, S. 91.

werden, dass der Geldschuldner Zinsen schon gezogen hat.

3. Fazit

Schließlich ist es sinnvoll, eine kurze Überschau über die Entwicklungsgeschichte der Rechtsregelung für gesetzliche Verzugszinsen zu geben.

Die historische Entwicklung der gesetzlichen Verzugszinsregelungen im deutschen Recht und im EU-Recht folgt den beiden Grundlinien „*Verbraucherschutz*“ und „*Gläubigerschutz*“ und ist letztlich durch eine Aufteilung der Vorschriften in drei Regelungsebenen gekennzeichnet. Diese drei bilden ein asymptotisches Spektrum vom *Gläubigerschutz* bis zum *Verbraucher-/Schuldnerschutz*. Reiht man den Gläubigerschutz von stark nach schwach und den Verbraucher-/Schuldnerschutz von schwach nach stark auf, so ergibt sich folgendes Bild:

1. Für die meisten Fälle des allgemeinen Zivilrechts besteht der gesetzliche Verzugszinssatz aus dem variablen Basiszinssatz zuzüglich 5 Prozentpunkten und dieser Verzugszinssatz ist unwiderlegbar, § 288 Abs. 1 BGB;

2. Für Entgeltsschulden, an denen ein Unternehmen beteiligt ist, besteht der gesetzliche Verzugszinssatz aus dem variablen Basiszinssatz zuzüglich 9 Prozentpunkten und dieser Verzugszinssatz ist auch nicht zu widerlegen, § 288 Abs. 2 BGB;

3. Bei Verbraucherkrediten besteht der gesetzliche Verzugszinssatz aus dem variablen Referenzzinssatz mit einer Spanne von 5 Prozentpunkten, wobei dem Verbraucher der Gegennachweis zu gestatten ist, dass dem Darlehensgeber kein oder lediglich ein geringerer Schaden entstanden ist, § 497 Abs. 1 BGB.

Die drei vorangegangenen Regelungsebenen folgen aber nicht partout der differenzierten Idee je nach den Gläubigerkategorien. So bleibt z.B. § 288 Abs. 1 BGB in seiner jetzigen Fassung eine allgemeingültige Vorschrift (mit Ausnahme der Entgeltforderung in Abs. 2 desselben Paragraphs), deren Anwendung nicht auf Privatperson beschränkt ist. Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsrechts hat mit der Schaffung des § 288 Abs. 2 BGB auch keine entsprechende Sonderregelung mit einem hohen Verzugszinssatz für Kaufleute im HGB geschaffen, sondern die alte Regelung in § 352 HGB gestrichen und sie durch eine allgemeine Regelung ersetzt, die für den Entgeltsanspruch von Unternehmern, einschließlich Kaufleuten *und* Freiberuflern, im Geschäftsverkehr gilt.[475] § 288 Abs. 1 BGB kommt zur Anwendung, wenn ein Kaufmann im Rahmen seiner gewerblichen Geschäfte in Verzug mit einer anderen Geldschuld als Entgeltschuld gerät.[476] Hier wird ein gewisses Maß an Einheitlichkeit in Bezug auf die Regeln für gesetzliche Verzugszinssätze erreicht. Generell gesehen bleiben die Unterschiede zwischen den Fälligkeitszinsen des § 353 HGB und den Verzugszinsen des § 288 BGB jedoch bestehen. Innerhalb der Absätze 1 und 2 des § 288 BGB wird der Trennungsgedanke zwischen Zivil- und Handelsrecht weitestgehend durchgeführt.

---

[475] BT-Drs. 14/6040, S. 149.

[476] Soergel/*Benicke*/*Nalbantis*, 2014, § 288, Rn. 47.

Nach einer Reihe von Reformen für gesetzliche Verzugszinsregelungen lässt sich aber ferner feststellen, dass *Kindler*s Vorschlag nicht angenommen worden ist, der einen einheitlich auf alle Adressaten des Zivil- und Handelsrechts anzuwendenden Zinsanspruch mit alleinigem Tatbestand, dem *Versäumnis der Geldzahlung bei Fälligkeit*, voranbringen möchte. *Kindler* wirft jedoch eine bedenkenswerte Frage auf: Sollte eine weitere Vereinheitlichung von gesetzlichen Verzugszinsen und Fälligkeitszinsen hinsichtlich des Tatbestandes erfolgen? Bevor auf diese Frage näher eingegangen wird, ist es notwendig, auf die grundsätzliche Dogmatik der Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB einzugehen.

III. Die gesetzlichen Fälligkeitszinsen

1. Überblick

In den §§ 256, 641 BGB und § 452 BGB a.F. sowie § 353 HGB finden sich Zinsregelungen, die eine Verzinsung ab der „Fälligkeit" beginnen lassen. Im Hinblick auf die relativ eigenständigen Tatbestände der Zinsvorschriften in den erstgenannten §§ 256, 641 und § 452 BGB a.F. wird später auf diese Vorschriften gesondert eingegangen (siehe 3. „*Nutzungszinsen*"). Im Folgenden wird zuerst und hauptsächlich der kaufmännische Fälligkeitszins des § 353 HGB erörtert.

§ 353 BGB sieht einen gesetzlichen Fälligkeitszins für Handelsgeschäfte vor, an denen ein Kaufmann beteiligt ist. Der Vorgänger dieser Vorschrift war § 289 ADHGB, der den damaligen Handelsbrauch kodifizierte.[477] Daher unterschied sich § 353 HGB in seiner Entstehungsgeschichte ursprünglich von den gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.. Die Divergenz zwischen § 353 HGB und § 288 BGB hat sich seit dem Jahr 2000, als das gesetzliche Verzugszinsinstitut in § 288 Abs. 1 und 2 BGB grundlegend geändert wurde, noch weiter vertieft. Abgesehen von den verschiedenen Voraussetzungen der beiden Tatbestände – für die Begründung eines Anspruchs auf gesetzlichen Verzugszins ist ein Verzug und ein damit zusammenhängendes Verschulden des Schuldners erforderlich, während ein Anspruch auf Fälligkeitszins diese Tatbestandmerkmale nicht erfordert und die bloße Tatsache der objektiven Versäumnis der Zahlung bei Fälligkeit genügen lässt – wird auch der Unterschied bei der Berechnungsmodalität des Zinssatzes deutlich. Will man die gesetzlichen Verzugszinsen im allgemeinen Zivilrecht mit den Fälligkeitszinsen im Handelsrecht weiter harmonisieren, muss zunächst in die Frage eingeführt werden, ob es sich bei gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB und Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB um grundlegend unterschiedliche Rechtsinstitute handelt. Verfolgen beide im Wesentlichen unterschiedliche Ziele, dann wäre in Bezug auf die Vereinheitlichung eher nur eine Scheinfrage zu erheben.

2. Rechtsnatur des Fälligkeitszinses gemäß § 353 HGB

Bisher hat der BGH die Frage für die rechtliche Einordnung des Fälligkeitszinses nach §

[477] Oekter/*Pamp*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2015, § 353, Rn. 1.

353 HGB nicht abschließend erklärt.[478] Das Gleiche gilt auch für die Ansichten in der Literatur.

(1) Literaturansichten

In der Literatur wurde zuallererst vertreten, dass es sich bei dem Fälligkeitszins um *eine vertypte stillschweigende Zinsvereinbarung* handele.[479] Es wurde auch darauf hingewiesen, dass § 353 HGB, der dem § 289 ADHGB nachfolgt, selbst auf dem Gedanken basiere, dass Kaufleute Zinsen im Voraus miteinander konkludent vereinbart haben und dass der Gesetzgeber daher diese *Zinsusance unter Kaufleuten* als eine Regelung der gesetzlichen Verzinsung kodifiziert habe.[480] Diese Ansicht wurde jedoch wegen ihrer unangemessenen Fiktion des Parteienwillens überweigend abgelehnt.[481]

Außerdem wurde die Auffassung vertreten, dass es sich beim Fälligkeitszins um *einen verobjektivierten Schadensersatz* handele.[482] Aber auch diese Ansicht ist abzulehnen. Zu Fälligkeitszinsen können keine „*weiteren*" (Zins-)Schäden geltend gemacht werden, wie es in § 288 Abs. 2 BGB geregelt wird.[483]

Darüber hinaus wurde vertreten, dass, da der Anspruch auf Fälligkeitszins kein Verschulden des Schuldners voraussetzt, seine Rechtsnatur nur aus der Sicht des *Geldschuldners* zu bestimmen sei, mit dem Ergebnis, dass der Fälligkeitszins einen Ausgleich für eine beim Geldschuldner *präsumtiv* entstandene Kapitalnutzung darstelle, d. h. eine „*verobjektivierte*" Vermögensausgleichsregelung im Bereicherungsrecht.[484]

Schließlich betrachten nicht wenige den Fälligkeitszins als einen Anspruch *ius generis*, der sowohl Elemente des Schadensersatzrechts als auch solche des Bereicherungsrechts enthalte, wobei der Fälligkeitszins eine *Zwischenstellung* zwischen beiden Haftungssystemen einnehme. Das Element des Bereicherungsrechts komme darin zum Ausdruck, dass der Schuldner, der die Schuld bei Fälligkeit nicht beglichen habe, für sich ein zinsloses Darlehen zum Nachteil des Gläubigers in gewissem Maße zwangsweise verschaffe und davon eine ungerechtfertigte Bereicherung erhalten habe, hingegen finde das Element des Schadensersatzrechts seinen Niederschlag in der Vorstellung hinter dem Fälligkeitszins, dass der Gläubiger im typischen Falle wegen des Liquiditätsvorenthalts einen Vermögensschaden erleide.[485]

(2) Stellungnahme

Im Ergebnis lässt sich sagen, dass die Ansichten, die den Fälligkeitszins als einen

---

[478] BGH RdTW 2018, 267 (269).
[479] Oekter/*Pamp*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2015, § 353, Rn. 3.
[480] MüKoHGB/*Schmidt*, 2019, § 353, Rn. 1.
[481] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 120.
[482] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 121.
[483] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 121.
[484] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 353, Rn. 3 f; *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 149.
[485] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 26, Rn. 11; Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 353, Rn. 3 ff.

gesetzspezifischen Bereicherungsausgleich und als „ius sui generis“ verstehen, eher einleuchtend erscheinen. Das letztgenannte Verständnis kommt dem oben erörterten Verständnis von gesetzlichen Verzugszinsen sehr nahe. Der hier vertretenen Ansicht nach, verdient das Verständnis von dem Fälligkeitszins als *eine spezielle Ausprägung des Bereicherungsrechts* indessen eine ernsthaftere Beachtung. Dieses Verständnis scheint auch bereits die herrschende Meinung widerzuspiegeln.

a. Bereicherungsfiktion aufgrund althergebrachter Handelsbräuche

Vordergründig liegt der genannten Ansicht eine Fiktion zugrunde, dass der Schuldner schon im Augenblick bereichert ist, in dem die geschuldete Zahlung des Schuldners bei Fälligkeit nicht erfolgt, was mit der allgemeinen Regel des Bereicherungsrechts bricht, nach welcher der Schuldner die Nutzung als Zinsen erst dann zurückgeben muss, wenn er sie tatsächlich gezogen hat, § 818 Abs. 3 BGB.[486] Der Gesetzgeber des § 353 HGB hat allerdings den Handelsbrauch von Kaufleuten berücksichtigt, dass diese Leute nach Eintritt der Fälligkeit immer stillschweigend miteinander eine Zinsvereinbarung abschließen, was auch dem mit diesem Brauch verbundenen Gedanken zugrunde liegt, dass ein „*Kaufmann nichts umsonst tut*“.[487] Die Fiktion der Bereicherung des kaufmännischen Schuldners rechtfertigt sich daher in einer typisierenden Betrachtungsweise, wie der Gesetzgeber des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB sie schon befolgte und noch immer befolgt.

b. Vermutung der Bereicherung bei Geldschuld durch Rechtsprechung

Darüber hinaus ist der BGH, wie bereits erwähnt, in neueren Entscheidungen dem Ansatz für Unterscheidung zwischen „*tatsächlich gezogenen Zinsen*“ und „*ersparten Zinsen*“ nicht mehr gefolgt und hat stattdessen eine vereinheitlichende Vermutung der Zinsbereicherung des Schuldners einer Geldschuld gestattet.[488]

c. Schadensausgleich als nicht wesensbestimmende Funktion der Fälligkeitszinsen

Da § 353 HGB eines der Tatbestandsmerkmale des Anspruchs auf Fälligkeitszins zu einem beiderseitigen Handelsgeschäft macht, scheint es denkbar zu sein, dass mit dem Gedanken, „*ein Kaufmann tut nichts umsonst*“, nach welchem eine Fiktion der Nutzungsziehung aufseiten eines kaufmännischen Schuldners erfolgt, auch eine Fiktion des Schadens seitens eines kaufmännischen Gläubigers einhergeht. Daher scheint der Anspruch auf Fälligkeitszinsen in § 353 BGB durchaus eine schadensersetzende Funktion zu erfüllen.

Dieser Sichtweise ist jedoch nicht zu folgen. Denn in Ermangelung einer ausdrücklichen rechtspolitischen Entscheidung (wie im Falle von § 288 BGB[489]) ist die Grenze zwischen dem Bereicherungsrecht und dem Schadensersatzrecht strikt beizubehalten. Tatbestandlich gesehen

---

[486] Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 353, Rn. 4.
[487] Oekter/*Pamp*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2015, § 353, Rn. 1.
[488] Vgl. BGH NJW 1998, 2354 (2355).
[489] Siehe oben II. 2. (2) b. (e).

setzt der Fälligkeitszins kein Verschulden voraus. Der Schuldner leistet also im Gegensatz zum Schadensersatz wegen Schuldnerverzuges nach §§ 280 Abs. 2, 286 BGB verschuldensunabhängig für die ihm nicht zustehende Liquidität. Dies erklärt bereits, dass sich § 353 HGB nicht an dem Schaden des Gläubigers, sondern lediglich an dem Vermögen des Schuldners orientiert. Es geht also nur um die Fiktion der Bereicherung auf Seiten des Schuldners.

Im Vergleich zur Regelung des § 288 BGB scheint § 353 HGB eine *stärkere* Ausprägung des Satzes, dass „*man Geld zu haben hat*", zu sein, da hier ein Verschuldenserfordernis entfällt. Dies ist jedoch eher als eine *funktionale* statt als eine qualitative Gemeinsamkeit zwischen § 288 BGB und § 353 HGB anzusehen. Somit entfaltet § 353 HGB auch eine Funktion des Schadensausgleichs, die lediglich untergeordnet und nicht wesensbestimmend ist. Damit kann § 353 HGB jedoch im Rahmen der Anspruchskonkurrenz mit § 288 BGB ins Spiel gebracht werden.[490]

d. Zweck des § 353 HGB zur Beschleunigung der Erfüllung des Schuldners

Ein weiteres mögliches Bedenken gegen das Verständnis von Fälligkeitszinsen als spezifischen Bereicherungsausgleich besteht darin, dass an anderen Stellen vielfach darauf hingewiesen wird, dass es für die Bestimmung der *Kaufmannseigenschaft*, die § 353 BGB als eine der Voraussetzungen für die Begründung des Fälligkeitszinsanspruchs festlegt, auf den Zeitpunkt der Entstehung der Schuld ankommt, während weder der spätere Verlust der Kaufmannseigenschaft noch der Umstand, dass eine zu verzinsende Geldschuld einem Nichtkaufmann durch eine befreiende Schuldübernahme überlassen wird, die Auswirkungen auf einen bereits in Vollzug gesetzten Verzinsungsprozess nach § 353 HGB haben.[491] Bei einem Schuldner, der später seine Eigenschaft als Kaufmann verliert, ist aber die Rechtfertigung für die Fiktion der typisierenden Zinsbereicherung seitens des Schuldners nicht mehr gegeben. Sollte das Fortlaufen der Verzinsung in einem solchen Fall gerechtfertigt werden, so ist für den Bestand und das Weiterlaufen des Anspruchs auf Fälligkeitszinsen nicht mehr die Kaufmannseigenschaft des Schuldners *per se* maßgebend, sondern lediglich die Eigenschaft des Schuldners zum *stationären* Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, was aber über die grundsätzliche Wertungsvorstellung, dass „*ein Kaufmann nichts umsonst tut*", hinausgeht. Da die Zinsen zum Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts zu entrichten sind, erlitt der Gläubiger außerdem noch *keinen Schaden im normativen Sinne*. Die Fälligkeitszinsen begründen also eine abstrakte Zahlungsverpflichtung und zwar nicht nur abgesehen davon, ob dem Gläubiger ein tatsächlicher Schaden entstanden ist, sondern auch unabhängig vom subjektiven Verschulden des Schuldners und anderen nachträglich hinzukommenden

[490] Siehe unten III. 4.

[491] Vgl. Baumbach/*Hopt*/*Leyens*, 2021, HGB § 353, Rn. 1; Röhricht/von Westphalen/Haas/*Steimle*/*Dornieden*, 2019, HGB § 353, Rn. 3; Oekter/*Pamp*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2015, § 353, Rn. 4; MüKoHGB/*Schmidt*, 2019, § 353, Rn. 4; EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 353, Rn. 8.

konkreten Umständen. Der Zweck einer solchen Abstraktion besteht somit eindeutig darin, den Schuldner zu drängen, so schnell wie möglich zu zahlen und „*den kaufmännischen Schuldner zur schnellstmöglichen Tilgung anzuhalten*“. Dies entspricht auch dem Grundverständnis des kaufmännischen Geschäfts im deutschen Recht.[492]

e. Fehlen einer „Pflichtverletzung“ als Tatbestandsvoraussetzung in § 353 HGB

Im Gegensatz zu den gesetzlichen Verzugszinsen des § 288 BGB ist § 353 BGB daher durch eine „*Verobjektivierung*“ gekennzeichnet, d.h. durch die Herausnahme der „Pflichtverletzung“ (präzisere Tatbestandmerkmale: *Verzug* und *Verschulden* des Schuldners) aus dem Tatbestand des Zinsanspruchs. Dies stellt den wesentlichen Unterschied zwischen § 288 BGB und § 353 HGB dar.

In der Praxis scheint dieser signifikante Unterschied jedoch nur hauptsächlich im Zusammenhang mit unbefristeten Schulden von Bedeutung zu sein. Bei unbefristeten Schulden muss der Gläubiger eine Mahnung abgeben, um den Schuldner der Geldschuld in Verzug zu setzen, da damit eine der wichtigsten Voraussetzungen der Ansprüche nach § 288 BGB erfüllt wird. Die Funktion der Fälligkeitszinsen als Mittel zur Schließung der sogenannten „*Verzinsungslücken*“[493] für den Zeitraum zwischen Fälligkeit und Verzug scheint ebenfalls hauptsächlich auf diesen Fall beschränkt zu sein. Dagegen wird bei den Geldschulden, bei denen der Zeitpunkt der Fälligkeit schon bestimmt ist, ein Verschulden des Schuldners von Rechts wegen vermutet, wenn die Zinsen nicht zum Zeitpunkt der Fälligkeit bezahlt werden (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Es ist auch regelmäßig nahezu unmöglich, diese Vermutung des Verschuldens zu widerlegen. Vor diesem Hintergrund wäre dem dogmatischen Unterschied zwischen § 288 BGB und § 353 HGB letztendlich nur eine irrelevante praktische Bedeutung beizumessen.

3. „Nutzungszinsen“ (§§ 641 Abs. 4, 256 BGB und § 452 BGB a.F.)

Auch im BGB gibt es gesetzliche Regelungen zur Verzinsung ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit, wie z.B. § 641 Abs. 4 und die alte, bis zum 31. Dezember 2001 geltende Fassung des § 452. Für die Entstehung des Zinsanspruchs nach diesen beiden Vorschriften über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus ist jedoch ein zusätzliches Element erforderlich. § 641 Abs. 4 BGB sieht nämlich vor, dass der Zinsanspruch unter der Voraussetzung entsteht, dass der Besteller das Werk abgenommen hat, während die alte Fassung des § 452 BGB ebenfalls voraussetzt, dass der Käufer die Kaufsache angenommen hat. Mit anderen Worten: Sowohl der Besteller als auch der Käufer müssen die Möglichkeit erhalten, die Sache zu nutzen.[494]

---

[492] Bei Kaufleuten gebe es Bedürfnisse nach schnellerer Geschäftsabwicklung. Im deutschen Recht bildet dies jedoch nicht nur eine faktische Zusammenfassung, sondern auch eine „Soll“-Entscheidung. Teilweise wird zum Beispiel vertreten, dass das Handelsgesetzbuch „*anstrebt, den Abschluss und die Durchführung von Rechtsgeschäften zu erleichtern und zu bescheunigen.*“ Vgl. *Oekter*, Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 2019, § 1, Rn. 18.

[493] Röhricht/von Westphalen/Haas/*Steimle*/*Dornieden*, 2019, HGB § 353, Rn. 1.

[494] Staudinger/*Peters*, 2019, § 641, Rn. 126.

Der Grund für einen solchen gesetzlichen Zinsanspruch liegt darin, dass der Besteller oder der Käufer in den Genuss des Wertes der Sache kommt, ohne den Kaufpreis oder den Werklohn für den Werkvertrag zu zahlen, und immer noch einen Nutzen aus letztem ziehen kann.[495] Dies erfordert daher eine Ausprägung der gesetzlichen Verzinsung, um dem Besteller oder dem Käufer den Nutzungsvorteil der Sache zu entziehen, welcher ihm nicht gebührt.[496] Der eigentliche Zeitpunkt, zu dem die gesetzlichen Zinsen anfallen, ist in der Tat der Zeitpunkt, zu dem der Käufer die Kaufsache angenommen, aber den Preis noch nicht bezahlt hat (und somit eine doppelte Nutzung von der Kaufsache und dem Kaufpreis erlangen kann), und nicht notwendigerweise der Zeitpunkt der „Fälligkeit".[497] Aus diesem Grund bezeichnen manche die gesetzlichen Zinsen in den Vorschriften aus § 641 Abs. 4 BGB und § 452 BGB a.F. als „Nutzungszinsen"[498]. In diesem Verständnis des Zinsanspruchs, das von einer „entgangenen Nutzung" ausgeht, kann auch die Verzinsung der Aufwendungen in § 256 BGB den „Nutzungszinsen" zugeordnet werden. In § 256 BGB heißt es, wenn die getätigten Aufwendungen dem Aufwendungsschuldner die Möglichkeit einer Nutzung verschaffen (Umkehrschluss aus § 256 Satz 2 BGB)[499], dann hat der Aufwendungsschuldner den aufgewendeten Betrag oder den als Ersatz des Aufwendungswertes zu zahlenden Betrag „*von dem Zeitpunkt der Aufwendung an*" zu verzinsen (§ 256 Satz 1 BGB). § 256 BGB präzisiert somit den Zeitpunkt der Verzinsung nicht mit dem Zeitpunkt der „*Fälligkeit*".

Kindler glaubte, dass die kaufmännischen Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB nicht mit den „Nutzungszinsen" aus § 452 BGB a.F. oder aus § 641 Abs. 4 BGB gleichgesetzt werden können, weil der kaufmännische Fälligkeitszins nicht auf gegenseitige Verträge (z.B. Kauf, Werk) beschränkt sei und nicht eine Verpflichtung zur Sachleistung voraussetze.[500] Diese Differenzierung ist jedoch nur eine formale. Der „Nutzungszins" hat insofern eindeutig eine gedankliche Gemeinsamkeit mit dem kaufmännischen Fälligkeitszins, als ein Nutzungsvorteil vom Zinsschuldner fingiert wird, der ihm ab einem gewissen Zeitpunkt nicht zusteht. Gleichzeitig bezwecken die beiden Arten von gesetzlichen Zinsen, diesen Nutzungsvorteil an den Zinsgläubiger umzuverteilen. Der Unterschied zwischen den beiden gesetzlichen Zinsen liegt vielmehr in der Begründung der gesetzlichen Zinsansprüche. Beim kaufmännischen Fälligkeitszins nach § 353 HGB orientiert sich die Verzinsung an dem, was der Gesetzgeber als *Handelsbrauch* ansieht. Demgegenüber steht bei dem § 641 Abs. 4 BGB und dem § 452 BGB a.F. eindeutig der Nutzungsvorteil aus einer *Sachleistung* im Vordergrund. Daher kommen den Zinsansprüchen aus § 641 Abs. 4 BGB und § 452 BGB a.F. eine eigenständige Bedeutung zu.

---

[495] Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 204; Staudinger/*Peters*, 2019, § 641, Rn. 125.
[496] Vgl. Staudinger/*Peters*, 2019, § 641, Rn. 125.
[497] M.w.N. *Semler*, Nutzungszinsanspruch gem. § 452 BGB bei Grundstückskaufverträgen, NJW 1995, 1727 f.
[498] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 120; *Semler*, NJW 1995, 1727.
[499] M.w.N. Staudinger/*Bittner*/*Kolbe*, 2019, § 256, Rn. 16; MüKoBGB/*Krüger*, 2022, § 256, Rn. 12.
[500] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 120.

Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 wurde die alte Regelung des § 452 BGB a.F. gestrichen. Der Gesetzgeber fand es nicht überzeugend, einen gesetzlichen Zinsanspruch deshalb zu begründen, weil der Käufer ohne Kaufpreiszahlung die Nutzung von der Kaufsache behalten könne.[501] Ob eine diesbezügliche Verzinsung notwendig sei, sei die Angelegenheit einer privatautonomen Vereinbarung.[502] Diese Begründung verdient weitere Überlegungen. Möglicherweise erfüllen sowohl die „Nutzungszinsen" als auch der kaufmännische Fälligkeitszins letztendlich eine gemeinsame Funktion, nämlich die ungerechtfertigte Bereicherung des Zinsschuldners abzuschöpfen. Aber der gesetzliche Zinsanspruch aus § 452 BGB a.F. könnte die Leistungspläne der Parteien beeinflussen und sich somit mit der Vorstellung eines Leistungsaustausches Zug um Zug gem. §§ 320 Abs. 1 Satz 1, 322 Abs. 1 Satz 1 BGB schwertun.[503] Mit anderen Worten: Die alte Regelung des § 452 BGB stellt sich als ein unnötiger Eingriff in die rechtsgeschäftliche Praxis dar. Systematisch betrachtet ergibt sich aus dem Umstand außerdem, dass die „Nutzungszinsen" in ihrer Entstehung eine *Sachleistung* voraussetzen. Darin wäre schon eine spezifische Wertung des Gesetzgebers zu erblicken. Angesichts des Umstandes, dass der Zeitpunkt der Entstehung des Nutzungszinses aus § 452 BGB a.F. eigentlich der Zeitpunkt sein soll, in dem der Käufer in den Genuss einer doppelten Nutzung (von dem Kaufpreis und von der Kaufsache) kommt, der nicht einmal zwangsläufig mit der Fälligkeit gleichzusetzen ist[504], gewinnt dieser Nutzungzins auch an Schärfe.[505]

Es stellt sich ja die Frage, warum § 452 BGB a.F. gestrichen wurde, während aber § 641 Abs. 4 BGB oder gar § 256 BGB mit fast identischer Wertung erhalten bleibt? Dies scheint die Entscheidung, allein den § 452 BGB a.F. zu streichen, in Frage zu stellen. Die Situation der „doppelten Nutzung" ist nicht auf die Fälle des Kaufs, des Werks und der Aufwendung beschränkt, sondern sie können auch beispielsweise bei einem Mietvertrag auftreten. Aber der Gesetzgeber hat die Nutzungszinsen ausdrücklich nur für diese drei Fälle (Kauf, Werk, Aufwendung) vorgesehen. Zudem sind die Regelungen der Nutzungszinsen (§§ 641 Abs. 4, 256 BGB und § 452 BGB a.F.) dispositiv.[506] Dem wäre zu entnehmen, dass der Gedanke des Ausschlusses einer „doppelten Nutzung" nicht überall zwingend ist. Dass der Gesetzgeber in verschiedenen Fällen Nutzungszinsen vorgesehen oder nicht vorgesehen hat, könnte daher eine nuancierte Berücksichtigung verschiedener Interessenlagen widerspiegeln.

4. Beziehung zwischen gesetzlichen Verzugszinsen, Fälligkeitszinsen, Nutzungszinsen und dem Bereicherungsausgleich in Bezug auf die Rechtsanwendung

Im Einzelfall würde somit eine funktionale Überschneidung zwischen den gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB, den Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB und den

[501] Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 204.
[502] Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 204.
[503] Vgl. *Becker*, Kaufpreisverzinsung während Nutzung der Kaufsache gem. § 452 BGB, NJW 1996, 645.
[504] *Semler*, NJW 1995, 1727 f.
[505] *Becker*, NJW 1996, 645.
[506] Vgl. Staudinger/*Peters*, 2019, § 641, Rn. 129; Soergel/*Huber*, 1986, § 452 a.F., Rn. 11.

Nutzungszinsen nach §§ 641 Abs. 4, 256 BGB und § 452 BGB a.F. am wahrscheinlichsten möglich sein. Das heißt, dass im Falle einer Entschädigungszahlung des Schuldners an den Gläubiger, soweit diese Zahlung dem Schadensausgleich des Gläubigers dient, diese gleichzeitig auch die Funktion der Abschöpfung der Gewinnziehung des Schuldners ganz oder teilweise erfüllen kann. Da es sich hier um einen einmaligen Geldbetrag handelt, der innerhalb desselben Zeitraums nur einmal verwendet werden kann, kann eine solche Konstellation nicht denkbar sein, dass der Schuldner eine Ausgleichszahlung an den Gläubiger für das vorenthaltene verzinsliche Geld leistet und somit den Gläubiger schadlos hält, der Schuldner aber in keiner Weise davon betroffen ist und weiterhin einen rechtsgrundlosen Zinsgewinn von demselben verzinslichen Geld für denselben Zeitraum ziehen kann. So stehen gesetzliche Verzugszinsen, Fälligkeitszinsen, Nutzungszinsen und zinsförmige Bereicherungsansprüche in einem *alternativen* Verhältnis.[507] Da sich aber jeder dieser Ansprüche jeweils auf eine eigene Anspruchsgrundlage stützt, besteht zwischen ihnen eine echte Konkurrenz.[508]

5. Zwischenergebnis

Bei den gesetzlichen Fälligkeitszinsen des § 353 BGB handelt es sich um eine gesetzliche Ausprägung des Bereicherungsrechts, die den kaufmännischen Schuldner zur rechtzeitigen Leistung anhalten soll und daher eine abstrakte Ausgleichhaftung darstellt, die sich in ihren Grundzügen von den gesetzlichen Verzugszinsen des § 288 BGB unterscheidet. Dieser Unterschied ist jedoch nicht zwangsläufig auch von großer praktischer Bedeutung. Daneben stehen auch funktionelle Überschneidungen zwischen beiden Zinsinstituten. Von der Sicht *de lege ferenda* aus kommt man daher schließlich zu der eingangs erhobenen Frage, ob man den Unterschied zwischen § 288 BGB und § 353 HGB beibehalten sollte oder ob eine Vereinheitlichung zwischen diesen beiden anzustreben ist.

IV. Vereinheitlichung zu einem einheitlichen Fälligkeitszins?

Die Parallele zwischen § 288 BGB und § 353 HGB besteht seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Trotz der nachfolgenden Gesetzesänderungen wurde diese Parallele zwischen Zivil- und Handelsrecht hinsichtlich des Zinsrechts beibehalten. Vor dem Schuldrechtsmodernisierungsrecht vom Jahr 2001 gab es jedoch schon Vorschläge, die Verzugszinsen im Zivilrecht mit den Fälligkeitszinsen im Handelsrecht zu vereinheitlichen. *Kindler* plädierte beispielsweise für eine Vereinheitlichung dieser beiden Institute in Bezug auf den Tatbestand zu einem einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszins.[509] Im *Entwurf der Schuldrechtskommission 1992* (§ 288 Abs. 1) hielt die Kommission jedoch noch am Differenzierungsgedanken fest (bezüglich des Betrages und der Zulässigkeit des

[507] Vgl. Koller/Kinlder/Roth/Drüen/*Roth*, 2019, HGB § 353, Rn. 4; *Becker*, NJW 1996, 645, 646; Soergel/*Huber*, 1986, § 452 a.F., Rn. 1.
[508] EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 353, Rn. 29.
[509] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 189.

Gegennachweises des Schadens). Die Begründung war, dass die Unterscheidung zwischen privaten Darlehensgebern und gewerblich oder beruflich tätigenden Darlehensgebern treffend sei, da der Schaden des ersteren typischerweise im *Entgang einer privaten Kapitalnutzung* liege, während der Schaden des letzteren normalerweise in den *Refinanzierungskosten am Kapitalmarkt* liege.[510] Aus dem nachfolgenden gesetzgeberischen Ergebnis geht auch hervor, dass der Vorschlag, eine Vereinheitlichung der gesetzlichen Zinssätze bezüglich der Verzögerungshaftung im Zivil- und Handelsrecht zu fördern, nicht vom Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsrechts aufgegriffen wurde.

Dennoch bleibt der Versuch, die gesetzlichen Verzugszinsen mit den Fälligkeitszinsen zu harmonisieren, beachtenswert. Auf der Ebene des materiellen Rechts stößt dieser Harmonisierungsversuch aber noch auf eine Reihe von Hindernissen, wie etwa die externen Auswirkungen des europarechtlichen Differenzierungsgedankens auf das deutsche Recht, die praktischen Probleme aus dem internationalen Privatrecht sowie die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit des wichtigsten Tatbestandsmerkmals des Zinsanspruchs, das durch die Harmonisierung beseitigt werden soll – die Mahnungserfordernis beim gesetzlichen Verzugszinsanspruchs. Diese Hindernisse machen ein Konzept des einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses zunichte. Im Folgenden werden somit zuerst diese drei Haupthindernisse erörtert, bevor noch weitere Argumente gegen die Schaffung eines einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses dargelegt werden. Zuletzt wird eine abschließende Stellungnahme abgegeben.

1. Die differenzierte Behandlung durch das Europarecht

Zunächst einmal ging die durch den internen Antrieb des deutschen Rechts angestoßene Reform der gesetzlichen Verzugszinsregelung, wie bereits erwähnt, in eine einheitliche Richtung. Dies bestätigten sowohl die ursprünglichen Vorschläge der Schuldrechtskommission als auch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000. Unter dem Einfluss und der Verbindungswirkung des Europarechts kehrten die gesetzlichen Verzugszinsreformen des deutschen Rechts indessen in den Jahren 2002 und 2011 wieder zu einem zivil- und handelsrechtlichen Trennungsmuster zurück und verstärkten zudem den differenzierten Gedanken in der gesetzlichen Verzugszinsregel des § 288 BGB weiter. Der äußerst hohe gesetzliche Verzugszinssatz für die Entgeltschuld mit Beteiligung von Nicht-Verbrauchern in § 288 Abs. 2 BGB beinhaltet aus rechtspolitischer Sicht eine weitere Bestätigung des Erfahrungssatzes, dass *Geld in den Händen eines Kaufmanns wirtschaftlich mehr bedeutet*. Wenn man von einem einheitlichen Fälligkeitszins spricht – oder wenn es nur darum geht, § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zu einem einzigen Verzugszinssatz zu integrieren, d.h. den betragsmäßigen Unterschied zwischen ihnen aufzuheben[511] –, dann wäre es unvermeidlich, zuallererst die gedankliche Prägung von

[510] Vgl. *Medicus*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, 2384, 2386.

[511] Zu der Kritik von Canaris, die unterschiedlichen gesetzlichen Zinssätze in § 288 Abs. 1 und 2 BGB veranlassen

europäischem Recht zu überwinden. Dies scheint aber nicht leicht zu funktionieren. Denn dies ist nicht nur eine politische Frage, sondern, wie bereits gesagt, muss man sich zunächst einmal in einem weiteren Umfang vergewissern, ob der Erfahrungssatz, dass Geld in den Händen eines Kaufmanns eine größere wirtschaftliche Bedeutung hat, in ganz Europa obsolet geworden ist.

2. Das Problem im internationalen Privatrecht

Die Einführung einer einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinsregelung kann auf der Ebene des internationalen Privatrechts auch für Probleme sorgen. Art. 78 des *Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (UN-Kaufrecht/CISG) sieht vor: „*Versäumt eine Partei, den Kaufpreis oder einen anderen fälligen Betrag zu zahlen, so hat die andere Partei für diese Beträge Anspruch auf Zinsen, unbeschadet eines Schadenersatzanspruchs nach Artikel 74*." Art. 84 Absatz 1 lautet: „*Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, so hat er außerdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zu zahlen*." Der durch diese beiden Bestimmungen begründete Zinsanspruch gilt nur für den Fall der Versäumnis der Leistung bei Fälligkeit; da außerdem kein bestimmter Zinssatz vorgeschrieben wird, ist die Höhe des Zinssatzes gemäß Art. 7 Abs. 2 des UN-Kaufrechts durch das entsprechende nationale Recht zu bestimmen.[512] Angesichts dessen, dass die Art. 78 und 84 Abs. 2 des UN-Kaufrechts die Zinsansprüche nicht an „*Pflichtverletzungen*" anknüpfen, sind diesen zwei Artikeln der Charakter eines Bereicherungsausgleich zuzurechnen[513], so dass sie in Deutschland nicht auf die hohen gesetzlichen Verzugszinssätze des § 288 BGB verweisen, sondern auf die niedrigeren in § 246 BGB (4 % p.a.) oder § 352 BGB (5 % p.a.).[514]

Wenn jedoch ein nur an die Nichtleistung bei Fälligkeit anknüpfender, von der Mahnung und dem Verschulden des Schuldners losgelöster gesetzlicher Fälligkeitszins eingeführt wird, könnte ein derartiger Fälligkeitszins, der keine „*Pflichtverletzung*" voraussetzt, bei der Bestimmung des spezifischen Werts der Zinssätze in Art. 78 und 84 Absatz 1 des UN-Kaufrechts maßgeblich oder zumindest in Betracht gezogen worden sein.[515] Dies erfüllt sicherlich eine sehr starke präventive Funktion, zumal der Schuldner z.B. nicht mehr in der Lage sein wird, den Eingang der Mahnung zu bestreiten, so dass die Möglichkeit, den Anspruch auf gesetzliche Verzugszinsen faktisch zu vereiteln, deutlich verringert wird.[516]

„eine Erhöhung des Prozessrisikos", vgl. *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 69 f, 72. Zu denjenigen, die die Divergenz in Bezug auf die Zinssätze nach der Reform bedauern, siehe EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 4.

[512] *UNCITRAL*, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, S. 364 f, 399.

[513] Vgl. *Reinhart*, Fälligkeitszinsen und UN-Kaufrecht, IPRax 1991, 376, 378; EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 32. Siehe auch *UNCITRAL*, Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition, S. 400.

[514] Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 32.

[515] Der von *Kindler* befürwortete einheitliche Fälligkeitszins scheint das UN-Kaufrecht und die Rechtsharmonisierung auf internationaler Ebene als eine wichtige Grundlage zu haben. Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 114 ff.

[516] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 117 f.

Dabei wird aber nur die inlandsrechtliche Rolle der gesetzlichen Verzugszinsregelung zur Förderung der nationalen „*Zahlungsmoral*“ herangezogen, ohne dass die weitere Rolle der Verzugszinsregelung im internationalen Handel berücksichtigt wird. Wenn viele wichtige Volkswirtschaften auf der ganzen Welt die gesetzliche Verzugszinsregelung weiterhin an eine (die Mahnung oder das Verschulden voraussetzende) „*Pflichtverletzung*“ oder „*Vertragsverletzung*“ knüpfen, so dass Art. 78 und Art. 84 Abs. 1 des UN-Kaufrechts ins nationale Recht jeweils nur einen niedrigeren gesetzlichen Zinssatz einführen können, könnte die Einführung eines strengeren Sanktionssystems für den Zahlungsverzug (nämlich der einheitliche Fälligkeitszins) im deutschen Recht eine beachtliche Anzahl von Unternehmen zu einer Flucht[517] aus dem deutschen Recht zwingen. Daher wäre es eher ratsam, bei der Überlegung für eine Einführung eines einheitlichen Fälligkeitszinsanspruchs nicht ausschließlich auf internationale Übereinkommen abzustellen, die oft nur Modelle oder mögliche Alternativen bieten und sich in ihrer tatsächlichen Umsetzung von einem Land zum anderen nicht unerheblich unterscheiden, sondern einen gewissen Abgleich mit der aktuellen oder zukünftigen Rechtslage in anderen Ländern der Welt vorzunehmen. Mit anderen Worten: Neben der Aufgabe, die inländische oder interregionale Zahlungsmoral zu verbessern, müsste die gesetzliche Verzugszinsregelung gleichzeitig einen Wettbewerbsvorteil im einheimischen Geschäftsverkehr mit ausländischen Volkswirtschaften gewährleisten oder zumindest beibehalten. Letzteres wurde aber bei Förderung eines Konzepts eines einheitlichen Fälligkeitszinses immer außer Acht gelassen.

3. Die Sinnhaftigkeit der Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB als Voraussetzung des Verzugszinsanspruchs

Der Gedanke des einheitlichen Fälligkeitszinses greift drastisch in den zentralen Tatbestand der gesetzlichen Verzugszinsansprüche ein, indem Verschulden des Schuldners und Mahnung als Erfordernis des Zinsanspruchs beseitigt werden.[518] Im Folgenden soll daher näher auf die Frage eingegangen werden, ob es sinnvoll ist, die Mahnung als Erfordernis des gesetzlichen Verzugszinsanspruchs gänzlich abzuschaffen. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Argumentation für oder gegen den Wegfall des Mahnungserfordernisses nicht nur im Zinsrecht, sondern auch in der umfangreichen Diskussion über das allgemeine Leistungsstörungsrecht findet. Daher kommt der Frage, wie das Schicksal des Mahnungserfordernisses zu bestimmen ist, sogar ein *Verallgemeinerungspotenzial* zu.

(1) Die Bedeutung der Mahnung: Eine rechtsvergleichende Überschau

Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive weisen die Ausgestaltungen der Haftungssysteme für den Leistungsverzug ein vielfältiges Bild auf. So wird in den

[517] Vor der Schuldrechtsreform wurde auf einen gewissen Opportunismus deutscher Unternehmen hingewiesen: Obwohl nach damaligem deutschem Recht Verzugszinsen nur in Höhe von 5 % p.a. in § 352 HGB anfallen durften, während die einschlägigen Vorschriften im europäischen Ausland deutlich vom deutschen Recht abwichen und immer einen höheren gesetzlichen Zinssatz vorsahen, konnten deutsche Unternehmen immer eine Anwendung des deutschen Rechts erreichen. Vgl. *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 301.

[518] Vgl. *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996, S. 177.

kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen, in denen die Traditionen des römischen Rechts ihren Niederschlag gefunden haben, für den Tatbestand der Schadenshaftung für Leistungsverzug in der Regel im objektiven Tatbestand verlangt, dass der Schuldner bei Fälligkeit nicht leistet, ergänzend um die subjektive Komponente, dass der Gläubiger den Schuldner nach Fälligkeit zur Leistung mahnt und die Leistung dennoch nicht erfolgt und zuletzt, dass dem Schuldner ein Verschulden an der Nichtleistung anzulasten ist („*Vertretenmüssen*“, wie beispielsweise in § 286 Abs. 1, Abs. 4 BGB geregelt). Das angelsächsische Recht (z.B. das englische[519]) und einige internationale Übereinkommen (z.B. UN-Kaufrecht [520], PICC [521]) bildeten ursprünglich Ausnahmen von der Tradition des römischen Rechts bei der Ausgestaltung des Schadensersatzsystems wegen Vertragsverletzung und unterteilten die Nichterfüllung einer Schuld nicht wie in Deutschland in eine Reihe von Alternativen wie „*Leistungsunmöglichkeit*“, „*Schuldnerverzug*“, „*Schlechtleistung*“ usw., [522] sondern stellten lediglich auf einen „*breach of contract*“ (*Vertragsbruch*) als einheitlichen und einzigen Tatbestand des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung einer Vertragsschuld ab. Daher wird der Leistungsverzug bei diesem dem deutschen Recht gegenüberstehenden Nichterfüllungssystem nur als „Vertragsbruch in der zeitlichen Dimension“ gewertet[523], und die bloße Nichterfüllung durch den Schuldner bei Fälligkeit stellt schon einen Auslöser der materiell-rechtlichen Rechtsfolgen wie dem „Verzug“ im deutschen Recht dar, womit der Schuldner die Verzugsschadenshaftung tragen muss, unabhängig davon, ob der Gläubiger den Schuldner mahnt und der Schuldner die Nichtleistung zu vertreten hat.

In den letzten Jahren hat das Europarecht jedoch begonnen, sich dem angelsächsischen

---

[519] Das englische *Court of Appeal* wies darauf hin, dass zwischen einem „offenen Vertrag“ („*open contract*“), bei dem kein Erfüllungsdatum festgelegt ist, und einem Vertrag, bei dem dieses Datum festgelegt ist, unterschieden werden sollte. Die gesetzliche Regel für einen „offenen Vertrag“ lautet grundsätzlich, dass die Leistung innerhalb einer angemessenen Frist ab dem Datum des Vertragsschlusses („*within a reasonable time from the date of the contract*“) zu erbringen ist; wird die Leistung nicht innerhalb dieser Frist erbracht und stellt dies eine unangemessene Verzögerung („*an unreasonable delay*“) dar, so bildet dies einen „Vertragsbruch“ („*breach of contract*“). Das Auftreten dieses „Vertragsbruchs“ bedeutet aber nicht, dass der Vertrag automatisch aufgelöst wird, sondern nur, dass ab diesem Zeitpunkt Schadensersatz geltend gemacht werden kann. Nach einem solchen Bruch kann der Gläubiger dem verzögernden Schuldner eine „Fristsetzung“ („*notice making time of the essence*“) auferlegen, und wenn der Schuldner trotz Ablauf der Nachfrist nicht leistet, vom Vertrag zurücktreten. Siehe Behzadi v. Shaftesbury Hotels Ltd (1991) 62 P. & C.R. 163.

[520] Siehe Art. 45 (1) (b); 61 (1) (b); 78 CISG.

[521] Siehe Art. 7.4.1; 7.4.9 PICC.

[522] Dieses gesetzgeberische Merkmal war bereits im alten deutschen Schuldrecht deutlich hervorgetreten. Nach der Schuldrechtsreform zum Jahr 2002 scheint das deutsche Leistungsstörungsrecht aber die Tatbestände des Schadensersatzes aus Leistungsstörung mit einer einzigen, „Pflichtverletzung“ vereinheitlicht zu haben. Einige weisen jedoch darauf hin, dass im derzeigen System des Schadensersatzes wegen Leistungsstörung immer noch ein deutlicher Unterschied zwischen dem Tatbestand des Verzugsschadens und dem des allgemeinen „Schadensersatzes wegen Pflichtverletzung“ besteht, da ersterer das Mahnungserfordernis umfasst und diese beiden Fällen bilden somit „parallele“ Normengruppen. Vgl. *Grundmann*, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, AcP 204 (2004), 569, 591.

[523] *Bucher*, Verzugsauslösende Mahnung: Warum Voraussetzung der Fälligkeit?, FS Schütze 1999, 163.

Recht anzunähern. Weder die *Principles of European Contract Law* (PECL)[524] noch der *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)[525] schreiben die Mahnung als Erfordernis für einen Anspruch auf Verzugsschäden vor. Mit der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 hat Deutschland auch eine Reihe von Fallgruppen von Leistungsverzug, die nicht die Mahnungserfordernis verlangten und zuvor nur in der Rechtsprechung existierten, formell kodifiziert, damit das Mahnungserfordernis in § 286 BGB aufgeweicht wird.[526] Andererseits ist bemerkenswert, dass die deutsche Rechtswissenschaft zwar offen für die Idee ist, auf das Mahnungserfordernis zu verzichten, aber zugleich auch aus einem konservativen Blickwinkel darauf hingewiesen hat, dass es erstaunlich wäre, die Mahnung als ererbte Errungenschaft des römischen Rechts ohne nähere Auseinandersetzung aus dem System des Verzugsschadensersatzes zu entfernen.[527] Daraus ergibt sich, dass trotz der erheblichen Herausforderungen, denen das Mahnungserfordernis gegenübersteht, seine vollständige Abschaffung in Anbetracht seiner Rolle, die es in bestimmten Fällen des Schuldnerverzugs spielt, unangemessen wäre.

Im folgenden Teil dieser Arbeit werden die Angemessenheit und Notwendigkeit des Mahnungserfordernisses im allgemeinen Sinne erörtert. Methodisch dürfte es ein guter Ausgangspunkt sein, in erster Linie die Fälle zu untersuchen, in denen das Mahnungserfordernis „überleben" kann. Zuvor müssen aber selbstverständlich die Grundzüge des Mahnungserfordernisses aufgeklärt werden.

(2) Die Grundzüge der Mahnung

Eine Mahnung ist eine Leistungsaufforderung an den Schuldner[528] und eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, bei der der Gläubiger dem Schuldner die Folgen eines Schuldnerverzugs nicht anzuführen braucht.[529] Die Mahnung muss bestimmt und eindeutig sein.[530] Eine höfliche Leistungsaufforderung stellt keine Mahnung dar.[531] Die Mahnung muss „*zumindest ansatzweise drohenden Charakter*" haben[532], so dass der Gläubiger zwar nicht verpflichtet ist, in der Mahnung darauf hinzuweisen, dass der Schuldner bei Ausbleiben der Zahlung mit Konsequenzen rechnen muss, der Schuldner dies aber aus der Mahnungserklärung des Gläubigers erfassen können sollte.[533] Die Mahnung muss nach der Fälligkeit erfolgen, eine vor der Fälligkeit ausgesprochene Mahnung tritt nach der Fälligkeit daher auch nicht mehr in Kraft.[534] Sind auch die anderen Voraussetzungen gegeben, tritt die

[524] Siehe Art. 8: 101; 9: 501; 9: 508 PECL.
[525] Siehe Art. III. 3: 101; III. 3: 708 DCFR.
[526] HKK/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292, Rn. 51 f, 68 f.
[527] HKK/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292, Rn. 69.
[528] *Brox*/*Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., München 2009, § 23, Rn. 10; *Fikentscher*/*Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, § 44, Rn. 465.
[529] Erman/*Hager*, § 286, Rn. 30; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 28.
[530] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 29.
[531] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 29.
[532] *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010, § 8, Rn. 193.
[533] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 28.
[534] Jauernig/*Stadler*, § 286, Rn. 20; Erman/*Hager*, § 286, Rn. 34; BGH NJW 1988, 1137 (1138); BGH NJW 1992,

Wirkung des Verzugs und anschließend die Verzugsschadenshaftung ein, sobald die Mahnung beim Schuldner eingeht.[535] Es liegt daher nahe, dass die Mahnung und zwar nicht die bloß objektive Tatsache des Ausbleibens der Zahlung bei Fälligkeit („*Leistungszögerung*“[536] vor der Mahnung), den Zeitpunkt bestimmt, zu dem die materiell-rechtliche Haftung des Schuldners für den Verzugsschadensersatz eintritt.[537]

§ 286 Abs. 1 BGB schreibt vor, dass der Gläubiger, um einen Schuldner auf Verzugsschadensersatz in Anspruch nehmen zu können, den Schuldner bei Fälligkeit grundsätzlich mahnen muss. § 286 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGB sieht jedoch demgegenüber vier Ausnahmen vor, bei denen ein bei Fälligkeit nicht leistender Schuldner schon ohne Mahnung für den Verzug haftet. Aus diesen Ausnahmen ergibt sich schon, dass sich der praktisch wichtigste Anwendungsbereich des Mahnungserfordernisses vor allem auf die unbefristeten Schulden begrenzt.[538]

Nach § 271 Abs. 1 BGB ist eine unbefristete Schuld automatisch fällig gestellt und der konkrete Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit bestimmt sich durch Gericht von Amts wegen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, der Verkehrssitte und den besonderen Umständen des Einzelfalls.[539] Diese Regel für die Leistungszeit im deutschen Recht steht fast im Einklang mit dem angelsächsischen Recht und einigen internationalen Übereinkommen. Nur die letzteren enden hier schon und sie halten keine zusätzliche Mahnung für erforderlich, um den bei Fälligkeit ausbleibenden Schuldner direkt haftbar zu machen. Im deutschen Recht stellt die bloße Nichtleistung bei Fälligkeit (die so genannte „*Leistungsverzögerung*“) zwar wortlautgemäß eine „*Pflichtverletzung*“ im Sinne des § 280 Abs. 2 BGB dar, aber für die Begründung der Ansprüche auf Verzugsschäden reicht die bloße „*Verzögerung*“, nämlich das einfache Ausbleiben der Leistung bei Fälligkeit, nicht aus; es muss vielmehr gemäß § 280 Abs. 2 BGB ein „*Verzug*“ mit besonderem Gepräge vorliegen, der wiederum das Vorliegen einer Mahnung nach § 286 BGB voraussetzt.[540]

Warum verlangt das deutsche Recht zusätzlich, dass der Gläubiger bei unbefristeten Forderungen erst nach einer Mahnung einen Verzugsschaden geltend machen kann? Der dahinterstehende Normzweck und seine Angemessenheit müssen im Detail untersucht werden. Gibt es darüber hinaus noch andere Anwendungsbereiche für eine Mahnung als für die unbefristeten Schulden? Ist das Vorliegen des Mahnungserfordernisses in diesen Fällen auch

---

1956.

[535] H.M. vgl. MüKoBGB/*Ernst*, § 286, Rn. 92a. Dagegen lautet eine Mindermeinung, dass eine Mahnung ab dem nächstmöglichen Zeitpunkt, zu dem die Leistung erbracht werden kann, in Kraft treten sollte. Vgl. *Gröhner*, Verzugsbeginn mit dem Zugang der Mahnung, NJW 1980, 570; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 60.

[536] Vgl. *Pohlmann*, Von Verzug zur verspäteten Leistung, in: *Dauner-Lieb*/*Konzen-Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 274.

[537] HKK/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292, Rn. 50-52.

[538] *Canaris*, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungsrecht, ZIP 2003, 321, 322.

[539] Jauernig/*Stadler*, § 271, Rn. 14; MüKoBGB/*Krüger*, § 271, Rn. 32, 34.

[540] Vgl. *Pohlmann*, Von Verzug zur verspäteten Leistung, in: *Dauner-Lieb*/*Konzen-Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 274.

gerechtfertigt?

(3) Die Darstellungen für Normzweck der Mahnung

a. „Warnung“?

Erstens könnte die Mahnung bei unbefristeten Schulden einen Warnzweck haben, da die Nichtleistung des Schuldners nach der Mahnung seine Rechtsposition verschlechtert, indem eine Schadensersatzpflicht begründet wird.[541] Die Mahnung sollte den Schuldner also daran erinnern, so schnell wie möglich zu zahlen, da ihm andernfalls die Rechtsfolgen des Verzugs drohen.[542] Um dieses Ziel zu erreichen, wäre es jedoch nicht notwendig, die Mahnung als ein Tatbestandmerkmal dergestalt auszugestalten, dass, solange der Gläubiger nicht mahnt, der Schuldner frei von einer Haftung bleibt. Denn in der Praxis ist eine Fallkonstellation durchaus denkbar, in der der Schuldner, sobald seit der Entstehung der Schuld ein erheblicher Zeitraum verstrichen ist und der Schuldner dennoch nicht leistet, aus der Sicht eines verständigen Menschen bereits in eine verwerfliche Lage gerät[543], ohne dass er überhaupt zur Leistung aufgefordert werden muss. Der Schuldner sollte deshalb für den Verzugsschaden haften. Hiermit wäre es auch formalistisch, an dieser Stelle eine Mahnungserklärung an den Schuldner abzugeben. Deswegen sollte für den Beleg der Angemessenheit des Mahnungserfordernisses an anderen Stellen gesucht werden.

b. Ein typisierendes Verständnis von unbefristeten Schulden?

(a) Bedeutung

Ein weiterer Versuch, die Rechtfertigung des Mahnungserfordernisses im Zusammenhang mit einer unbefristeten Schuld zu verstehen, besteht darin, dass die bloße Tatsache, dass der Schuldner mit einer Schuld belastet ist, an sich nicht ausreicht, um den Schuldner zur Leistung zu motivieren, sondern, dass dazu eine Mahnung als letzter Anstoß erforderlich ist.[544] Mit anderen Worten, im Falle einer unbefristeten Schuld bedeutet „Fälligkeit“ einfach nur „*Leistungsbereitschaft*“[545], und der Eingang einer Mahnung bedeutet, dass der Schuldner die Zahlung in Gang setzen sollte.[546]

Bei der kalendermäßigen Bestimmung der Fälligkeit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB greift jedoch die Regel „*dies interpellat pro homine*“ ein und der „Fälligkeit“ kommt nicht nur die Bedeutung der „*Leistungsbereitschaft*“ zu, sondern es soll auch ausgedrückt werden, dass der

---

[541] *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, § 16, Rn. 15.

[542] *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010, § 8, Rn. 193.

[543] Eine mögliche andere Ansicht vgl. *Grigoleit*/*Riehm*, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 203 (2003), 727, 745.

[544] HKK/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292, Rn. 69.

[545] Im Zusammenhang der Fristsetzung nach §§ 281 I, 323 I BGB wird auch in gleichem Sinne angeführt, dass vor Fristsetzung die geschuldete Leistung schon abgeschlossen und somit bereit zur Erbringung sein muss. Siehe *Koch*, Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein? - Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis?, NJW 2010, 1636, 1637; *Dubovitskaya*, Fristsetzung im Schuldrecht: Neue Obligenheit für den säumigen Schuldner?, JZ 2012, 328, 330.

[546] Vgl. *Gröhner*, NJW 1980, 570.

Schuldner die Zahlung sofort vollziehen soll. Warum wird die materielle Bedeutung von „Fälligkeit“ in diesen beiden Fällen sehr unterschiedlich gehandhabt? Der Grund dafür könnte sein, dass der Gesetzgeber unterschiedliche Vorstellungen von verschiedenen Transaktionskonstellationen stereotypisiert hat. Nach einer Meinung ist es bei Fehlen einer Leistungsfrist möglich, dass eine oder beide Parteien das Interesse an der Leistung verloren haben und sie übereinstimmend und stillschweigend der Vergessenheit überlassen wollen.[547] Das heißt, dass der Schuldner in diesem Falle als nicht verpflichtet betrachtet wird, die Leistung aktiv zu erbringen, sondern hingegen passiv abwarten kann, bis ihn der Gläubiger mahnt. Auch wird teilweise argumentiert, dass der Schuldner in diesem Falle schutzbedürftig sei[548]: Da der Schuldner hier möglicherweise nicht wisse, dass die Leistungsfrist schon verstrichen sei, müsse der Gläubiger daher dem Schuldner Kulanz zeigen; außerdem seien die relevanten Interessen des Gläubigers auf jeden Fall weniger gewichtig als das Schutzbedürfnis des Schuldners; der Verzugsschaden sei in der Regel gering und kalkulierbar; in der Praxis sei es sogar üblich, keinen Verzugsschaden durch den Gläubiger geltend zu machen; daher sei es auch zu erwarten, dass der Gläubiger den geringfügigen Schaden, der nach der Fälligkeit und vor der Mahnung entstehe, zu tragen habe, und die Funktion der Mahnung bestehe somit darin, diese schutzwürdige Position des Schuldners zu beseitigen.[549]

Auch der BGH bestätigt dieses Verständnis. Wenn ein Gläubiger dem Schuldner erstmals eine Rechnung mit einer Zahlungsfrist vorlegt, wird diese „*erstmalige Rechnung*“ im Rahmen eines Handels in der Regel nicht als Mahnung, sondern als Angebot einer *Stundungsvereinbarung* oder als eine Vereinbarung zum Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte (*pactum de non petendo*) verstanden, es sei denn, die Rechnung ist mit einem Hinweis auf die Verzugsfolgen verbunden. Da die derart konzipierte „erstmalige Rechnung“ zu Gunsten des Schuldners erfolgt, wird sie nach der Regel der *Willensbetätigung* des § 151 BGB als Annahme angesehen, auch wenn der Schuldner zu der erstmaligen Rechnung schweigt.[550] Davon ausgehend stellt die erstmalige Rechnung nicht nur keine Mahnung dar, sondern sie führt auch zu einer weiteren Aufschiebung der Zahlungsfrist.

Das vorstehende Verständnis wird auch durch die Gesetzgebung bestätigt. So wird in Deutschland trotz der kodifizierten Trennung von Zivil- und Handelsrecht bei der Bestimmung der Zahlungsfrist und der allgemeinen Tatbestandsmäßigkeit der Verzugsschadenshaftung nicht zwischen Rechtsgeschäften von Nichtkaufleuten und Handelsgeschäften von Kaufleuten unterschieden, nur mit wenigen Ausnahmen, eine davon ist die Regelung des Fälligkeitszinses in § 353 HGB, die vorsieht, dass, wenn der Schuldner einer Geldschuld ein Kaufmann ist, dieser schon ab Fälligkeit die gesetzlichen Zinsen zu

---

[547] *Bucher*, FS Schütze 1999, 163, 164.
[548] *Grigoleit*/*Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 744.
[549] Vgl. *Grigoleit*/*Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 745; *Ebke*, Die Mahnung, Lemgo 1913, S. 3; *Bensberg*, Die Mahnung, Bonn 1905, S. 15 f.
[550] BGH NJW 2008, 50 (52).

zahlen hat (Zinssatz bestimmt sich nach § 352 HGB: 5 % p.a.).[551] Liegt keine andere Vereinbarung vor und ist keine Geldschuld im Spiel, kann der kaufmännische Schuldner also auch passiv abwarten, bis ihn der Gläubiger mahnt.

(b) Bemerkungen

Es liegt nahe, dass die hier erörterten Ausführungen in der Tat zunächst die unbefristeten Schulden als eine Art von Schulden stereotypisieren, die durch den Schuldner negativ erfüllt werden können, und dann die Mahnung dementsprechend als eine treibende Kraft zur Schulderfüllung ansehen. Dieser Schluss mag auch den Überlegungen des deutschen Gesetzgebers bei Schaffung des Mahnungserfordernisses entsprechen, da dies in der deutschen Rechtsprechung und den Gesetzvorschriften bestätigt wird und zur Herleitung zahlreicher Regelungen geführt hat, die faktisch einen Zahlungsaufschub zulassen könnten.

Dieses Verständnis liegt aber nicht unbedingt im Interesse des Gläubigers und hat in der Vergangenheit auch sozioökonomische Folgen mit sich gebracht. Vor der Schuldrechtsreform 2002 kam es sowohl in Deutschland als auch in Europa[552] zu sehr schwerwiegenden langfristigen Zahlungsausfällen (Verschlechterung der so genannten „*Zahlungsmoral*"), die dazu führten, dass zahlreiche kleine und mittlere Unternehmen in Liquiditätsrisiken gerieten und so viele Arbeitsplätze verloren gingen, dass der deutsche und europäische Gesetzgeber gedrängt wurde, zu versuchen, diesen Missstand durch gesetzgeberische Maßnahmen zu überwinden.[553] Eine der Hauptursachen für diesen Missstand könnte auf das Mahnungserfordernis zurückzuführen sein, das den Schuldnern der unbefristeten Schulden ermöglicht, die Leistungserbringung abzutun und passiv auf den Eingang der Mahnung durch den Gläubiger zu warten, da eine der wichtigsten Rechtsreformen, die der europäische und deutsche Gesetzgeber als entsprechende Lösung durchgesetzt hat, besagt, dass ein Verzugsfall bei den Entgeltsschulden nicht durch eine Mahnung, sondern durch den Eingang der Rechnung (d. h. die „*erstmalige Rechnung*", deren Vorlage jedoch weiterhin grundsätzlich nicht als Mahnung gilt) und dem anschließenden Ablauf des in der Rechnung ausgegebenen Datums automatisch begründet wird.[554]

---

[551] *Huber*, Leistungsstörungen Band I, Tübingen 1999, S. 414.

[552] Viele Länder stehen in der Tradition des römischen Rechts und sehen wie Deutschland ein Mahnungserfordernis für Verzugsschäden vor, z.B. *§ 1334 des österreichischen ABGB*. Es gibt auch Regelungen, die sogar ein strengeres Mahnungserfordernis in Gestalt einer förmlichen Mahnung vorschreiben, wie beispielsweise *Artikel 1139 des französischen Code Civil*.

[553] Vgl. Empfehlung der Kommission vom 12. Mai 1995 über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, 95/198/EG, Amtblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. L 127/19, S. 1 f; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, 98/C 168/09, S. 2-5; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr", Amtblatt der Europäischen Gemeinschaften, 98/C 407/09, S. 1-5.

[554] § 8 des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr vom 28. Dezember 1998 sieht vor, dass bei Nichtzahlung nach 21 Tagen ab Rechnungsdatum die gesetzlichen Verzuszinsen anfallen sollen. § 286 Abs. 3 BGB bestimmt, dass die Nichtzahlung bei Entgeltforderungen ohne Beteiligung der Verbraucher 30 Tage nach Zugang der Rechnung keinen Verzug begründet. Im deutschem Recht ist es jedoch bemerkenswert, dass das urspüngliche Recht, nach dem die Haftung

Der hier vertretenen Ansicht nach widerspricht das Mahnungserfordernis, das auf dem Stereotyp basiert, dass die unbefristeten Schulden etwa „schleppend“ erfüllt werden können, zumindest dem Gedanken der zügigen Abwicklung im allgemeinen Geschäftsverkehr. Dieser Gedanke zielt nicht nur auf die Erhöhung der Effizienz von Geschäftsabwicklungen ab, sondern verfolgt auch das spezifische Ziel, Gläubiger, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, zu schützen.[555] Der Schwerpunkt der Regelung über Leistungsverzug sollte auf dem Schutz des Gläubigers statt auf dem Schutz des Schuldners liegen.[556] Die Vorstellung, dass ein Schuldner einer unbefristeten Schuld vor der Mahnung durch den Gläubiger eine abwartende Haltung vor einer Erfüllung der Schuld einnimmt, begünstigt den Schuldner zum Nachteil des Gläubigers. Dies ist als unangemessen abzulehnen. Daher ist es unter dem Gesichtspunkt *de lege ferenda* nicht angebracht, eine schon fällig gestellte Schuld als eine negativ zu erfüllende zu betrachten. Es ist daher vermeidbar, den Haftungsvoraussetzungen für Verzugsschäden die Mahnung als ein Tatbestandmerkmal hinzuzufügen.[557]

Wenn jedoch bei einer bestimmten Konstellation der Gedanke der Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung hinter dem Schuldnerschutz zurücktreten sollte, dann kann das Verständnis von unbefristeter Schuld als eine negativ zu erfüllende ausnahmsweise gerechtfertigt sein, so dass das Mahnungserfordernis notwendig wird. Der typischste Fall ist der der Schuld mit Beteiligung eines Verbraucherschuldners. In diesem Falle erscheint es angesichts der Tatsache, dass der Verbraucher ein schutzbedürftiger Beteiligter ist, vernünftig, dem Verbraucher zu gestatten, passiv abzuwarten, bis ihn der Gläubiger zur Erfüllung der Forderung mahnt. Das Mahnungserfordernis einzuführen ist in diesem Falle auch deshalb gerechtfertigt, weil es den Zeitpunkt, zu dem die Haftung des Verbrauchers für den Verzugsschaden entsteht, hinauszögern und somit in einigen Fällen sogar den anhaltenden Prozess der Überschuldung des Verbrauchers eindämmen kann.

c. „Informationsfunktion“?

(a) Bedeutung

Im deutschen Recht gibt es neben den unbefristeten Schulden auch andere

---

für Verzugsschäden grundsätzlich eine Mahnung voraussetzt, im geltenden Recht außer im Falle von Entgeltforderungen auch nicht geändert wird. Darüber hinaus stellt die Ausstellung einer „erstmaligen Rechnung“ nach geltendem Recht noch keine Mahnung dar, auch wenn diese Bewertung der Verbesserung der „Zahlungsmoral“ wenig hilfreich sein könnte.

[555] Vgl. auch *Heinrichs*, EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, 157.

[556] *Huber* hingegen scheint den „Schuldnerschutz“ für einen grundlegenden Gesichtspunkt im Verzugsrecht zu halten. Vgl. seine Ausführung für die Existenzberechtigung der „Ablehnungsandrohung“ im Rahmen des alten Schuldrechts, *Huber*, Leistungsstörungen Bd II, 1999, § 43, S. 374.

[557] Zu der im UN-Kaufrecht erhaltenen Regelung, wonach die bloße objektive Nichterfüllung einer fälligen Leistung schon einen Anspruch auf Verzugsschäden begründet und einer Mahnung nicht mehr bedarf, wies eine Literaturansicht darauf hin, dass derartige Regelungen in erster Linie für den Handelsverkehr konzipiert waren. Vgl. *Huber*, Leistungsstörungen Band I, Tübingen 1999, S. 413.

Konstellationen, die in die Reichweite des Mahnungserfordernisses fallen. So besagt eine Ansicht, dass das Mahnungserfordernis eine Informationsfunktion erfülle, d.h. es informiere den Schuldner über das Bestehen der Schuld, wenn ihm die bestehende Schuld nicht bewusst sei, was insbesondere bei gesetzlichen Schulden von Bedeutung sei, da normalerweise nicht vom Schuldner erwartet werden könne, dass er sich von sich aus zuverlässige Informationen über seine gesetzliche Schuld beschaffe.[558] Das heißt, wenn der Schuldner versehentlich geglaubt hat, dass seine Schuld nicht bestehe oder sie noch nicht fällig sei, dann hafte er nicht für die Nichterfüllung bei Fälligkeit.[559] Das Mahnungserfordernis ist daher verständlicherweise auch in den Fällen anzuwenden, in denen der Schuldner keine Kenntnis von dem Vorliegen der Schuld hat, da die Mahnung zum Entfallen der Einrede der „*Unkenntnis von Schuld*" führt[560] und den Schuldner vor einer plötzlichen Schadensersatzforderung schützt.[561] In diesem Falle wird die Mahnung somit eher als „*eine von Grund auf humane Einrichtung, die menschlicher Schwäche Rechnung trägt*"[562], charakterisiert und gleicht sich dem *Verschuldensprinzip* im deutschen Leistungsstörungsrecht (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) an.

(b) Bemerkungen

Der Ansatz, die Mahnung als Tatbestandsvoraussetzung der Verzugsschadenshaftung auszugestalten, um die Exkulpationsmöglichkeit des Schuldners in Unkenntnis seiner Schuld für die Nichtleistung bei Fälligkeit auszuschließen, ist nach Ansicht des Autors sachgerecht.

aa) Keine Ersetzung des Mahnungserfordernisses durch Mitverschulden nach § 254 BGB

Man kann aber einwenden, dass die Haftung für Verzugsschäden bei Nichterfüllung schon bei Fälligkeit eintreten sollte, wobei jedoch die Regelung des § 254 BGB belassen werden könnte, um die Haftung des Schuldners während der Zeit seiner Unkenntnis von der Schuld auszuschließen. Das Institut des Mitverschuldens nach § 254 BGB würde dieser Aufgabe jedoch nicht gänzlich gerecht, da dieses ein flexibles System ist, bei dem sich das Ausmaß der Schadensminderung unter Berücksichtigung des „*Verschuldens*" des Gläubigers und des Gewichts dieses „*Verschuldens*" in Bezug auf die Verursachung des erweiterten Schadens je nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt.[563] Dadurch wird die Schadensersatzpflicht des Schuldners nicht zwangsläufig vollständig beseitigt, und die Vielfältigkeit zwischen den einzelnen Fällen und die Unsicherheit bezüglich der Rechtsfolgen können eklatant sein. Angenommen, A weiß nichts von seiner Schuld gegenüber B aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 Satz 1, 667 BGB), aber später wird B von A's

[558] Vgl. *Grigoleit*/*Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 744 f.
[559] Vgl. *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, § 16, Rn. 66; *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010, § 8, Rn. 192.
[560] HKK/*Lohsse*, 2007, §§ 286-292, Rn. 68.
[561] Vgl. *Möllers*, WM 2000, 2284, 2287.
[562] *Bucher*, FS Schütze 1999, 163, 164.
[563] Vgl. Jauernig/*Teichmann*, 2009, § 254, Rn. 6.

Verlobter C benachrichtigt, dass sie A über die Tatsache der Geschäftsführung von B informieren möchte. C hat dies aber nicht nach einer entsprechenden Absprache mit A getan. B wartet mehrere Monate erfolglos ab. Danach macht er den Anspruch auf Erstattung der Kosten für die ohne Auftrag getätigte Geschäftsführung gegen A nach §§ 683 Satz 1, 667 BGB geltend. Wenn B in diesem Beispiel kein „*Verschulden*" oder nur ein geringfügiges „*Mitverschulden*" angelastet wird, dann wird deutlich, dass nach einem Rechtssystem, das die Haftung für die Nichterfüllung schon bei Ausbleiben der Leistung bei Fälligkeit begründet, die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, dass der unwissende A letztendlich dennoch einen Teil oder sogar den gesamten Verzugsschaden zu vertreten hat. Daraus ergibt sich, dass nur eine Mahnung in tatbestandlicher Hinsicht die bestehende Möglichkeit völlig beseitigen würde, dass ein über das Vorliegen seiner Schuld gar nicht informierter Schuldner für bloß objektive Schäden haftet, die zwischen Fälligkeitseintritt und Mahnungseingang entstehen.

bb) Unterschiede zwischen gesetzlichen Schulden und vertraglichen Schulden

Ferner kann auch in Frage gestellt werden, ob ein Schuldner direkt haftbar gemacht werden kann, wenn er vor der Mahnung selbst Kenntnis von der Schuld erlangt. Nach dem Gedanken der Schnelligkeit der Abwicklung des Geschäftsverkehrs scheint die Frage an dieser Stelle zu bejahen zu sein. Jedoch muss betont werden, dass die hier erörterten Fälle der „*Unkenntnis von Schuld*" von vornherein eingeschränkt werden sollten, und zwar vor allem betreffend die gesetzlichen Schuldverhältnisse[564] (z.B. Schulden aus unerlaubter Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung, Schadensersatz wegen vertraglichen Pflichtverletzungen). Gesetzliche Schuldverhältnisse sind von allgemeinen vertraglichen Schulden zu unterscheiden. Im Falle der letzteren verhandeln die Parteien oft die Vertragsbedingungen, bevor sie sich für eine endgültige Vereinbarung entscheiden, und erfassen danach den Vertragszweck und den Inhalt des Vertrags, was vernünftigerweise zu der Annahme führt, dass beide Parteien die Leistung gemäß den Anforderungen von Treu und Glauben aktiv und ohne Verzögerung zu bewirken haben und ein Fall ihrer Unkenntnis von dem Vertragsabschluss und dem Vertragsinhalt unmöglich ist oder kaum gerechtfertigt werden kann. Im Falle der gesetzlichen Schuldverhältnisse können die Informationen, die dem Geschädigten zur Verfügung stehen, jedoch recht begrenzt sein; es könnte der Regelfall sein, dass der Geschädigte aus fahrlässiger Unkenntnis, dass er einer anderen Person einen Schaden zugefügt hat, einzustehen hat oder dass er den Schadensfall zwar kennt, aber nicht das genaue Ausmaß des Schadens und die fallbezogene Einzelheiten. Bei einem Schadensersatz aus unerlaubter Handlung beispielsweise können die zentralen Tatbestandsmerkmale des Anspruchs wie Schaden, Verschulden und Kausalität oft erst im Prozess vollständig festgestellt werden; der Umfang des ersatzfähigen Schadens im normativen Sinne wird gelegentlich auch durch Fahrlässigkeit, Anrechnung oder besondere gesetzliche Bestimmungen beeinflusst. Selbst wenn der Schuldner sich vor der Mahnung selbst die

[564] Ähnliche Ansicht siehe *Grigoleit*/*Riehm*, AcP 203 (2003), 727, 744.

Kenntnis von der Schuld verschafft hat, wird seine dadurch gezogene laienhafte Schlussfolgerung für den rechtswirksamen Umfang eines Schadensersatzanspruchs in den allermeisten Fällen kaum stichhaltig ausfallen. In Fällen wie der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung hat der Schuldner öfter keine Möglichkeit, die Identität des Geschäftsführers oder des Bereicherten zu erfahren, oder er kennt die Details der Schulden nicht. Daher ist es von Relevanz, dem Schuldner grundlegende Informationen über seine bestehenden Schulden zu übermitteln.

cc) Das Ergebnis der Interessenabwägung: Modifizierung des Mahnungserfordernisses

Es könnte aber eingewandt werden, wie es sich bei gesetzlichen Schuldverhältnissen zeigen könnte, dass sich der Schuldner allein aufgrund der Mahnung des Gläubigers nicht mehr auf den Entlastungsgrund aus Unkenntnis berufen kann. Dem ist zwar Recht zu geben, jedoch darf die Lösung nicht dazu führen, dass das Mahnungserfordernis einfach unberücksichtigt bleibt. Andernfalls könnte sich der Schuldner von der Verzugshaftung befreien, indem er sich auf die Umstände des Einzelfalls beruft. Hierduch wird die Begleichung der Schuld verzögert, die schnellstmögliche Behebung des vom Gläubiger nach Verzugseintritt erlittenen Sekundärschadens erschwert und die Ausweitung des Schadens des Gläubigers nicht gehemmt.

Im Kern geht es hier um eine Frage der *Interessenabwägung*. Der gerechte Lösungsweg besteht darin, die traditionellen Grundzüge des Mahnungserfordernisses in einem gerechten Maß abzuwägen, um die inhärenten Grenzen der menschlichen Unkenntnis des Schuldners von der bestehenden Schuld mit dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung auszugleichen. In der deutschen Literatur ist ein Vorschlag zu finden, nach welchem dem Schuldner, wenn er von der Schuld keine Kenntnis hat, nach Mahnungserhalt eine angemessene Frist eingeräumt werden soll, um ihm eine Möglichkeit zur Überprüfung zu verschaffen, ob die behauptete Schuld besteht oder ob die Gestaltung dieser Schuld angemessen ist, ohne dass der Gläubiger darüber hinaus zu zusätzlichen Informationen verpflichtet ist, damit ein etwaiges Tauziehen unterbunden wird.[565] Hier kann eine Mahnung mit einer angemessenen, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu bemessenden *Prüffrist* als Risikoverteilung fungieren; und solange von einem redlichen, verständigen Schuldner erwartet werden kann, dass er nach dem Eingang der Mahnung den Kerninhalt der betreffenden Schuld kennen kann, dann sollte er die Leistung so schnell wie möglich erbringen.[566]

d. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im deutschen Recht die wichtigsten Situationen, in denen das Mahnungserfordernis Anwendung findet, unterteilt werden können in

[565] Vgl. *Leuschner*, Prüfungsfristen und Darlegungsobliegenheiten bei der außergerichtlichen Inanspruchnahme, AcP 207(2007), 64, 66-69.
[566] Vgl. *Leuschner*, AcP 207(2007), 64, 66-69.

„unbefristete Schulden“ und „Schulden aus gesetzlichen Schuldverhältnissen oder komplexen Schulden, von denen der Schuldner keine Kenntnis hat“. Im Lichte des modernen marktwirtschaftlichen Konzepts der „Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung“ ist jedoch im ersten Fall der allgemeine Ansatz, ein generelles Mahnungserfordernis für den Verzugsschaden zu begründen, sachlich nicht gerechtfertigt, sondern nur dann, wenn die „Schnelligkeit“ einem besonderen Konzept des Schuldnerschutzes weichen soll, so dass die negative Erfüllung der Schuld gerechtfertigt ist. Handelt es sich beispielsweise bei dem Schuldner einer unbefristeten Schuld um einen Verbraucher, so ist das Mahnungserfordernis gerechtfertigt, wobei sich diese Rechtfertigung aus dem anerkannten Gedanken des Verbraucherschutzes ergibt.

In den Fällen, in denen der Schuldner keine Kenntnis von einer Schuld aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis oder einer komplexen Transaktion hat, kann eine Mahnung zwar nicht wirklich sicherstellen, dass die Zweifel des Schuldners, ob die Schuld tatsächlich besteht, ausgeräumt werden. Aber das Mahnungserfordernis, das die Beseitigung der Verantwortungslosigkeit des Schuldners bezweckt, ist dennoch notwendig, um einen Sekundärschaden für den Gläubiger infolge der Verzögerung der Entschädigung zu vermeiden. Als Ausgleich für die häufigen Schwierigkeiten des Schuldners, in solchen Fällen die vollständigen Einzelheiten des Sachverhalts zu erfahren, kann das Mahnungserfordernis jedoch so angepasst werden, dass dem Schuldner ein längerer Zeitraum für eine angemessene Prüfung zur Verfügung steht.

(4) Der Weg de lege ferenda: Aufrechterhaltung des Mahnungserfordernisses

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Mahnungserfordernis unter dem Gesichtspunkt *de lege ferenda* seine Existenzberechtigung in dem allgemeinen Fall einer unbefristeten Schuld nicht rechtfertigt, aber das Erfordernis dennoch in einigen verstreuten Anwendungsfällen vorliegt. Es gestaltet sich jedoch schwierig, die Ergebnisse dieser Analyse in einer geeigneteren gesetzestechnischen Form aufzuzeigen. Wenn das Mahnungserfordernis aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts gestrichen würde, wäre es unweigerlich notwendig, auf eine komplexe juristische Methodik zurückzugreifen, um das Mahnungserfordernis für diejenigen relevanten Situationen im Gesetz zu implantieren, für die seine Anwendung noch gerechtfertigt sein sollte. Die Rechtsunsicherheit wird dadurch erheblich vergrößert. Wenn jedoch die geltende Rechtslage und das allgemeine Mahnungserfordernis beibehalten werden (§ 286 Abs. 1 BGB), kann das Mahnungserfordernis, obwohl es Situationen wie die Geschäfte von Verbrauchern und gesetzliche Schuldverhältnisse abdeckt, immer noch dazu führen, dass die Verzögerung der Leistung auf institutioneller Ebene im allgemeinen Fall von unbefristeten Schulden geduldet wird. Daher scheint es komplex zu sein, sich für eine Gesetzgebung mit oder ohne Mahnungserfordernis zu entscheiden.

Der Autor zieht es aber vor, das Gebilde des geltenden Rechts beizubehalten: Einerseits

ist das geltende Recht systematisch ausgestaltet und vermeidet die potenziell schwierige analoge Anwendung des Mahnungserfordernisses in Fällen von Verbrauchergeschäften und gesetzlichen Schuldverhältnissen. Dies bietet ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Außerdem regelt § 286 Abs. 3 BGB die Entgeltforderung in solcher Weise, dass es keiner Mahnung mehr bedarf, sondern der Schuldner sich automatisch 30 Tage nach Fälligkeit oder Zugang der Rechnung in Verzug befindet. Diese Bestimmung deckt in der Tat einen großen Teil der in der Praxis vorkommenden Situationen ab, insbesondere die üblichen Austauschverträge. Die schleppende Wirkung des allgemeinen Mahnungserfordernisses ist also schon faktisch in gewissem Maße begrenzt.

4. Die weiteren Gegenargumente

Der Autor unterstützt das Konzept eines einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses in der Literatur nicht. Der Gedanke der Differenzierung aus dem Europarecht, die Probleme auf der Ebene des internationalen Privatrechts und die Unangemessenheit des Verzichts auf das Mahnungserfordernis als Tatbestandsmerkmal der Zinsansprüche sind die wesentlichen Gründe, die in den vorstehenden Ausführungen schon näher erläutert wurden. Daneben besteht aber auch eine weitere Fülle von gesetzlichen Wertungen, die bereits in der geltenden deutschen Rechtsordnung verankert sind und zu demselben Schluss gegen das Konzept des einheitlichen Fälligkeitszinses führen können.

(1) Der systematische Widerspruch zu § 286 Abs. 3 BGB

Erstens, würde das oben genannte Konzept des einheitlichen Fälligkeitszinses im Gesetze aufgenommen, dann würde dieser in tatbestandlicher Hinsicht auf das Mahnungserfordernis verzichtende Fälligkeitszins eine Ausnahme von § 286 Abs. 2 BGB darstellen. Allerdings würde dieser Ausnahmefall dann schnell in einen systematischen Widerspruch zu § 286 Abs. 3 BGB geraten: Während der Gesetzgeber zwar mit § 286 Abs. 3 BGB bei einer „Entgeltforderung" eine automatisch für Verzug sorgende Regelung schafft, belässt er es zugleich bei einer Frist von 30 Tagen nach Fälligkeitseintritt und Zugang einer Rechnung. Diese Regelung würde in ihrem überwiegenden Geltungsbereich überflüssig sein, wenn nunmehr die bloße Nichterfüllung bei *Fälligkeit* direkt die Verzugsfolgen auslösen könnte.

Um ihren Sinn zu behalten, müsste sich die Regelung aus § 286 Abs. 3 BGB in ihrem Satz 1 tatbestandlich insoweit ändern, als sie lediglich einen Verzugseintritt seit einer Frist nach „*Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung*" [567] anordnet, nämlich das geltende Tatbestandmerkmal „*Fälligkeit*" weglässt. Denn Rechnung und Zahlungsaufforderung in § 286 Abs. 3 BGB können – anders als die Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB – schon vor Fälligkeit erfolgen.[568]

[567] Siehe § 286 Abs. 3 Abs. 1 Hs. 1 BGB.

[568] Vgl. *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., Berlin/Boston 2022, § 28, Rn. 30; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 286, Rn. 109.

(2) Der Gedanke der „Plötzlichkeitsabwehr“ in § 286 Abs. 3 BGB

Betrachtet man zweitens § 286 Abs. 3 BGB unter wertenden Gesichtspunkten, so zeigt sich, dass er noch einen weiteren Gedanken der „*Plötzlichkeitsabwehr*“ wie das Mahnungserfordernis des § 286 Abs. 1 BGB trägt: Dem Schuldner sollte nach § 286 Abs. 3 BGB eine bestimmte Frist eingeräumt werden, um sich auf die Zahlung vorbereiten zu können, damit er nicht plötzlich und überraschend mit einer Sanktion konfrontiert wird. Bei unbefristeten Schulden wertet § 286 Abs. 1 BGB zwar den bloßen Fälligkeitseintritt nicht als Verzugseintritt, weist den Schuldner aber rechtlich darauf hin, vor dem Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts leistungsbereit zu sein, da sonst die Verzugsfolgen sofort eintreten, sobald bei dem Schuldner die Mahnung des Gläubigers eingeht. § 286 Abs. 3 BGB statuiert außerdem eine Frist von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang der Rechnung, die in der Tat ebenfalls die Wirkung haben kann, den Schuldner an seine Leistungsbereitschaft zu erinnern. Mit anderen Worten: Obwohl solche Schulden gemäß § 271 Abs. 1 BGB „automatisch“ fällig sind, deutet § 286 Abs. 3 BGB an, dass der Schuldner eine geschäftlich aktive Person sein sollte, die sich um die Erfüllungssituation der Schuld kümmert und verpflichtet ist, sie nach Treu und Glauben und den Gepflogenheiten des Handels innerhalb einer angemessenen Frist selbst zu erfüllen. Diese angemessene Frist wird vom Gesetz auf 30 Tage festgelegt.[569] Im Falle der Übersendung einer „*erstmaligen* Rechnung“, selbst wenn sie noch nicht als Mahnung gilt, wird aber nicht nur der Inhalt des Schuldverhältnisses klargestellt, sondern es ist auch zu erwarten, dass der eine proaktive Rolle einnehmende Schuldner in jedem Falle davon Kenntnis nimmt, dass die Fälligkeit seiner Schuld eingetreten ist oder zumindest bevorsteht.

Der Rechtsgedanke des § 286 Abs. 3 BGB zur Abwehr der plötzlichen Schadensersatzforderung wird auch durch § 309 Abs. 4 BGB bestätigt. Letzterer besagt, dass eine AGB, die den Verwender der Klausel von der Mahnungsobliegenheit gegenüber dem anderen Vertragsteil freistellt, unwirksam ist. Dass die vorgenannte Klausel nichtig ist, wenn sie sich an Verbraucher richtet, ist ohne Zweifel.[570] Die einzige Frage ist, ob der Verzicht auf das Mahnungserfordernis im Falle einer AGB gegenüber Unternehmer auch zulässig ist. Dies wird von einem Teil der Literatur nach wie vor abgelehnt.[571] Der BGH[572] und einige anderen Literaturansichten[573] nehmen jedoch die flexible Position ein, dass das Mahnungserfordernis in diesem Falle nicht erforderlich ist. Die verständlichere Richtung der Flexibilisierung scheint m.E. jedoch weniger starr an die Frage gebunden zu sein, ob das Mahnungserfordernis *per se* auszuschließen ist, als vielmehr daran, ob es unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls sicherstellt, dass die Vertragspartei des Verwenders der AGB vor plötzlichen

[569] Vgl. BT-Drs. 14/2752, S. 11.
[570] Vgl. BeckOGK/*Zschieschack*, 2021, § 307 Verzugsklausel, Rn. 2 f.
[571] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 309, Rn. 23.
[572] Vgl. BGH NJW-RR 1991, 995 (997).
[573] Vgl. Erman/*Roloff/Looschelders*, 2020, § 309, Rn 40a.

Schadensersatzforderungen geschützt wird. Es wurde zum Beispiel vernünftigerweise vertreten, dass in einer AGB gegenüber einem Unternehmer auf das Mahnungserfordernis verzichtet werden könne, wenn „*der Zeitpunkt der Fälligkeit vom Schuldner ohne Mühen festgestellt werden kann*“[574] oder „*der Zeitpunkt des Verzugseintritts für den Vertragspartner hinreichend bestimmt ist*“[575], oder dass die Freizeichnung vom Mahnungserfordernis nicht dazu führen dürfe, „*dass der Klauselgegener in Verzug gerät, ohne von den zu erfüllenden Ansprüchen zu wissen*“.[576] Daraus wird deutlich, dass die AGB in dem hier zu erörternden Falle die unerwartete, plötzliche Entstehung und Geltendmachung der Verzugsfolgen so weit wie möglich vermeiden müsse. Dass diese Auffassung einem Prüfungsweg folgt, der über den Rahmen der *Entweder-Oder-Regel* des § 309 Abs. 4 BGB hinausgeht und in den Rahmen des § 307 BGB in Verbindung mit § 310 Abs. 1 BGB fällt,[577] bedarf hier aber keiner weiteren Ausführung.

Weder §§ 286 Abs. 3 noch 286 Abs. 1 BGB bezwecken eine plötzliche Rechtswirkung. Dies ist der gemeinsame Nenner von beiden. Sie unterscheiden sich nur dadurch, dass in § 286 Abs. 3 BGB das Mahnungserfordernis durch eine „automatische“ Regel für die Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem der Verzug eintritt, ersetzt wird. Das Mahnungserfordernis impliziert dagegen einen speziellen, interaktiven Prozess, bei dem der Gläubiger, um die angestrebte Verzugsfolgen herbeizuführen, gewährleisten muss, dass die Mahnungserklärung ernsthaft ist, den Schuldner erreicht und keine *Zuvielforderung* oder *Zuwenigmahnung* darstellt. In jedem Glied dieses Prozesses könnte ein Risiko der Unsicherheit verbleiben. Wird dagegen der Zeitpunkt des Verzugseintritts automatisch bestimmt, dann braucht der Gläubiger zumindest nicht mehr darauf zu achten, ob die von ihm abgegebene Mahnungserklärung nur als höfliche Aufforderung gewertet oder in ihrem Umfang inkorrekt ist, unabhängig davon, ob die Verzugsfolgen ab der Fälligkeit erfolgen oder erst nach Eingang der Rechnung. So wird die für den Zeitpunkt des Verzugseintritts automatisch sorgende Regelung im Vergleich zu dem Mahnungserfordernis in erster Linie durch einen der Beschleunigung der Schuldnerleistung dienenden „*Automatismus*“ bezüglich der Berechnung des Zeitpunkts des Verzugseintritts gekennzeichnet. Aber wie schon ausgeführt, stellt die gesetzliche Wertung des § 286 Abs. 3 BGB klar, dass dieser „*Automatismus*“ immer noch ein gewisses Maß an Klarheit und Abfederung, oder einfach gesagt, einen Ausschluss von „Überrumpelung“ voraussetzt.

(3) Die inhärenten Mängel des Konzepts eines einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses

Das Konzept des einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses setzt einen Tatbestand voraus, der nicht nur automatisch funktionierend ist (automatischer Fälligkeitseintritt, § 271

[574] BeckOGK/*Zschieschack*, 2021, § 307 Verzugsklausel, Rn. 7.
[575] BeckOGK/*Weiler*, 2021, § 309 Nr. 4, Rn. 64.
[576] MüKoBGB/*Wurmnest*, 2019, § 309 Rn. 4, Rn. 14.
[577] BeckOGK/*Weiler*, 2021, § 309 Nr. 4, Rn. 64 ff.

Abs. 1 BGB), sondern auch sehr „plötzlich“ wirkend in dem Sinne, dass er den Zeitpunkt der schon automatisch einzutretenden Fälligkeit ohne jeden Puffer direkt mit einem hochsanktionierten Verzugszins verbindet. Das Konzept als solches widerspricht bereits in systematischer Hinsicht der eindeutigen Grundwertung des Gesetzgebers in § 286 Abs. 1 bis 3 BGB. Außerdem ist dieses Konzept aber unter dem Gesichtspunkt *de lege ferenda* auch nicht wünschenswert.

a. Fehlender Abgleich mit den Bedürfnissen des Geschäftsverkehrs

Zuerst fehlt es dem Konzept des einheitlichen Fälligkeitszinses mit automatisch und plötzlich wirkendem Tatbestand an Klarheit für die Zahlungsfrist, die sowohl bei grenzüberschreitenden Geschäften als auch für das Streben nach Effizienz bei der Verringerung von Streitigkeiten über die Vertragsauslegung wichtig ist.[578] Nur wenn der Zahlungspflichtige ein Kaufmann ist, darf von ihm erwartet werden, dass er den Zeitpunkt des Fälligkeitseintritts ohne Mahnung selbst berechnen und seinen Zahlungspflichten dementsprechend fristgerecht nachkommen kann.[579] Kurzum, es wäre nicht angebracht, den Gedanken der „*Schnelligkeit der Geschäftsabwicklung*“ auf das gesamte allgemeine Zivilrecht auszudehnen. Genauer ausgedrückt: Auch wenn das *Abwicklungstempo* bei Rechtsgeschäften, an denen die durchschnittlichen Privatrechtssubjekte beteiligt sind, im Allgemeinen erhöht werden soll, wäre es eher angebracht, dort in technischer Hinsicht andere konkretere Rechtsanforderungen zu stellen als bei Handelsgeschäften, um der Vielschichtigkeit der Volkswirtschaft gerecht zu werden.

b. Unangemessene Fiktion und unverhältnismäßige Sanktion

Die Zinsansprüche für die Verzögerungshaftung hingegen werden durch die gesetzlichen Verzugs- und Fälligkeitszinsbestimmungen fingiert. Um eine Nutzung aus den vorhandenen Mitteln zu ziehen, ist es in der Rechtspraxis aber erforderlich, ein *Deckungsgeschäft* abzuschließen und eine Gegenleistung aus diesem Geschäft zu erhalten. Kurzfristig wäre es indessen für eine Durchschnittsperson fast unmöglich, dies alles fertig zu bringen. Für eine gewisse Zeit nach dem automatischen Eintritt der Fälligkeit oder dem Eingang der Rechnung könnte aus sachlicher Sicht davon ausgegangen werden, dass auf der Seite des Schuldners noch kein nennenswertes *Spekulationsrisiko* besteht. Wie schon erörtet, hängt die tatsächliche Produktivität des Geldes vom Zeitfaktor ab. Angesichts dessen ist der durch § 353 HGB niedrig vorgeschriebene Fälligkeitszinssatz gerecht, da, wenn schon bei Fälligkeit die Haftung für eklatante Verzugszinsen eintreten würde, dies nicht unbedingt eine plausible Bestrafung des vertragsuntreuen „Täters“, sondern vielmehr eine unverhältnismäßige Bestrafung eines „*gewöhnlichen*“ Schuldners darstellen würde, der in den allermeisten Fällen zwangsläufig langsamer wäre.

[578] Vgl. *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 308, 324.
[579] Vgl. *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 310.

5. Rechtsvergleichende Perspektive: Die De-lege-ferenda-Überlegung des chinesischen Rechts

Festlandchina und Taiwan haben von Anfang an unterschiedliche Wege in Bezug auf die Gesetzgebung zu den gesetzlichen Verzugszinsen eingeschlagen. Das zivilrechtliche Gesetzbuch von Festlandchina enthält weder einen „Allgemeine Teil des Schuldrechts“ noch eine einheitliche, für alle Arten von Schulden geltende Vorschrift für gesetzliche Verzugszinsen wie § 288 Abs. 1, 2 BGB, sondern nur verstreute Vorschriften für gesetzliche Verzugszinsen in verschiedenen Bereichen.[580]

Das Zivilgesetzbuch der Republik China (RCZGB) in Taiwan war in seinem Gesetzgebungsstil von vorherein dem deutschen Recht nachgebildet, hat sich aber aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung um ein einheitliches Modell, das nicht formell zwischen Zivil- und Handelsrecht unterscheidet, bemüht. Dies spiegelt sich auch in seinem Zinsrecht wider. § 233 Abs. 1 Nr. 1 RCZGB bestimmt: „*Wird mit einer obligatorischen Geldzahlung in Verzug geraten, so kann der Gläubiger Verzugszinsen in Höhe vom gesetzlich festgelegten Satz verlangen*.“ Nach § 203 RCZGB beträgt der gesetzliche Verzugszinssatz 5 % p.a. Dabei handelt es sich um einen einheitlichen gesetzlichen Zinssatz, der für alle Arten von Schulden gilt, unabhängig von der Schuldnereigenschaft als Kaufmann oder Nichtkaufmann. Dieser gesetzliche Verzugszinssatz verzichtet aber in seinem Tatbestand nicht auf ein Mahnungserfordernis.

Im chinesischen Recht, weder in Festlandchina noch in Taiwan, gibt es ausführliche Überlegungen zum Konzept eines „einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses“ wie in der deutschen Literatur. In den letzten Jahren gab es gleichwohl vereinzelt Ansichten in Festlandchina, die diese Frage mittelbar berührten. Diese bedürfen einer Erörterung.

(1) Der differenzierte Ansatz nach Gläubigerkategorien

Eine vor kurzem vertretene Literaturansicht in Festlandchina schlägt vor, die zersplitterten Rechtsvorschriften über gesetzliche Verzugszinsen in einer systematisierenden Weise zu integrieren, indem „singuläre gesetzliche Verzugszinssätze“ eingeführt werden, die „*verschiedene Werte“* wie *„Angemessenheit der Zinssätze selbst“* oder *„Effizienz und Anreiz zum Geschäftsverkehre*“ berücksichtigen.[581] Dieser Vorschlag folgt dem Ansatz der differenzierten Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Angelegenheiten. D.h. für Zivilsachen im Allgemeinen solle ein gesetzlicher Verzugszinssatz auf der Grundlage eines variablen Sollzinssatzes ohne weitere Spanne angewandt werden, um die typischen Schäden auf Seiten des Gläubigers auszugleichen, während der gesetzliche Verzugszinssatz für Handelssachen auf der vorgenannten Grundlage um einige Prozentpunkte erhöht werden solle, um dem Verzugszinssatz einen Strafcharakter beizumessen.[582]

---

[580] Vgl. *ZHANG Jinhai*, Zu Verzugszinsen für Geldschulden, in: Law Science 2020/11, S. 67.
[581] Vgl. *ZHANG Jinhai*, Zu Verzugszinsen für Geldschulden, in: Law Science 2020/11, S. 67 (76).
[582] Vgl. *ZHANG Jinhai*, Zu Verzugszinsen für Geldschulden, in: Law Science 2020/11, S. 67 (77 f).

(2) Ein tatbestandlich an „Verzug“ angeknüpfter gesetzlicher Verzugszinsanspruch

Es ist bemerkenswert, dass in dem genannten Vorschlag nicht ausdrücklich erwähnt wird, ob die angeführten gesetzlichen Verzugszinssätze mit dem Tatbestand des „*bloßen objektiven Ausbleibens der Zahlung bei Fälligkeit*“ oder mit dem Tatbestand des „*Verzugs*“ im deutschen Sinne, der ein *Mahnungserfordernis* beinhaltet, verbunden werden. Angesichts des vorherrschenden Sprachgebrauchs des Begriffs in Festlandchina wäre letzteres der Fall. Interessant ist, dass in Festlandchina der Begriff „Verzug/*Chi Yan*“ bei der Gesetzesauslegung vielmehr erst kürzlich „entdeckt“ worden ist und nicht in der Absicht des Gesetzgebers zu liegen scheint. Im Einzelnen wäre § 107 des früheren Vertragsgesetzes, soweit es sich bei diesem hauptsächlich nur um vertragliche Verbindlichkeiten handelt, hinsichtlich seines gesetzgeberischen Ansatzes zum vereinheitlichenden Tatbestand des Schadensersatzes bei „Vertragsbruch“ näher an den internationalen Übereinkommen und dem angelsächsischen Recht gewesen, da er bezweckte, den Tatbestand des Schadensersatzes für Nichterfüllung von Vertragsschulden auf formeller Ebene zu vereinheitlichen und ihn nicht wie im deutschen Recht in mehrere Konstellationen aufzuspalten.[583] Außerdem wies der an der Verfassung und Beratung des § 107 des Vertragsgesetzes beteiligte Rechtswissenschaftler klarstellend darauf hin, dass eine verschuldensunabhängige „*strenge Haftung*“ für Schadensersatz wegen Vertragsverletzungen voranzutreiben ist.[584] § 107 des Vertragsgesetzes wurde im Jahre 2020 inhaltsgleich auf § 577[585] des neuen Zivilgesetzbuches der Volksrepublik China (VCZGB) übertragen. Aber dieses Grundkonzept für Vertragshaftung, das sich auf die genannte „Strenge Haftung“ stützt, wurde schon seit der Entstehung des Vertragsgesetzes nicht durchgehalten, insbesondere im Bereich des vertraglichen Leistungsverzugs.

Die Zivilrechtler in Festlandchina entdeckten bald daraufhin in einem anderen Paragraphen das Erfordernis der „Mahnung“ für Verzugsschadenshaftung. Dabei handelt es sich jetzt um § 511 Abs. 4 VCZGB, der heißt: „*Ist die Erfüllungsfrist unklar, kann der Schuldner zu jeder Zeit erfüllen; der Gläubiger kann ebenfalls zu jeder Zeit Erfüllung fordern, wobei der anderen Seite aber die nötige Zeit zur Vorbereitung gegeben werden muss*.“[586] Dabei handelt es sich um eine Bestimmung für unbefristete Vertragsschulden, die dem Wortlaut nach fast eine Wiedergabe von § 271 Abs. 1 BGB darstellt. Viele Meinungen in Festlandchina haben die Möglichkeit des Gläubigers, die Erfüllung jederzeit zu „*fordern*“, als eine die materiell-rechtliche Schadenshaftung auslösende „Mahnung“ im Sinne des deutschen

---

583 Vgl. *HAN Shiyuan*, Der Allgemeine Teil des Vertragsrechts, 3. Aufl., Peking 2011, S. 368.

584 Vgl. *LIANG Huixing*, Von der Verschuldenshaftung zur Strengen Haftung – Zum § 76 Absatz 1 des Entwurfs des Vertragsgesetzes, in: *LIANG Huixing* (Hrsg), Civil and Commercial Law Review (Band 8), Peking 1997, S. 1-7.

585 § 577 VCZGB lautet: „*Wenn eine Partei Vertragspflichten nicht erfüllt oder die Erfüllung der Vertragspflichten nicht den Vereinbarungen entspricht, haftet sie für die Vertragsverletzung [in Formen] wie etwa die Erfüllung fortzusetzen, Maßnahmen zur Abhilfe zu ergreifen oder den Schaden zu ersetzen*.“ Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 303.

586 Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 291.

Rechts ausgelegt.[587]

Die in methodischer Hinsicht anzumeldenden Bedenken gegen diese Gesetzesauslegung werden durch die Rechtsprechung erhärtet. So sieht etwa der § 692 Abs. 3 VCZGB (früher: § 33 der EPS 2000) vor: „*Haben Gläubiger und Schuldner die Frist für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht vereinbart oder ist die Vereinbarung unklar, wird die Laufzeit der Bürgschaft ab dem Tag berechnet, an dem die Gnadenfrist abläuft, in der der Gläubiger aber nicht vom Schuldner fordern kann, die Verbindlichkeit zu erfüllen*."[588] Die Richter des Obersten Volksgerichts legten diese Bestimmung wie folgt aus: „*Der Gläubiger macht die ansonsten unklare Frist zur Erfüllung der Hauptschuld dadurch endgültig bestimmt, dass er den Schuldner zur Erfüllung auffordert und ihm eine angemessene Nachfrist (Gnadenfrist) setzt*".[589] Der Oberste Volksgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass „*bei Forderungen mit unbestimmter Leistungsfrist [...] gegen den Schuldner kein Vorwurf des Vertragsbruchs erhoben werden kann, wenn der Gläubiger nicht nachweist, dass er den Schuldner zur Leistung aufgefordert hatte"*.[590] Dieselbe Auffassung findet sich auch in der Rechtsprechung der unteren Instanz, nach der die Leistungsfrist des Vertrags, deren Ablauf die Verzugshaftung mit sich bringt, ohne Mahnung nicht bestimmt werden kann.[591]

Die Gründe, warum einige Teile der Lehre und Rechtsprechung in Festlandchina lange Zeit übereinstimmend von der ursprünglichen Konzeption der „strengen Haftung", welche bei „Nichterfüllung bei Fälligkeit" eintritt, auf einen mit dem deutschen Recht fast identischen Tatbestand des „*Verzugs*" überspringt, bleiben rätselhaft. Die in den letzten Jahren begonnenen Kommentarverfassungsarbeiten in Festlandchina bemerkten die unbewusste

---

[587] Vgl. *HAN Shiyuan*, Theoretische Fragen des Erfüllungsverzugs, in: Journal of Tsinghua University (Philosophy and Social Sciences) 2002/4, S. 45 (47); *SUI, Pengsheng*, Die Grundzüge des Vertragsrechts, 4. Aufl., Peking 2015, S. 240.

[588] Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 321.

[589] *LI Guoguang* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung der „Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des Sicherungsgesetzes der Volksrepublik China, Jilin 2000, S. 148.

[590] Vgl. Streitfall wegen Auktionsverträgen zwischen Jin Hui Internationale Industrien GmbH, ICBC Beijing Xiekezhan Branche (最高人民法院(2014)民申字第 1026 号).

[591] Wie beispielsweise, „*da Huang Yongqiong nicht nachweisen konnte, dass sie die Erfüllung der fraglichen Abrede verlangt hatte, war die Erfüllungsfrist für Huo Xiuhai's Verbindlichkeit noch nicht festgelegt worden, und es gab bei Huo Xiuhai auch keinen Erfüllungsverzug oder keine Erfüllungsverweigerung vor Ablauf der Erfüllungsfrist*." Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über eine Aktienveräußerung zwischen Huang Yingqiong, Huo Xiuhai (广东省深圳市中级人民法院(2019)粤 03 民终 27146 号); „*da es keine Beweise dafür gibt, dass Xu Jiansong seine Rechte gegenüber Zhu Jianzhong geltend gemacht hatte, bevor er am 9. März 2015 ein Schreiben an Wang Yaosong schickte, in dem er ihn aufforderte, die Bürgerschaftshaftung zu übernehmen, oder dass Zhu Jianzhong sich bezüglich der Leistungserbringung geweigert hatte, als er damals seine Rechte geltend machte, ist die Erfüllungszeit der Hauptschuld in diesem Falle noch nicht festgelegt*." Vgl. Streitfall wegen privater Kredite zwischen Wang Yaosong, Xu Jiansong (浙江省宁波市中级人民法院(2016)浙 02 民终 2397 号); „*Da Zhang Fuke keine Beweise dafür vorstellte, dass er den restlichen ausstehenden Betrag und die Zinsen von Xi Kang Gesellschaft geltend gemacht hatte, bevor er bei Gericht einklagte, war es nicht unangebracht, das Datum, an dem Zhang Fuke die Klage beim Volksgericht einreichte, als Datum für den Beginn der Zinsberechnung zwischen den beiden Partein heranzuziehen ...*" Vgl. Streitfall wegen eines Dienstvertrags zwischen Zhang Fuke und Xinjiang Jie Kai Biotechnologie Entwicklung GmbH (新疆维吾尔自治区高级人民法院(2015)新审二民提字第 202 号).

Abweichung der üblichen Gesetzauslegung von der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers und versuchten, zum ursprünglichen Konzept des Gesetzgebers zurückzukehren, jedoch ohne nähere Argumente für oder gegen die Annahme eines den „Verzug" auslösenden Mahnungserfordernisses zu nennen.[592] Für die Ablehnung des Mahnungserfordernisses durch die Kommentarliteratur könnte der vom VCZGB, welches in seiner Entstehung einem von dem formellen Unterschied zwischen Zivil- und Handelsgesetzbuch losgelösten Ansatz folgt, angestrebte Gedanke der „*Beschleunigung der Geschäftsabwicklung*"[593] ein wesentlicher Grund sein. Im Recht des Verzugsschadens kann dieser Gedanke nämlich so interpretiert werden, dass der Schuldner eine hohe „Zahlungsmoral" haben und nicht die Aufforderung zur Schulderfüllung abwarten soll, auch wenn es sich um eine unbefristete Schuld handelt, sondern der Schuldner soll nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und den Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr seine Leistung aktiv und schnellstmöglich anbieten, um die Erfüllungsinteressen des Gläubigers zu sichern; daher ist für die Begründung eines Verzugsschadens grundsätzlich keine Mahnung erforderlich, und eine Verzugsschadenshaftung kann sich auch aus der bloßen objektiven Nichterfüllung bei Fälligkeit ergeben.

Da aber Festlandchina derzeit über ein bewährtes „*Disziplinarsystem für Untreue*" als prozessuale Maßnahme verfügt, welches das Rechtsbewusstsein der Öffentlichkeit zur Zahlungsmoral umfassend und tiefgreifend prägt, wäre vor diesem Hintergrund die Notwendigkeit und Angemessenheit bedenklich, im Bereich der Verzögerungshaftung das ursprüngliche Konzept des Gesetzgebers für eine „Strenge Haftung" aufleben zu lassen.

6. Zwischenergebnis

Daher lässt sich zusammenfassen, dass der in der Literatur angebotene Vorschlag für die Einführung eines einheitlichen gesetzlichen Fälligkeitszinses, der die Differenz zwischen zivil- und handelsrechtlichen Adressaten außer Acht lässt, nicht zu akzeptieren ist. Die „Überrumpelung" eines solchen Konzepts würde nicht nur dem geltenden deutschen Recht und den europarechtlichen Wertungen widersprechen, sondern kann auch von einer alle Aspekte erfassenden Sicht *de lege ferenda* aus für den durchschnittlichen Schuldner im Privatrecht eine Härte darstellen.

Sinnvoller wäre es, den derzeitigen § 288 Abs. 1 BGB und die Sonderansprüche nach § 353 HGB im kaufmännischen Verkehr aufrechtzuerhalten. Angesichts dessen könnte vielmehr nur *eine begrenzte Vereinheitlichung* de lege ferenda denkbar sein, die etwa den § 288 Abs. 2 BGB mit § 353 HGB kombiniert, indem die Zinsansprüche nach diesen Vorschriften zu einem hohen gesetzlichen Fälligkeitszins verdichtet werden, der zwar keine Mahnung mehr

[592] Vgl. *ZHANG Dingjun*, in: *ZHU Guangxin*/*XIE Hongfei* (Hrsg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Band 1 – Allgemeiner Teil der Verträge, Peking 2020, § 511, S. 370.

[593] Vgl. *WANG Liming*, Die Verfassung des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzbuchs Chinas unter einem einheitlichen zivil- und handelsrechtlichen Ansatz, in: Studies in Law and Business 2015/4, S. 3 (5, 9); *ZHAO Wanyi*, Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden in der Wertorientierung von Zivil- und Handelsrecht und deren Auswirkungen auf die entsprechende Gesetzgebung in China, in: Legal Forum 2003/6, S. 12 (19 f).

voraussetzt, aber dennoch eine „*Pflichtverletzung*“ erfordert.[594] Auf diese Weise wird zumindest der differenzierte Ansatz hervorgehoben, damit eine derzeit nicht leicht zu bemerkende Situation in der Rechtsanwendung vermieden wird, nämlich dass unentgeltliche Forderungen gegenüber Kaufleuten grundsätzlich noch unter § 288 Abs. 1 BGB[595] fallen.

V. Fazit

In den letzten Jahrzehnten hat § 288 BGB eine Reihe von Gesetzgebungsverfahren durchlaufen, wobei viele rechtliche Fragen weiterhin offen bleiben. Aus dieser Rechtsentwicklung ergibt sich, dass die differenzierte Behandlung von zivil- und handelsrechtlichen Adressaten in § 288 BGB und § 353 HGB nicht nur beibehalten wird, sondern auch schwerlich zu erschüttern ist. Zusätzlich zu diesen beiden Paragraphen sieht § 497 BGB eine besondere Haftung für Verzugszinsen im Bereich des Verbraucherdarlehensrechts vor.

Der differenzierte Gedanke im Europarecht, das Problem im internationalen Privatrecht und das Problem der Existenzberechtigung des Mahnungserfordernisses liefern die Hindernisse, die der Verwirklichung des in der Literatur vorgeschlagenen Konzepts eines allgemeinen gesetzlichen Fälligkeitszinses entgegenwirkt.

Abgesehen von dem spezifischen Bereich des Verbraucherrechts, der weitgehend seiner eigenen Regelungslogik folgt, müssen die Vorschläge *de lege ferenda* für die künftige Verbesserung des Instituts der gesetzlichen Verzugszinsen vielmehr noch stärker folgenden Ansatz hervorheben: Die gesetzlichen Verzugszinsvorschriften müssen den Unterschieden zwischen Geschäften, an denen verschiedene Mitglieder der Bevölkerungsgruppen beteiligt sind, stärker Rechnung tragen.

[594] Vgl. auch *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 64.
[595] *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 67 f.

E. Die Kontrolle der Darlehenszinsen nach § 138 BGB

I. Überblick

Die Kontrolle des Zinswuchers ist einer der ältesten und wichtigsten Teile des Zinsrechts. Abgesehen von der alten Zeit sind die Regelungsmodelle über die Zinswucherkontrolle für Darlehensgeschäfte in der heutigen Welt vielfältig und weisen jeweils unterschiedliche Merkmale auf. Das deutsche Recht stellt in diesem Bereich ein Sondermodell dar. Im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen, legt das deutsche Recht keine feste gesetzliche Obergrenze für einen Darlehenszinssatz fest, sondern es entwickelt die Zinskontrolleregelungen über die allgemeine Vorschrift des § 138 BGB und das Richterrecht. Die wichtigste normative Grundlage für die Kontrolle des Zinswuchers in Deutschland ist die Generalklausel der „guten Sitten" in § 138 Abs. 1 BGB, da die Wuchertatbestände in § 138 Abs. 2 BGB im Prozess in Bezug auf Darlehensgeschäfte immer schwer zu erfüllen sind.[596]

Mit der Generalklausel in § 138 Abs. 1 BGB stellt die Regelung für den Zinswucher im deutschen Recht einen Grundrahmen dar, der dem Richter einen flexiblen Beurteilungsspielraum bereitstellt. Gleichzeitig nehmen die spezifischen Regeln, die innerhalb dieses Rahmens entwickelt werden, eine recht exquisite Form an. Die Analyse des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht in diesem Bereich des Zinsrechts, der hier von Interesse ist, nimmt daher viel Platz in Anspruch. Daher muss zunächst auf die Anwendung der Generalklausel der guten Sitten selbst eingegangen werden (II.), um die nach ihr konkretisierten Regeln für die Kontrolle des Zinswuchers genau zu erfassen. Erst dann ist das Bild des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht in Bezug auf diese Regeln aufzuklären (III.).

II. Die Generalklausel der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB

Die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB scheint schon ihrem Wortlaut („guten Sitten") nach zu implizieren, mit der Sozial- und Moralethik außerhalb der Rechtsordnung verbunden zu sein. Und mangels eines klaren Tatbestandes des § 138 Abs. 1 BGB als Generalklausel scheint es unvermeidlich zu sein, dass die Rechtsanwender Verständnisschwierigkeiten bei der Erfassung des Regelungsgehalts des § 138 Abs. 1 BGB haben. Zur Klärung der Rechtsgrundlage der Kontrolleregelung für Zinswucher im deutschen Recht ist es notwendig, die Funktionsweise des § 138 Abs. 1 BGB – insbesondere in Bezug auf die so genannte „*Konkretisierung*" – zu erfassen. Somit lässt sich die Diskussion über diese Frage auf zwei untergeordnete Fragen reduzieren: 1. Woher kommen die „guten Sitten"? 2. Wieso sind sie zu konkretisieren?

Die Meinung des Autors soll hier bereits in Kürze vorangestellt werden. Die guten Sitten

[596] Vgl. MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 118; *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 176; *Steinmetz*, NJW 1991, 881 f.

werden aus den *Wertungen innerhalb des Rechtssystems* und nicht aus der Ethik oder den sozialen Sitten außerhalb der Rechtsordnung abgeleitet[597] (2. unten); bei der Konkretisierung der guten Sitten ist der Ansatz, „*Fallgruppen*“ zu bilden, nicht der einzige Weg (3. unten). Der bessere Weg läuft nämlich auf einen Ansatz zur Konkretisierung anhand innerrechtlicher Bewertungen als Ausfüllungsmaterialien hinaus (4. und 5. unten).

1. Die „guten Sitten“ bleiben innerhalb des Rechtssystems

Wörtlich genommen scheinen die „*guten Sitten*“ das Gegenteil von „*öffentlicher Ordnung*“ zu sein, d.h. dass ersteres den außergesetzlichen Wertinstituten entspräche, während letzteres ein positivistisches Normsystem innerhalb der Gesetze darstellt. Es wird aber eine Auffassung vertreten, dass das englische Recht der „*public policy*“ auch die meisten Funktionen von § 138 BGB, der in seinem ersten Absatz nur die „guten Sitten“ nennt, beinhalte.[598] Hinzu kommt, dass gelegentlich auch darauf hingewiesen wird, dass keine klaren Grenzen zwischen „öffentlicher Ordnung“ und „guten Sitten“ gezogen werden können und dass sogar nach einem buchstäblichen Verständnis ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung zugleich auch einen Missstand im Sinne der Moralität darstellen könne und *vice versa*.[599] In begrifflicher Hinsicht seien beide nicht scharf zu trennen, sondern sollen vielmehr zusammen verstanden werden.[600] Dieser Auffassung ist Recht zu geben. Eine rein wörtliche Gesetzauslegung kann nicht die inhaltliche Quelle der „guten Sitten“ bestimmen. Notwendig ist eine wertende Interpretation und der Ausfluss dieser Interpretation dürfte eher auf einen Einwand gegen die Auffassung, dass die „guten Sitten“ außerhalb des Gesetzes herrühren, hinauslaufen.[601]

(1) Der Normzweck der Generalklausel der guten Sitten

Zuallererst könnte an der genannten Auffassung möglicherweise folgendes auszusetzen sein: Einerseits ist der Inhalt der außerrechtlichen Ethik an sich bereits nicht klar genug, und wenn sie als maßgebliches Kriterium für die Entscheidungsfindung herangezogen werden würde, könnte sie leicht zum Deckmantel für Richter werden, um ihre persönlichen Wertvorstellungen zu verbergen und Gerichtsverfahren in moralische Vorwürfe gegen die rechtsgeschäftlich Handelnden zu verwandeln[602]. Dürften außerrechtliche Wertungen als eine direkte Rechtsquelle in den Prozessen ins Spiel geführt werden, könnten sie sich anderseits

---

[597] Gleicher Ansicht jüngst *Lutz*, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge, Berlin 2021, S. 43 ff mit weiteren Begründungen.

[598] Vgl. *Abraham*, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949), 385, 198.

[599] *Mayer-Maly*, Was leisten die guten Sitten, AcP 194 (1994), 105, 126-128.

[600] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin[u.a.] 1992, S. 367.

[601] Einige vertreten diese Ansicht. Vgl. *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl., Berlin 2015, § 9, Rn. 242; Hk-BGB/*Dörner*, 2017, § 138, Rn. 1.

[602] *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin[u.a.] 1992, § 18, S. 364 f. Dies wäre auch die gesetzgeberische Einsicht bei der Ausgestaltung des § 138 BGB: Ein staatlicher Richter kann kein Sittenrichter sein. Vgl. *Lindacher*, Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), 124, 125. Wesentlich ähnliche Ansicht, siehe auch *Speckmann*, Terminologisches zur Rechtsprechung in der Frage der Sittenwidrigkeit letztwilliger Zuwendungen bei ehebrecherischen Beziehungen, JZ 1969, 733, 735.

zugleich in einer verbindlicheren Weise auswirken als viele nicht zwingende Gesetze. Schließlich könnte die Anwendung der Generalklauseln, die so verstanden werden sollten, dass ihr inhärenter rechtsunsicherer Charakter so gering wie möglich gehalten wird, diesem Ziel nur zuwiderlaufen, wenn die außerrechtlichen Wertungen, die zuweilen einem raschen Sozialwandel unterworfen sind, als entscheidender Maßstab für die guten Sitten herangezogen werden.[603]

Die guten Sitten lassen sich daher nur aus den innerrechtlichen Wertungen ableiten[604], weil die außerrechtlichen Normen in das Recht eindrangen. Unter den hier genannten „innerrechtlichen Wertungen" oder den Wertungen innerhalb des Rechtssystems sind die rechtlichen Wertungen aus verschiedenen Rechtsquellen, einschließlich des Verfassungsrechts und insbesondere der einfachen Gesetze, zu verstehen[605]; die innerrechtlichen Wertungen sind keine Tatbestände jeweiliger Rechtsvorschriften, sondern der Rechtsgedanke unter diesen Rechtsvorschriften, dessen Niederschlag sich vor allem im Normzweck findet. Warum ist dies so? Abgesehen von den allgemeineren Gründen – wie Hinweise darauf, dass der Richter gehalten ist, das „Recht" statt Moralität anzuwenden und, dass eine Rechtsvorschrift mit einem konstanten normativen Inhalt die Willkür von Richtern aus eigener Wertanschauung unterdrückt, sowie, dass die unmittelbare Berufung auf die Gesetze der öffentlichen Erwartung von Rechtssicherheit entspricht – liegt der grundlegende Gedanke in dem speziellen Normzweck der Generalklausel der guten Sitten. Pointiert gesagt, auch wenn die guten Sitten eine vom Gesetzgeber bereitgehaltene Rechtsnorm darstellen, um die Gesetzlücke durch Richter in den Prozessen zu schließen[606], sind die Richter dadurch nicht befugt, die gute Sitten durch außerrechtliche Wertungsmaßstäbe zu ersetzen, da nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) den Richtern nur begrenzte Befugnisse zur Rechtssetzung überlassen werden, die zugleich nur innerhalb des von der Rechtsordnung gezogenen Rahmens auszuführen sind. Wäre es den Richtern dagegen gestattet, die Rechtsregelungen unmittelbar anhand einer außerrechtlichen Wertung zu setzen, ohne an das Rechtssystem gebunden zu sein, dann greift dies schon in die Gesetzgebungsbefugnis des Gesetzgebers ein. *Larenz* bestätigt dies durch einen flankierenden Weg, indem er darauf hinwies, dass ein Richter nur in die Befugnisse des Gesetzgebers eingreifen dürfe, wenn dieser dauerhaft versagt, Entscheidungen in wichtigen Angelegenheiten zu treffen, und dass der Richter selbst dann noch darauf achten müsse, dass sich der Rechtsstaat somit nicht selbst in eine Vertrauenskrise für Rechtsstaatlichkeit stürze.[607]

---

[603] *Mayer-Maly*, Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, 557, 562.

[604] Ähnliche Ansicht siehe *Roth-Stielow*, Die „guten Sitten" als aktuelles Auslegungsproblem, JR 1965, 210, 212; Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105, 109 ff.

[605] Diejenige Ansicht, die nicht für eine Beschränkung auf Gesetzrecht, sondern für eine Ausdehnung auf die „*Rechtsidee*" spricht, siehe bei *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596 ff.

[606] Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 5; MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 3.

[607] *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 428.

Das bedeutet, dass der Richter selbst in extremen Fällen noch die „*Rechtmäßigkeit*“ seiner eigenen Rechtssetzungsakte rechtfertigen muss.

Daraus folgt, dass die Generalklausel über die guten Sitten die grundlegende Funktion übernimmt, die rechtsgeschäftlich Beteiligten darauf hinzuweisen, das Recht zu beachten, so dass die Generalklausel dazu bestimmt ist, die bestehende rechtliche Wertung zu verteidigen, ohne dass eine moralische Verurteilung ausgesprochen wird.[608] Selbst wenn eine Rechtsvorschrift einen außerrechtlichen Wertungsmaßstab heranzuziehen scheint, entspricht dies nicht dem, dass dieser Maßstab unmittelbar anwendbar wird, sondern er unterliegt weiterhin den Zwängen und Grenzen der innerrechtlichen Wertungen. Die außerrechtlichen Wertungen stehen mit den innerrechtlichen in einem „Zusammenspiel“[609] und der Ausfluss dieses Zusammenspiels wird letztendlich auf systemgemäße Weise in dem Bestandteil der innerrechtlichen Wertungen aufgehen.[610] Kurz gesagt erscheint es zuweilen so, als ob man sich auf einen spezifischen moralischen Wertungsmaßstab bezieht, wobei dieser Maßstab aber in Wirklichkeit schon vorher den Status einer innerrechtlichen Bewertung erlangt hat.

(2) Wertungsjurisprudenz als Ausgleich für die Geschlossenheit und Rückständigkeit des Rechts

Manche mögen mit der „*Begrenztheit des Rechts*“ argumentieren, dass sich unter Umständen eine rechtliche Beurteilung ohne den direkten Rückgriff auf die außerrechtliche Ethik gefährlich auswirken könnte, weil das Recht ein geschlossenes System ist, das naturgemäß hinterherhinkt und von außerhalb des Rechtssystems wertend ergänzt werden muss, um seine inhärente Unzulänglichkeit auszugleichen oder zu kompensieren. Dieses Argument hält jedoch schwerlich stand.

Das Recht als System wertender Regeln ist offen für Ideen, die zunächst nicht Teil des Rechts sind, und nicht so starr, wie es das altertümliche laienhafte Klischee vermuten lässt. Dies liegt zum einen daran, dass sich das Verständnis der Rechtswissenschaft selbst längst von der „*Begriffsjurisprudenz“* zur „*Interessenjurisprudenz*“ und dann „*Wertungsjurisprudenz*“[611] entwickelt hat, welche davon ausgeht, dass Rechtsbegriffe

---

[608] Vgl. *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124, 125 f; *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337, 351 f.

[609] *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB,7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 498b; MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 13. Recht und Sittlichkeit „*standen … nicht völlig beziehungslos nebeneinander. Die Verbindung zwischen staatlichem Recht und bürgerlicher Moral stellte § 138 BGB dar*“. Vgl. *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 345.

[610] Während des Gesetzgebungsverfahrens zum BGB wurde der Begriff der „guten Sitten“ von dem Abgeordneten *Gröber* am 20. Juni 1896 erläutert: „*Die guten Sitten müssen sich einmal bewegen innerhalb der Rechtsordnung, dürfen nicht gegen sie gehen*.“ Siehe *Roth-Stielow*, JR 1965, 210, 211. Daneben kann auch auf die Ansicht von Larenz hingewiesen werden. Zwar argumentierte Larenz, dass die „guten Sitten“ in § 138 Abs. 1 BGB durch die „*rechtsethischen Prinzipien*“ (innerrechtliche Wertungen) und die „*sozialethischen Prinzipien*“ (außerrechtliche Wertungen) konkretisiert werden sollen. Aber die Gerichte haben sich „*an den Wertungsmäßstäben der Rechtsordnung zu orientieren*“. Vgl. *Larenz*/*Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 41, Rn. 15. Andere ähnliche Ansicht siehe Bamberger/*Wendtland*, § 138, Rn. 18; *Liesegang*, Zur Frage der Sittenwidrigkeit sogenannter Fluchthilfeverträge, JZ 1977, 87, 88; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 346, 348 f, 350.

[611] Siehe *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 49 ff, 119 ff.

(insbesondere die unbestimmte Rechtsbegriffe) bereits wertenden Charakter in sich tragen[612] und sich unmittelbar mit dem Zeitwandel verändern.[613] Darüber hinaus bildet ein wichtiger Teil der juristischen Methodenlehre die „*objektive zweckgerichtete Auslegung*“[614], die sich auf die Vorstellung stützt, dass sich die Bewertung von Rechtsnormen selbst im Laufe der Zeit weiterentwickeln kann und den Anstoß zur Weiterentwicklung außerrechtliche Ideen geben können.[615] Schließlich stellt das Grundgesetz an sich eine fundamentale „*Werteordnung*“[616] dar, deren Inhalt in einem anhaltenden Strom über die *Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung“* und den Kanal der guten Sitten innerhalb der Rechtsordnung kontinuierlich regeneriert werden kann. Insbesondere, was die Menschen anbelangt, spielen die verfassungsrechtlichen Grundprinzipien der *Unantastbarkeit der Menschenwürde* (Art. 1 GG)[617], der *allgemeinen Handlungsfreiheit* (Art. 2 GG) und der *Gleichheit vor dem Gesetz* (Art. 3 GG) letztlich, unabhängig von den spezifischen Institutionen der Gesetze, immer die maßgebliche Rolle. Was die „*Randbereiche*“ betrifft, die nicht direkt den Menschen an sich berühren oder selbst heftig umstritten sind, wäre es sinnvoller, durch die Gesetzgebung einen gesellschaftlichen Konsens hinauszufinden, als einfach den zivilrechtlichen Prozessen zu erlauben, ein Schlachtfeld für verschiedene politische Ansichten zu werden.

(3) Die sozial-historische Kritik

Das Argument, dass die unmittelbare Anwendung einer außerrechtlichen Moral unter Umständen unvermeidlich wäre, kann auch einer sozial-historischen Kritik ausgesetzt sein.

Nach dem Zweiten Weltkrieg kam es beispielsweise unter der Berücksichtigung des Einflusses des Unrechts während der NS-Zeit und insbesondere der Entstehung der „*unrechten Gesetze*“ zu einer Bewegung der naturrechtlichen Wiederbelebung, der die Vorstellung zugrunde lag, dass die Rechtsanwendung an das über das positive Recht hinausgehende Naturrecht gebunden sein sollte, um die Entstehung der „unrechten Gesetze“ zu verhindern. *Wieacker* vertrat dagegen die Auffassung, dass das (west)deutsche Grundgesetz der Nachkriegszeit als ein freiheitlich-demokratisches Verfassungsgesetz eines Rechtsstaates ausreiche, um die gerechte Wertgrundlage für Rechtsanwendung zu bieten[618]; die Rechtsanwendung unter diesem Hintergrund dem schwer zu fassenden Naturrecht anzuvertrauen, könne der Entwicklung von Rechtstechniken, die der richterlichen Praxis wirklich dienlich seien, abträglich sein.[619]

---

[612] *Rüthers*/*Fischer*/*Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, § 5, Rn. 180 ff.

[613] *Mayer-Maly*, Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, 801, 803 f.

[614] Nähere Ausführung siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 120 ff.

[615] Vgl. *Rüthers*/*Fischer*/*Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, § 22, Rn. 721.

[616] *Schapp*, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, 913, 914 ff.

[617] *Olshausen* sagte hierzu: „*Bei einer weltanschaulich so ‚sensiblen‘ Norm wie Art. 1 Abs. 1 GG muß der Staat jedenfalls größte Zurückhaltung üben, um nicht über seine Aufgabe, den Bürger vor Gefahren zu schützen, hinauszugehen*.“ Siehe *Olshausen*, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, 2221, 2223.

[618] *Wieacker*, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337, 340 f.

[619] *Wieacker*, JZ 1961, 337, 341.

Dies legt die Schlussfolgerung nahe, dass der Schlüssel zur Eindämmung der „ungerechten Gesetze“ gerade in der praktischen Aktivierung der legitimen Werte der Verfassung bei der Rechtsanwendung liegt. Selbst in der Zeit des Nationalsozialismus zeigte sich der Zusammenbruch der Rechtsstaatlichkeit vor allem darin, dass die bestehenden Gesetze nicht eingehalten wurden, so dass sogar ein „*Gesetzstaat*“ aufhörte zu existieren.[620] Mit anderen Worten, „unrechte Gesetze“ entstehen oft im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen bestehendes rechtes Gesetz.[621] Würden die rechten Gesetze ordnungsgemäß angewandt und die legitimen Rechtswertungen gefördert werden, dann wäre es kaum möglich, die unrechten Gesetze entstehen zu lassen. Die den so genannten „unrechten Gesetzen“ innewohnende Willkür stellt selbst schon einen Widerspruch zum Begriff „Recht“ dar.

Da die guten Sitten aus dem Innersten der Rechtsordnung kommen, erweist sich das Wesen eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts als *eine rechtswidrige Handlung*.[622] Es wäre daher unpräzise, ein sittenwidriges Rechtsgeschäft als nicht sozial oder als eine Handlung, die nicht der Anforderung des „Anstands“ entspricht, zu bezeichnen. Die Auffassung, nach der die guten Sitten direkt aus einer außerrechtlichen Moral und Ethik stammen, missverstünde die Funktion der Generalklausel der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB und könnte leicht zu richterlicher Willkür und Erschütterung der Rechtssicherheit führen. Angesichts dessen wäre es *de lege ferenda* sinnvoller, § 134 BGB und § 138 BGB in einer singulären Rechtsnorm zusammenzufassen. Dass man die „*Sittenwidrigkeit*“ und die „*Rechtsverbotswidrigkeit*“ in denselben Paragraphen zusammenführt, ist aber nicht notwendig. Die Unterschiede zwischen „Sittenwidrigkeit“ und „Rechtsverbotswidrigkeit“ bezüglich der Rechtsanwendung werden eher deutlich, wenn man den Tatbestand der Sittenwidrigkeit von dem der Verbotsgesetze in zwei separate Rechtsnormen trennt. Dies muss jedoch durch folgende Auseinandersetzung mit dem treffenden Anwendungsansatz der Generalklausel der guten Sitten aufgeklärt werden.

2. Die Begrenztheit der Fallgruppen-Methode bei der Konkretisierung

Fast alle Lehrbücher beziehen sich bei der Konkretisierung der guten Sitten auf die Methode der Bildung der „*Fallgruppen*“ (oder „*Typisierung*“). Der Fallgruppenansatz bedeutet, dass zuerst eine Reihe bestehender Einzelentscheidungen durch Induktion zu einer „*Fallgruppe*“ destilliert, daraus eine abstrakte, übergeordnete Regelung abgeleitet wird und

---

[620] „*Das Dritte Reich war kein Gesetzesstaat, seine Verbrechen waren zum größeren Teil zugleich Gesetzesbrüche*.“ Vgl. *Ellscheid*, Das Naturrechtsproblem, in: *Kaufmann*/*Hassemer*, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 129.

[621] Dies war zum Beispiel während der NS-Zeit der Fall. Wie *Rüthers* feststellt, war die Rechtspraxis in dieser Zeit dadurch gekennzeichnet, dass „*die Übereinstimmung der materiellrechtlichen Ergebnisse mit den Forderungen der Rechtserneuerung*“ (die sogenannte „*Einlegung*“) eindeutig „*den Vorrang vor strenger Methodentreue*“ hatte. Vgl. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl., Tübingen 2022, S. 183.

[622] Eine österreichische Literaturansicht bezeichnet die sittenwidrigen Geschäfte als die mit „*qualifizierter, offener oder gar gewöhnlicher*“ Rechtswidrigkeit. Siehe *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 128 f. Derjenige, der zum im Wesentlichen ähnlichen Schluss wie *Mayer-Maly* kommt, ist *Damm*, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung: Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetz- und Sittenverstoß, JZ 1986, 913, 918. Gegenansicht siehe MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 12.

dann der zu entscheidende neue Sachverhalt auf der Grundlage der aus einer bestimmen Fallgruppe extrahierten übergeordneten Regelung beurteilt wird.[623] Dabei handelt sich um einen systematisierenden Ansatz, dessen Kern in der Grundidee der „Typisierung" liegt, die darauf abzielt, die Unsicherheit des unbestimmten Rechtsbegriffs zu überwinden.[624] Nach der hier vertretenen Ansicht reicht dieser Fallgruppenansatz allein aber nicht aus, um die gesamte Aufgabe der Konkretisierung der guten Sitten zu erfüllen.

(1) Webers Kritik am Fallgruppenansatz

Weber hatte schon den Fallgruppenansatz auf der dogmatischen Ebene stark angegriffen. Er kritisierte, dass bei der Abstraktion übergeordneter Regelungen aus den Sachverhalten die individuellen Merkmale des Einzelfalles zwangsläufig in unzulässiger Weise abgeschafft werden[625], und dass bei der Lösung neuer Fälle die Sachlogik der Rechtsprechung darin bestehe, diese Fälle unmittelbar nach der vorher abstrahierten richterlichen Regelung zu beurteilen, so dass die neuen Sachverhalte nicht mehr unter die Generalklausel als Gesetz, sondern unter künstlich geschaffene Regelungen subsumiert werden.[626] Der Fallgruppenansatz fungiere somit als eine Art „*Ersatztatbestand*", bei dem nicht mehr die Generalklausel „konkretisiert" werde, sondern ein abstrakter Rechtssatz, der der Generalklausel künstlich zugerechnet werde.[627] Ausgehend von dieser Beobachtung argumentierte *Weber* weiter, dass der Fallgruppenansatz nicht in der Lage sei, atypische, neuartige Fälle zu behandeln, die keiner Fallgruppe zugeordnet werden können, und dass er nicht wirklich die Aufgabe der Generalklausel übernehmen könne, die Gesetzlücken auszufüllen.[628] Zudem hat *Weber* weitere Mängel des Fallgruppenansatzes aufgeführt, dass er dem *Grundsatz der Gewaltenteilung* widerspreche[629], einen *Rechtsprechungspositivismus* hervorrufe[630] und die Grenzen des Mandats der Generalklausel selbst überschreite.[631] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Fallgruppenansatz zwar eine rationale Argumentationsstruktur innezuhaben scheint, aber leicht als ein Instrument der richterlichen Willkür missbraucht werden kann. Bemerkenswert ist aber, dass *Weber* der Meinung war, dass die „guten Sitten" in § 138 Abs. 1 BGB aus außergesetzlichen Wertungen kommen.[632]

(2) Mayer-Malys Verteidigung für den Fallgruppenansatz

Der österreichische Gelehrte *Mayer-Maly* hat den Fallgruppenansatz vom dogmatischen

---

[623] Zumindest lässt sich diese Praktik der Bildung von Fallgruppen bis in den folgenden Aufsatz zurückverfolgen: *Coing*, Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der „guten Sitten", NJW 1947/48, 213 ff. Vgl. auch *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, 530 ff.

[624] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 533 ff.

[625] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 537.

[626] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 537.

[627] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 537 f.

[628] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 539.

[629] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 540-543.

[630] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 544-548.

[631] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 549-554.

[632] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 524.

Gesichtspunkt aus verteidigt. Er wies jedoch zunächst darauf hin, dass die guten Sitten in erster Linie innerhalb des Rechtssystems entstehen und dass sie auf empirische Weise ermittelt werden können.[633] Aufgrund dessen meinte er, dass mehrere von *Weber*s angenommenen Kritiken am Fallgruppenansatz nicht stichhaltig sind. Erstens gebe es den Rechtsprechungspositivismus nicht nur bei den Generalklauseln und er habe nicht unbedingt mit dem Problem der Konkretisierung der Generalklauseln zu tun[634]; zweitens sei die Fallgruppe an sich kein fest bestehender Tatbestand, sondern werde erst während eines Prozesses gefunden, wobei man sich der Kodifizierungstechniken bediene und im Wesentlichen eine Systematisierung der Erfahrungen innerhalb des Rechtssystems ausführe, so dass sie nicht von dem Rechtssystem aus springe [635]; drittens rühre die Fallgruppe von dem bereits bestehenden Rechtsgedanken innerhalb der Generalklausel her, denn in der Generalklausel gebe es bereits die konkreten Ausprägungen der allgemeinen Rechtsgedanken[636]; außerdem sei der Fallgruppenansatz nicht unfähig, neuartige und atypische Fälle zu lösen, da Fallgruppen öfter Anhaltspunkte für „Analogien" liefern.[637] Schließlich verstoße der Fallgruppenansatz auch nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, da Fallgruppen in der Regel durch die Lehre entwickelt und erst dann von der Rechtsprechung selektiv akzeptiert werden und der Versuch, unbestimmte Begriffe zu kategorisieren, untergrabe den Grundsatz der Gewaltenteilung auch nicht.[638]

(3) Stellungnahme

Wenn die guten Sitten lediglich aus dem Innersten des Rechtssystems herauszufinden sind, dann ergibt sich m.E. bei der Gestaltung der übergeordneten Rechtssätze für die Fallgruppe durch die innerrechtlichen Wertungen der praktische Vorteil, dass die guten Sitten, die leicht abrufbar und kaum kontraproduktiv sind, den rechtsgemäßen Anhaltspunkt für eine rechtlich-empirische Zusammenfassung darstellen könnten, wie dies *Mayer-Maly* schon aufgezeigt hat. Es stimmt nach *Weber* jedoch, dass der Fallgruppenansatz nicht alle Lücken, die die Generalklauseln entstehen lassen, ausfüllen kann:

Erstens ist er nahezu hilflos, wenn es um atypische, neuartige Fälle geht, die sich keiner Fallgruppe zuordnen lassen und eine „*zukunftsorientierte*" Bewertung erfordern.

Zweitens scheint es manchmal so, als ob in der Praxis viele Fälle mit ähnlichem Sachverhalt gleichzeitig auftauchen, aber die Gerichte an unterschiedlichen Orten sich oft nicht einig über das Beurteilungsergebnis sind, soweit sie mit etwas Neuem konfrontiert werden, sondern können vielmehr so uneins sein, dass sie nicht in der Lage sind, die faktischen Sammlungen von Fällen zu einer „Fallgruppe" mit klaren übergeordneten Regeln zusammenzufassen. In einem solchen dynamischen Prozess könnte der retrospektiv

[633] *Mayer-Maly*, JuS 1986, 596 ff; *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 109 ff.
[634] *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 133 ff.
[635] *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 133 f.
[636] *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 134.
[637] *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 134.
[638] *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 135.

funktionierende Fallgruppenansatz eher wenig hilfreich sein.

Wenn schließlich der anfängliche Rechtssatz des Angelpunkts, der die zu bildende Fallgruppe markiert, fehlerhaft oder zumindest unzulänglich ist, kann auch die Angemessenheit der später ausgearbeiteten Fallgruppe selbst in Frage gestellt werden. Dies alles deutet darauf hin, dass der Fallgruppenansatz sowohl bei atypischen Einzelfällen als auch bei neuartigen und umstritteneren Fällen seine Grenzen findet.

Bedeutet dies angesichts der Unvollkommenheit des Fallgruppenansatzes, dass man sich von dem systematisierenden Versuch verabschieden und sich einem Konkretisierungsweg für gute Sitten zuwenden sollte, der ausschließlich auf „*Einzelfallentscheidungen*“ abstellt? *Weber* plädiert gerade dafür, die Beurteilung je nach der Besonderheit des Einzelfalls vorzunehmen, um die Rechtsunsicherheit bei der Konkretisierung zu verringern.[639] Geht man in diesem Kontext weiter, wären aber nur einige verfahrenstechnische Vorschläge, wie in der Literatur schon gesehen, denkbar, wie z.B., dass die Richter die Sach- und Interessenlage sorgfältig analysieren und abwägen sollen, dass die geschaffenen Rechtssätze für den Einzelfall nicht zu hart für die Parteien sein dürfen, dass ein gewisses Maß an Handlungsfreiheit noch aufrechtgehalten werden könne, wodurch es für die Öffentlichkeit akzeptabel sei.[640] Indes ist fraglich, ob es bei der Konkretisierung der guten Sitten neben dem Fallgruppenansatz auch einen relativ strukturierteren, systematisierenden Ansatz der Argumentation geben kann?

3. Der einzuschlagende Weg zur Konkretisierung: Ausfüllung mit Wertungen innerhalb des Rechtssystems

Der hier vertretenen Ansicht nach müsste der Fallgruppenansatz nicht wegen seiner Unzulänglichkeit aufgegeben werden; er ist mehr oder weniger systematisch aufgebaut und bietet eine empirische Orientierung. Seine Nachteile sind jedoch vor allem auf das unvermeidliche Problem der Unvollständigkeit der *Induktion* zurückzuführen. Um den Mangel der Induktion zu beheben, kann man rückwärts denken und dementsprechend versuchen, aus einer deduktiven Sicht einen konkretisierenden Rahmen für die Generalklausel der guten Sitten zu entwickeln. Dies bildet den Ansatz dieser Arbeit: *Die Konkretisierung anhand der innerrechtlichen Wertungen als Material durchzusetzen*. Dieser Ansatz bezweckt zweierlei: Erstens sollte die argumentative Willkür der *kasuistischen Billigkeitsentscheidung* in den Prozessen, in denen keine Fallgruppen gefunden werden können und somit gleichsam eine Notwendigkeit der Findung einer *Einzelfalllösung*[641] bestünde, vermieden werden, um der „*Einzelfallgerechtigkeit*“[642] Rechnung zu tragen. Zweitens hat das deutsche Recht zwar eine Fallgruppe von „wucherähnlichen Geschäften“ im Zusammenhang mit dem Darlehenszinswucher, der hier von zentralem Interesse ist, entwickelt, doch scheint die diese

---

639 *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 562.
640 *Breithaupt*, Die guten Sitten, JZ 1964, 283, 284 f.
641 *Kamanabrou*, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), 662, 675.
642 *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 350.

Fallgruppen leitende spezifische übergeordnete Regel ausgerechnet auf der Grundlage dieses deduktiven Ansatzes entwickelt worden zu sein.

(1) Die Rahmenbewertungen der Generalklausel: Objektive und subjektive Unrechtmäßigkeit

Die guten Sitten sind als Generalklausel sowohl ein „*Blanko*", das eine Ausfüllung ihres Inhalts erfordert, als auch eine Rechtsnorm, die die Privatautonomie der Parteien einschränkt. In der Literatur ist umstritten, ob eine solche Einschränkung das Vorliegen einer subjektiven Verwerflichkeit der Beteiligten des Rechtsgeschäfts voraussetzt oder ob allein die bloß objektive Unrechtmäßigkeit zur Begründung der Sittenwidrigkeit ausreicht.

Technisch gesehen dreht sich die oben erwähnte Auseinandersetzung um drei mögliche Gründe, warum die Generalklausel der guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts einschränkt: (1) Der objektiv anstößige Ausfluss der Privatautonomie der Parteien, d.h. ihre Handlung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts ist zu beanstanden; (2) obwohl das Ergebnis der privatautonomen Handlung der Parteien nicht verurteilt werden kann, sollte der Ausgangspunkt der Ausübung der Privatautonomie, d.h. die subjektive Situation der Parteien, verwerflich sein; (3) um die Sittenwidrigkeit zu begründen, müssen die objektive Unrechtmäßigkeit und die subjektive Unrechtmäßigkeit der Parteien nebeneinander stehen. Unter diesen drei Gründen verbirgt sich eine inhärente Bewertung der Generalklausel der guten Sitten. Der Autor schließt sich der dritten Auffassung an, die auch in einigen Urteilen des BGH und teilweise in der Literatur vertreten wird.[643]

a. Keine Sittenwidrigkeit wegen bloß objektiver Unrechtmäßigkeit

Zuerst reicht die bloß objektive Unrechtmäßigkeit der Handlung im Rechtsgeschäft nicht aus, um ihre Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen.

Der typischste Fall einer direkten Vernichtung des Ergebnisses der Parteiautonomie ist der Fall, in dem das Rechtsgeschäft gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB verstößt. Wäre es jedoch nach Ausschöpfung der juristischen Methodik (insbesondere teleologische Reduktion, teleologische Erweiterung und Analogie, deren Reichweite die Fälle von Gesetzumgehung umfasst[644]) nicht möglich, ein Verbotsgesetz auf die fragliche Handlung anzuwenden, könnte dies bereits ein starkes Indiz dafür sein, dass der objektive Inhalt der Handlung der Prüfung durch die bestehenden Gesetze standgehalten hat. Der Beteiligte kann sich somit darauf berufen, dass er im Rahmen eines berechtigten Vertrauens gehandelt hat. Wenn die fragliche Handlung dennoch als objektiv anstößig erscheint, könnte es sein, dass sie zufällig in eine planwidrige Gesetzeslücke fällt und womöglich gegen eine gewisse rechtliche Wertung verstößt, aber es wäre nicht gerechtfertigt, dieser Handlung allein aus diesem Grund

[643] Lehransichten siehe Bamberger/*Wendtland*, § 138, Rn. 19 ff; Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 20 ff; *Brox*/*Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., München 2009, § 14, Rn. 330. Die betreffenden BGH-Entscheidungen, siehe BGH WM 1976, 181; BGH NJW 2010, 363.

[644] Vgl. Staudinger/*Fischinger*/*Hengstberger*, 2021, § 134, Rn. 177; MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 134, Rn. 14; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., München 2015, S. 74.

die volle Rechtswirkung zu versagen. Denn neben der *allgemeinen Handlungsfreiheit* wäre auch das subjektive Vertrauen der Parteien in das bestehende Gesetzessystem als ein geschütztes Interesse von Verfassungsrang.[645] Der hier vertretenen Ansicht nach dürfte dieses berechtigte Vertrauen an sich schon ausreichend sein, um die objektive Unrechtmäßigkeit der betroffenen Handlung auszugleichen.

Außerdem sollte das Verhältnis zwischen § 138 Abs. 1 BGB und § 134 BGB klargestellt werden. Geht man davon aus, dass § 134 BGB das allgemeine Prinzip bestätigt[646], dass eine bloß objektive Unrechtmäßigkeit ein Rechtsgeschäft nichtig machen kann, so könnte dies in methodischer Hinsicht dazu führen, dass bei der objektivistischen rechtlichen Bewertung der in § 134 BGB verwiesenen Vorschriften Einzel- oder Gesamtanalogien durchaus möglich wären, wodurch aber der Anwendungsbereich des § 138 Abs. 1 BGB gefährdet werden würde. Das scheint unangemessen zu sein. Im Gegensatz zu einigen Auffassungen[647] ist der Autor daher der Ansicht, dass in diesem Falle die objektiv nicht rechtmäßige Handlung nur dann unwirksam wird, wenn die Parteien zusätzlich in Bezug auf ihre subjektive Situation auch ein anstößiges Merkmal aufweisen, beispielsweise, wenn sie bei Vornahme der Handlung die einschlägigen Rechtswertungen missachten, leugnen, verschweigen oder zumindest leichtfertig vernachlässigen. In diesem Sinne besteht ein direkter Zusammenhang zwischen der subjektiven Unrechtmäßigkeit und der objektiven.[648] Die Verwerfung der Unrechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts läuft nicht auf eine moralische Verurteilung der betreffenden Parteien hinaus, sondern soll die Parteien daran hindern, die bereits im geltenden Recht verankerten Wertungen durch missbräuchliche Ausübung der Privatautonomie zu untergraben; dies spiegelt die „*präventive*“ Funktion der Generalklausel der guten Sitten wider.[649]

b. Keine Sittenwidrigkeit wegen bloß subjektiver Unrechtmäßigkeit

Andererseits reicht die bloß subjektive Unrechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts auch nicht aus, um dieses als sittenwidrig und somit für nichtig zu erklären.

Es gibt zwar sicherlich Vorschriften, die die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften allein deshalb beschränkt, weil der subjektive Wille der Parteien verwerflich ist[650], wie etwa die

---

[645] *Degenhart*, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 34. Aufl., Heidelberg 2018, § 4, Rn. 380 ff.

[646] Eine im Wesentlichen übereinstimmende Ansicht vertritt *Lutz*, vgl. *Lutz*, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge, Berlin 2021, S. 83.

[647] *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124, 134 ff; *Sack*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, 761, 765 ff; *Mayer-Maly*, „Renaissance der laesio enormis?“, FS Larenz 1983, 395, 405; MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 124.

[648] *Lindacher* sagte, „*Konstitutiv für das Sittenwidrigkeitsurteil ist die innere Einstellung des bzw. der Beteiligten nur, wenn sich die Sittenwidrigkeit des Geschäfts erst aus der konkreten Ziel-Mittel-Verknüpfung ergibt*.“ Siehe *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124, 134. Ähnliche Ansicht siehe auch *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133, 1139; *Lutz*, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge, Berlin 2021, S. 82 f.

[649] *Lindacher*, AcP 173 (1973), 124, 134.

[650] Bemerkenswert ist, dass die Rechtsfolge des Geschäfts mit geheimem Vorbehalt, des Scherzgeschäfts und des Scheingeschäfts nach dem herkömmlichen Zivilrecht zwar auch die Nichtigkeit ist (siehe §§ 116-118 BGB). Der

Vorschriften über arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB). Diese beiden setzen den Vorsatz einer Partei des Rechtsgeschäfts voraus, was schon der verwerflichste Zustand auf der subjektiven Ebene ist, aber die Rechtswirkung ist, dass das betroffene Rechtsgeschäft in diesen Fällen nur als anfechtbar gilt. Es liegt nahe, dass allein die subjektive Verwerflichkeit nicht zur Begründung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ausreicht, sondern es muss auch ein objektiv anstößiges Merkmal vorliegen, da sonst die Gefahr eines Wertungswiderspruchs innerhalb des geltenden Rechtssystems entstehen würde.[651]

Die Generalklausel der guten Sitten selbst hat eine rechtliche Bewertung inne, die die Grundlage für die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts liefert. Diese Bewertung hat jedoch keine inhaltliche Fülle, sondern bietet stattdessen einen wertenden Rahmen, der aus den Elementen der „objektiven Unrechtmäßigkeit“ und der „subjektiven Unrechtmäßigkeit“ besteht. Dieser Rahmen eignet sich dafür, innerhalb des Gedankens des „*beweglichen Systems*“ untersucht zu werden[652], der die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf objektiv unrechtmäßige und subjektiv unrechtmäßige Elemente eines Rechtsgeschäfts verteilt. Was den spezifischen Inhalt der materiellen Wertung innerhalb der „objektiven Elemente“ und der „subjektiven Elemente“ betrifft, so ist nach den innerrechtlichen Wertungen, die über die Generalklausel hinaus gehen, zu suchen.

(2) Die innerrechtlichen Wertungen außerhalb der Generalklausel der guten Sitten

Bei der Auswahl der innerrechtlichen Wertungen außerhalb des wertenden Rahmens der Generalklausel wäre es besonders wichtig, auf die Wertungen im Bereich des einfachen Gesetzesrechts abzustellen, das feststeht und eine relativ klare kognitive Grundlage bietet. Es stellt sich nun die Frage, welche Wertungen des Gesetzesrechts zur Ausfüllung der guten Sitten geeignet sind.

a. Das Verbotsgesetz in § 134 BGB

Im Mittelpunkt steht dabei die Frage nach dem Verhältnis zwischen §§ 134 und 138 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Rechtsanwendung. Wie das „*gesetzliche Verbot*“ in § 134 BGB zu definieren ist, ist zuerst zu beantworten. Denn wenn eine gesetzliche Vorschrift überhaupt kein Gesetzverbot im Sinne dieser Vorschrift darstellt, kann sie natürlich eine Wertung bieten, die die guten Sitten bildet und die bei der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB herangezogen wird.

Zu dem „gesetzlichen Verbot“ im Sinne des § 134 BGB gehören meines Erachtens nur

---

Gesetzgeber hat aber diese Nichtigkeit nicht aufgrund einer „Verwerflichkeit“ oder damit verbundenen „Verurteilung“ vorgeschrieben, sondern vielmehr den wahren Parteiwillen, nach dem das Rechtsgeschäft nicht in Kraft gesetzt werden soll, nach der Auslegungsregel „*protestatio facto contraria non valet*“ eingehalten. Betreffende Ausführung siehe HKK/*Schermaier*, § 116, Rn. 36.

[651] Änliche Ansicht wie *Canaris*, Wandlung des Schuldvertragsrechts: Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 288.

[652] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 29.

Verhaltensnormen mit konkretem Tatbestand, die in einer subsumierbaren Weise angewendet werden können (sog. „*Dürfen-Vorschriften*“[653]), nicht aber die „*Können-Vorschriften*“, die zwar in einer subsumierbaren Weise angewendet werden können, die aber nicht auf die inhaltliche Prüfung der Handlung der rechtsgeschäftlich Beteiligten abzielen, sondern lediglich den Grundrahmen der Privatautonomie (z.B. das Institut der Geschäftsfähigkeit[654]) und auch nicht bloße Zwangsgesetze ohne bestimmten Tatbestand darstellen, die überhaupt nicht in einer subsumierbaren Weise auf privatrechtliche Geschäfte angewendet werden können (z.B. die staatsrechtlichen Bestimmungen im Grundgesetz).[655]

Handelt es sich bei einer zwingenden Rechtsvorschrift nicht um ein unmittelbar anwendbares Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, so kann sie dennoch mittelbar die Wirksamkeit eines Vertrags berühren. Diese „*mittelbare Auswirkung*“ erfolgt dadurch, dass bei der Ausfüllung der unrechtmäßigen Elemente der guten Sitten durch eine innerrechtliche Wertung die verschiedenen Rechtsquellen (insbesondere die einfachen Gesetze) ausgelegt und bestimmte Rechtssätze oder Rechtsgedanken herausgearbeitet werden müssen. Der Ansatz der Subsumierung tritt hier ohne Weiteres auch in Kraft, nämlich dadurch, dass festzustellen ist, ob die fragliche Handlung unter den aus der Auslegung innerrechtlichen Wertungen ausgearbeiteten Rechtssätzen – die durch die Generalklausel der guten Sitten vermittelt wird – subsumiert werden kann und damit sittenwidrig ist. Obwohl es sich um eine „mittelbare Auswirkung“ handelt, bedeutet dies nicht, dass die Generalklausel der guten Sitten nicht in einer subsumierbaren Weise angewendet werden kann.[656] Außerdem kann die vorherrschende Methode der Gesetzauslegung, selbst wenn sie anhand des Wortlauts der Generalklausel der guten Sitten nur unergiebig wäre, auch eine wichtige Rolle im Prozess der *Konkretisierung* der Generalklausel spielen.[657] Einige sind der Meinung, dass das Verbotsgesetz und die Sittenwidrigkeitsklausel bezüglich der Methoden der Anwendung in der Tat einander nahekommen, da sowohl die Beurteilung der Verbotswidrigkeit als auch die der Sittenwidrigkeit unter Berücksichtigung des Zwecks der Rechtsnorm zu erfolgen hat.[658] Da es jedoch insofern einen Unterschied zwischen den beiden gibt, ob sie unmittelbar unter die spezifische Rechtsvorschrift subsumiert werden können oder nicht, sollte sowohl bei der Gesetzesauslegung als auch bei der Gesetzgebung eine Abgrenzung zwischen den beiden gezogen werden.

---

[653] Vgl. *Boemke*/*Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil, Heidelberg 2009, § 11, Rn. 7; *Larenz*/*Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 102.

[654] Vgl. *Boemke*/*Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil, Heidelberg 2009, § 11, Rn. 7; *Larenz*/*Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 102.

[655] *Larenz*/*Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 3, Rn. 102.

[656] *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 534.

[657] Vgl. *Kamanabrou*, AcP 202 (2002), 662, 670 ff.

[658] *Damm*, JZ 1986, 913, 919 f.

b. Parallele Anwendung des Verbotsgesetzes und § 138 Abs. 1 BGB auf einen Sachverhalt?

Es bleibt fragwürdig, ob es möglich ist, sowohl das Verbotsgesetz als auch die Generalklausel der guten Sitten auf den gleichen Sachverhalt anzuwenden. Die Möglichkeit hierfür scheidet nicht völlig aus. Die nähere Erörterung kann aber mit den Regeln für die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB) beginnen.

Es wurde eine Auffassung vertreten, dass die Vorschrift über die arglistige Täuschung und die widerrechtliche Drohung *lex specialis* im Verhältnis zur Generalklausel der guten Sitten nach § 138 BGB seien.[659] Es wurde weiter ausgeführt, dass die Regeln für arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die unter „*unzulässiger Willensbeeinflussung*“[660] vorgenommen werden, spezifisch einschränken und somit die Sonderregelungen für besondere sittenwidrige Fälle darstellen, wodurch der Vorschrift über die guten Sitten eine „teleologische Reduktion“ auferlegt werde.[661] Danach hätte die Klausel der guten Sitten auch dann keine Gelegenheit zur Anwendung, wenn ein durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung abgeschlossenes Rechtsgeschäft in seinem objektiven Inhalt auch unrechtmäßig wäre.[662] Es liegt nahe, dass nach dieser Auffassung nicht lediglich die Regeln für arglistige Täuschung und Drohung nach § 123 BGB als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB gelten, sondern, dass sie auch einen „*Normzweckvorbehalt*“ tragen, der die Anwendung anderer Regeln dort ausschließt, wo der subjektive Wille oder seine Bildung der Vertragsparteien bewusst in einer unrechtmäßigen Weise beeinträchtigt wird.

Der hier vertretenen Ansicht nach ist der Auffassung zu folgen, wonach es sich bei der Vorschrift über arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung nach § 123 BGB um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB handelt.[663] Der „*Normzweckvorbehalt*“, der angeblich die Anwendung der Generalklausel der guten Sitten bei einem Sachverhalt, in dem die arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung besteht, ausschließe, ist aber eher als fragwürdig zu befinden. Der BGH deutete an, dass eine arglistige Täuschung mehr als anfechtbar sein kann, wenn das Rechtsgeschäft auch objektiv rechtswidrig ist.[664] Dieses Ergebnis des BGH bedarf aber einer näheren Erklärung je nach der Situation:

---

[659] Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 64.

[660] Betrachtung von Rechtsgeschäften, die wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung abgeschlossen werden, als Rechtsgeschäfte unter „*unzulässiger Willensbeeinflussung*“, siehe BGH NJW 2008, 982 (983).

[661] *Köhler*, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665, 667.

[662] *Köhler*, JuS 2010, 665, 667.

[663] Betrachtung der Regeln der arglistigen Täuschung und widerrechtlichen Drohung als Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB siehe Hk-BGB/*Dörner*, 2017, § 138, Rn. 19.

[664] Der BGH meint, dass die wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte neben den Regeln für arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung in § 123 BGB auch den Regeln des § 138 BGB unterliegen können, sofern zu der „unzulässigen Willensbeeinflussung“ aus Täuschung und Drohung weitere Umstände hinzukommen, die die Rechtsgeschäfte als Ganzes als sittenwidrig erscheinen lassen. Vgl. BGH NJW 2008, 982.

(1) Enthält das wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung abgeschlossene Rechtsgeschäft ein weiteres objektiv unrechtmäßiges Merkmal, das gegen eine rechtliche Wertung hinsichtlich der Interessen eines Dritten oder der Allgemeinheit verstößt, hält dieser Befund stand. Dies kann anhand eines Beispiels erklärt werden. Herr A und Herr C vereinbaren, dass A den C dafür bezahlt, dass C den D, der in einem Prüfungszentrum arbeitet, kennenzulernen versucht, um zwischen A und D eine „Verbindung" herzustellen, damit gegebenenfalls die Aufnahme seiner Kinder in eine bestimmte Hochschule erleichtert werden kann. Um seine sittenwidrige Absicht zu verbergen, wies A seinen Bekannten B an, C 10.000 € zu geben, teilte B dabei aber in betrügerischer Absicht nicht den wahren Zweck mit, wofür das Geld verwendet werden sollte.

(2) Richtet sich die objektive Unrechtmäßigkeit des wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung vorgenommenen Rechtsgeschäfts jedoch nur gegen den Getäuschten oder Bedrohten, so ist es gerecht, nicht das Rechtsgeschäft unmittelbar für nichtig zu erklären, sondern die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit beizubehalten. Der Grund dafür liegt darin, dass die Beibehaltung der Anfechtbarkeit weder Dritten noch der Öffentlichkeit schaden würde; möglicherweise möchte der Getäuschte oder Bedrohte auch das Rechtsgeschäft beibehalten und daher sollte ihm die Möglichkeit nicht verwehrt werden, das Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten, während eine Nichtigkeitssanktion eine unverhältnismäßige Lösung darstellen könnte.[665] An dieser Stelle wäre vielmehr die innerrechtliche Wertung, gegen die die objektiven unrechtmäßigen Umstände verstoßen, bereits durch die Ratio der Regeln für arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung aufgefangen.

Nach alledem lässt sich sagen, dass ein wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung geschlossenes Rechtsgeschäft nur als subjektiv unrechtmäßig gilt und nur als „*teilweise sittenwidriges Geschäft*" bezeichnet werden kann. Weist es auch einen objektiv unrechtmäßigen Charakter auf, soll es nur dann in die Generalklausel der guten Sitten fallen, wenn eine objektive Unrechtmäßigkeit in dem Geschäft auch einen Dritten oder die Öffentlichkeit gefährdet. Dies bedeutet, dass die Klausel über die guten Sitten unter bestimmten Umständen zwar den § 134 BGB „*ergänzt*"[666], eine solche Ergänzung jedoch bestimmten Anforderungen genügen muss. Ist ein verbotswidriges Geschäft im Sinne des § 134 BGB bloß subjektiv oder bloß objektiv rechtswidrig, dient das verletzte Verbotsgesetz aber dem Schutze einer Partei und verlangt keine Nichtigkeitsfolge, so kann die Anwendung der Klausel der guten Sitten nur dann in Betracht gezogen werden, wenn mit dem kollidierenden Geschäft gleichzeitig ein anderer Unrechtszustand vorliegt und dieser einer anderen rechtlichen Wertung widerspricht als die, die in dem verletzten Verbotsgesetz verankert ist.

---

[665] Ähnliche Ansicht siehe *Maaß*, Grundstückskauf nur noch mit Wertgutachten?, NJW 2001, 3467, 3468.

[666] *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB,7. Aufl., Heidelberg 2003, Rn. 498b.

c. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich sagen, dass ein Raum für die Anwendung der Klausel der guten Sitten regelmäßig nicht besteht, wenn das fragliche Rechtsgeschäft direkt oder in analoger Weise gegen ein in einer subsumierbaren Weise anwendbares Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB verstößt. Solange dies nicht der Fall ist, sollten die Fälle der guten Sitten jedoch durch eine innerrechtliche Wertung ergänzt werden. Die Erfindung der Beurteilungskriterien der Sittenwidrigkeit durch eine innerrechtliche Wertung richtet sich nach der Auslegung der einschlägigen Rechtsquellen, die sich nach klassischer juristischer Methodik entfaltet. Die Generalklausel der guten Sitten findet dann im Wege einer Vermittlung der dadurch ausgearbeiteten innerrechtlichen Wertung ihre Anwendung. Natürlich sorgt nicht alles, was die innerrechtliche Wertung beeinträchtigt, für die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts, aber hier kommt es in der Tat auf die weitere Frage an, wie die Rechtsfolgen eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts zu bestimmen oder zu begrenzen sind.

(3) Die subjektive Unrechtmäßigkeit in verschiedenen Bereichen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Konkretisierung der guten Sitten in erster Linie von der Rahmenbewertung der Generalklausel selbst abhängt: Die Ungültigkeit eines sittenwidrigen Geschäfts setzt sowohl die objektive als auch die subjektive Unrechtmäßigkeit voraus. Der spezifische Inhalt der objektiven und subjektiven Unrechtmäßigkeit muss indessen in jedem Einzelfall im Hinblick auf die jeweiligen Rechtswerte geprüft werden. Die objektive Unrechtmäßigkeit des Geschäfts soll durch Richter von Amts wegen festgestellt werden. Aber die subjektive Verwerflichkeit der Parteien wird im Wesentlichen durch ihre einzelfallbezogene Haltung geprägt. Deshalb sollen ihnen die Möglichkeit überlassen werden, sich zu verteidigen, so dass der Richter die subjektive Verwerflichkeit nicht völlig selbstherrlich feststellen kann, sondern weiterhin auf das System der Beweislastverteilung angewiesen sein muss.[667]

Die spezifische Lage einer subjektiven Unrechtmäßigkeit bei der Partei zu bestimmen, gilt als schwierig. Die deutsche Judikatur bezeichnet eine solche Unrechtmäßigkeit generell mit dem Ausdruck der „*verwerflichen Gesinnung*“, der aber inhaltlich leer ist. Da, wie erwähnt, die objektive und die subjektive Unrechtmäßigkeit im Zusammenspiel stehen, kann sich die letztere oder die so genannte „verwerfliche Gesinnung“ m.E. je nach der objektiven Unrechtmäßigkeit des Geschäfts ändern und somit ein ganz unterschiedliches Gebilde und verschiedene Bestimmungsmöglichkeiten aufweisen.

a. Geschäft, das der allgemein anerkannten Wertung zuwiderläuft

Erstens kann bei einem Verstoß gegen eine Rechtswertung von verfassungsrechtlichem Rang oder gegen eine mit einem allgemein anerkannten Wert, wie z.B. eine berufliche Sittlichkeit, die subjektive Unrechtmäßigkeit vermutet werden, sofern die betreffende Person

[667] Ähnliche Ansicht, siehe Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 19.

zumindest fahrlässig gehandelt hat und ihr deswegen die Bedeutung der einschlägigen Umstände nicht bewusst ist. Hier liegt die „*verwerfliche Gesinnung*“ in der Gedankenlosigkeit.

So kann beispielsweise bei Vereinbarungen, bei denen eine Vertragspartei ihre Freiheit des Entschlusses in Gewissensfragen aufgibt, die subjektive Einstellung ihres Gegenpartners unmittelbar als verwerflich vermutet werden.[668] Das gleiche gilt dort, wo ein Arzt seine Praxis an einen anderen Arzt verkauft mit der Vereinbarung, dass der Verkäufer dazu verpflichtet ist, in der Stadt, in der sich seine ursprüngliche Praxis befindet, niemals eine neue Praxis zu eröffnen. Selbst wenn der kaufende Arzt nicht weiß, was dies für den verkaufenden Arzt bedeutet, wäre schon gemäß den allgemeinbekannten hohen Anforderungen des „Standrechts“[669] an Ärzte eine Fahrlässigkeit und somit ein subjektives Verschulden für seine Unkenntnis zu vermuten.[670] So verhält es sich auch mit den Rechtsanwälten, Richtern usw.

Hier steht das subjektive Merkmal der Unrechtmäßigkeit eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts einer allgemein anerkannten Rechtswertung gegenüber, wie den verfassungsrechtlichen Grundrechten oder dem bekannten Berufsethos, der mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und dem Dienst für das Gemeinwohl verbunden ist[671], so dass selbst dann, wenn die betreffende Partei keine Kenntnis von der Unrechtmäßigkeit, die sich aus dem Verstoß gegen diese Rechtswertung ergibt, hatte, diese eine solche Unkenntnis zu vertreten hätte. Denn dieser Rechtswertung liegt der Gedanke „*error iuris nocet*“ zugrunde, welcher dem rechtsgeschäftlichen Akteur ein Wissenserfordernis auferlegt. Es geht also nach wie vor im Wesentlichen darum, die subjektive Einstellung der Parteien des Rechtsgeschäfts zu regeln, indem sie aufgefordert werden, ihrem Gewissen zu folgen oder zumindest die relevante Rechtswertung sorgfältig in Augenschein zu nehmen.

Dass der rechtsgeschäftliche Akteur seinem vernünftigen Gewissen folgen müsste, liegt der Beobachtung zugrunde, dass ein verständlicher Durchschnittsmensch unter Umständen nicht ohne Gewissensschwankung tätig werden kann, sondern „vom Gewissen angepasst“[672] werden muss, um die anzustrebende Tätigkeit durchzuhalten – So etwa ein Unternehmer, der mit einer anderen Person einen *Sklavenarbeitsvertrag* abschließt und behauptet, er wisse nicht, was „*Menschenwürde*“ darstelle, oder ein Arzt, der mit einem untergeordneten Kollegen ein dauerhaftes Wettbewerbsverbot vereinbart und sich verteidigt, er wisse nicht, welche Auswirkungen dies auf die Karriere eines anderen haben werde. Selbst wenn die Unkenntnis in den genannten Fällen tatsächlich auf die mangelnde Kompetenz der Person zurückzuführen

---

[668] Vereinbarungen, bei denen eine Vertragspartei ihre Freiheit des Entschlusses in Gewissensfragen aufgibt, sind sittenwidrig. Siehe *Coing*, NJW 1947/48, 213, 217.

[669] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 46; Hk-BGB/*Dörner*, 2017, § 138, Rn. 10.

[670] Für diesen Fall eines zeitlich unbeschränkten Wettbewerbsverbots wird vertreten, dass die Berufsausübung im Hinblick auf den über § 138 Abs. 1 BGB wirkenden Art. 12 GG angetastet wird, so dass das Geschäft als sittenwidriges nichtig ist. Vgl. MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 48.

[671] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 46. Das heißt, dass nicht jedes Berufsethos geeignet ist, eine Vermutung für eine Sittenwidrigkeit zu begründen. Vgl. MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 46 f, 52.

[672] *Rehbinder*, Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sog. Rechtsgefühl, JZ 1982, 1, 2 ff.

wäre, würde sie als ein Ausfluss des Verantwortungslosen gelten und könnte schwerlich durch Gegenbeweise gerechtfertigt werden.[673]

Dass den Parteien des Rechtsgeschäfts eine größere Sorgfalt für die einschlägige Rechtswertung auferlegt wird, liegt jedoch daran, dass die Wertung bereits eine klarere normative Grundlage auf rechtlicher Ebene hat oder sie der Öffentlichkeit in der Praxis bereits bekannt ist und die Rechtsordnung davon ausgeht, dass ein vernünftiger Mensch die Wertung mit ein wenig Mühe erkennen und dann verstehen kann und in diesem Falle die „*Unkenntnis von dem Gesetz*" nicht gerechtfertigt werden könne. Anders gewendet: Ein „*Rechtsirrtum*" wird an dieser Stelle von Rechts wegen als vermeidbar angesehen. Im Falle der *Testierfreiheit* beispielsweise gibt es zwar kein entsprechendes Verbotsgesetz, das die Abdingbarkeit dieser Freiheit unterbindet, aber angesichts dessen, dass das Gesetz schon eine Reihe von ausdrücklichen Bestimmungen über die Testierfreiheit getroffen hat, und dass die Errichtung eines Testaments selbst ein persönliches Interesse darstellt, über das der Erblasser die absolute Verfügungsgewalt hat, sollte ein Durchschnittsbürger leicht wissen, dass die Testierfreiheit nicht im Voraus ausgeschlossen werden kann.[674]

Kurz gesagt, die oben erwähnte „*Vermutung*" der subjektiven Unrechtmäßigkeit wirkt hier fast „*fiktiv*". Man könnte argumentieren, dass diese „Fiktion" in Wirklichkeit einer Theorie, die auf das subjektiv unrechtmäßige Element des sittenwidrigen Geschäfts verzichtet, entspräche. Aber der Autor ist der Meinung, dass die hier erörterten innerrechtlichen Wertungen bereits die Herzen der Menschen berührt haben oder selbst einen gewissen hohen Grad der Öffentlichkeit oder Zugänglichkeit aufweisen, so dass die rechtsgeschäftlich Handelnden immer ein betreffendes Bewusstsein haben müssen. Das heißt, dass die vorliegende Wertung dazu dient, auf subtile und unmerkliche Weise das Rechtsempfinden der Gesellschaftsmitglieder zu prägen.[675] Es handelt sich also weniger um eine „Fiktion" des subjektiv unrechtmäßigen Elements des Geschäfts, als um *eine Verobjektivierung der Kriterien für diese subjektive Unrechtmäßigkeit*. Das subjektiv unrechtmäßige Element wird somit zur Begründung der Sittenwidrigkeit nicht aufgegeben, denn es wird nach wie vor im Rahmen der Gesamtwürdigung des fraglichen Rechtsgeschäfts beurteilt. Der sittenwidrig Handelnde kann daher in den oben ausgeführten Fällen weder behaupten, er wisse nicht, was er getan habe, noch, dass die innerrechtliche Wertung, gegen die er verstößt, nur einen Charakter einer „*fremdbestimmenden Moral*" habe, der eine Berücksichtigung der subjektiven

---

673 Eine ähnliche Logik findet sich in der „Pflicht zur Verschwiegenheit" des Arztes in Bezug auf die Übertragung der schriftlichen Unterlagen der Patienten zum Zeitpunkt der Übertragung der Klinik, wenn eine Literaturansicht die Beziehung zwischen beruflichem Ethos, beruflichem Gewissen und den guten Sitten wie folgt begründete: „*Soweit nicht besondere Absprachen getroffen worden sind, beruht die Pflicht zur Verschwiegenheit schon auf der Verkehrssitte. Nach Treu und Glauben übernimmt nämlich der Arzt im Vertrage die Pflichten, die im Rechtsverkehr von einem gewissenhaften Arzt erwartet werden*." Siehe *Kuhlmann*, Übertragung einer Arztpraxis und ärztliche Schweigepflicht, JZ 1974, 670.

674 Vgl. *Ye Mingyi*, Zur Wirkung einer im Voraus ausgesprochenen Verzichtserklärung der Rechte, in: Peking University Law Journal 2008/2, S. 327 ff.

675 *Rehbinder*, JZ 1982, 1, 3 f.

Situation des Akteurs außer Acht lässt.[676]

b. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Im Falle eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung wäre es schwierig, die Art und Weise zu bestimmen, in der die subjektive Unrechtmäßigkeit eines als sittenwidrig empfundenen Rechtsgeschäfts festgestellt werden soll, da es offenbleibt, ob „*das auffällige Missverhältnis von Leistungsaustausch*“ oder, kürzer gesagt, „*die fehlende Äquivalenz*“, als eine allgemeinanerkannte Wertung einzuordnen ist.

(a) Der Verzicht auf die subjektive Voraussetzung der „wucherähnlichen Geschäfte“ und seine Kritik

Im deutschen Recht kommt für die Probleme des Zinswuchers bei Verbraucherdarlehen die Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB nur dann in Betracht, wenn die Tatbestandsmerkmale des Wuchergeschäfts nach § 138 Abs. 2 BGB nicht völlig erfüllt sind. Die deutsche Judikatur hat für solche Fälle die Fallgruppe der so genannten „*wucherähnlichen Geschäfte*“ gebildet, die zur Begründung der Sittenwidrigkeit der Zinsvereinbarung bei Verbraucherkrediten voraussetzt, dass dabei ein objektives „auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung“ besteht und eine subjektive „verwerfliche Gesinnung“ bei dem Kreditgeber vorliegt.[677] Gleichzeitig leitet die Rechtsprechung aus der bloß objektiven Tatsache des Missverhältnisses des Leistungsaustauschs (d.h. der vereinbarte überhöhte Zinssatz) auch unmittelbar eine Vermutung ab, dass in subjektiver Hinsicht auch die „verwerfliche Gesinnung“ festzustellen ist.[678] Dieser Ansatz wird jedoch von vielen in der Literatur in Frage gestellt.

Abgesehen von der Kritik, dass dies der Absicht des deutschen Gesetzgebers des BGB zuwiderlaufe, der ausdrücklich die Regel der „*laesio enormis*“ aufgebe, die allein auf eine objektive Unausgewogenheit des Leistungsaustauschs abstelle[679], besteht noch der Einwand, dass diese direkte Ableitung einer subjektiven Unrechtmäßigkeit aus dem bloß objektiven fehlenden Äquivalenz eine grundsätzliche Absage an die subjektive Voraussetzung der Sittenwidrigkeit darstelle.[680] *Koziol* vertrat die Auffassung, dass bei Vorliegen eines Leistungsmissverhältnisses auf die „*Grundwertungen*“ der Wuchervorschriften in § 138 Abs.

---

[676] *Sack* argumentierte, dass derjenige, der nicht weiß, was er getan hat, nicht verurteilt werden könne und dass das Geschäft manchmal nur einer Norm der „*heteronomen Moral*“ zuwiderlaufe, die „*keineswegs immer und notwendig die Verwirklichung eines subjektiven Tatbestandes*“ voraussetze. Siehe *Sack*, NJW 1985, 761, 765, 768.

[677] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 118. *Canaris* meinte, dass bei fehlender Äquivalenz zur Begründung der Nichtigkeit des Geschäfts neben dem objektiven Leistungsmissverhältnis auch eine Beeinträchtigung der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der Parteien nachgewiesen werden muss. Siehe *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 287.

[678] Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 19.

[679] Dies ist die vorherrschende Meinung. Teils wird aber von dem historischen Gesichtspunkt aus vertreten, dass sich die Regel der „*laesio enormis*“ ähnlich wie die Wucherregelung des § 138 Abs. 2 BGB in ihrem Tatbestand nicht in einem objektiven Leistungsmissverhältnis erschöpft, sondern auch ein subjektives Element erfordert. Siehe *Becker*, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, Köln 1993, S. 4.

[680] *Mayer-Maly*, FS Karl Larenz 1983, 395, 403; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 301.

2 BGB abzustellen sei, dass auf das subjektiv unrechtmäßige Element nicht verzichtet werden dürfe und dass der Schuldner eine Beweisführung darlegen müsse, damit die Unrechtmäßigkeit des Missverhältnisses des Leistungsaustauschs begründet werde.[681] Die „fehlende Äquivalenz" habe an sich keinen wertenden Inhalt, da Fälle wie *gemischte Schenkung*, *Freundschaftsverkäufe* usw. ebenfalls unter einem schwerwiegenden „auffälligen Missverhältnis" leiden, aber das sei zweifelsohne angemessen, da der subjektive Wille zur Äquivalenz ausschlaggebend sei und das „auffällige Missverhältnis" nur in Verbindung mit dem subjektiven Willen der Parteien relevant werde.[682] Eine Beweislastumkehr liege nur dann vor, wenn ein *Machtgefälle* zwischen den Parteien bestehe.[683]

(b) Stellungnahme

Der vollständigen Annahme des Ansatzes, die subjektive Unrechtmäßigkeit einfach aufgrund objektiver fehlender Äquivalenz zu vermuten, ist meines Erachtens jedoch ebenso wenig zu folgen wie die völlige Befürwortung des Ansatzes, die Vermutung der subjektiven Unrechtmäßigkeit aufgrund objektiven Missverhältnisses einfach zu verbieten. Abgesehen von der Starrheit des Ergebnisses dieser Ansätze liegt das größte Manko in der Überbetonung der Maßgeblichkeit des subjektiven unrechtmäßigen Elements bei der Bestimmung der Natur des Leistungsmissverhältnisses, während die Tatsache ignoriert wird, dass das „Leistungsmissverhältnis" auch eine eigenständige Wertung innerhalb der Rechtsordnung innehat.

aa) Keine Absorbtion der rechtlichen Beurteilung des Leistungmissverhältnisses durch „Willensmängel"

Das „Wuchergeschäft" im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB besteht aus zweierlei Elementen, nämlich der Ausnutzung der Zwangslage des Bewucherten durch den Wucherer mit einer entsprechenden Absicht und der objektiven Tatsache des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung. Es liegt auf der Hand, dass es sich bei ersterem um eine subjektive Unrechtmäßigkeit handelt, die darauf abzielt, die Willensbildung des Bewucherten in einer unrechtmäßigen Weise zu stören, die dem Wucherer selbst zugutekommt, und die durch die bloße Beeinträchtigung der Interessen des Bewucherten oder der der Gegenpartei gekennzeichnet ist. Die Rechtsfolge eines Wuchergeschäfts ist jedoch aus gesetzlicher Sicht schwerwiegender als die der durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte vorgeschrieben, bei der es sich um die anfechtbaren Geschäfte handelt. Entgegen dem Gedanken von *Koziol*, dass der Parteienwille die Beurteilung des Leistungsmissverhältnisses bestimme, scheint dies schon darauf hinzudeuten, dass die Bedeutung des „Leistungsmissverhältnisses" bereits über die bloße „Beeinträchtigung der Willensgestaltung der Gegenpartei" hinausgeht und eine einzigartige Eigenschaft hat, die die strengere Sanktion (Nichtigkeit des Geschäfts) rechtfertigt. Ansonsten

[681] *Koziol*, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988), 183, 191 f.
[682] *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 194 f.
[683] *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 197 ff.

sollte das „Leistungsmissverhältnis“, das andernfalls lediglich als nachteilig für die Willensbildung der Gegenseite angesehen werden würde, als schon von der Gewichtigkeit der subjektiven Unrechtmäßigkeit her absorbiert bewertet werden und die Rechtsfolge eines Wuchergeschäfts im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB dürfte daher nicht strenger als eine Anfechtbarkeit sein, damit ein Wertungswiderspruch vermieden wird.

bb) Der eigene Schutzgedanke in Abwendung des Leistungsmissverhältnisses

Innerhalb des Rechtssystems gibt es eine Vielzahl von preisrechtlichen Vorschriften. Diese Vorschriften dienen der Beseitigung der Missstände in der Volkswirtschaft, wie *Preistreiberei*, *Preisdiskriminierung*, *irreführende Werbung* usw.[684] Dementsprechend bezwecken diese Vorschriften, zusammenfassend gesagt, zweierlei: die *Wahrung des öffentlichen Interesses* und die *Wahrung des individuellen Interesses*.[685] Obwohl diese preisrechtlichen Bestimmungen ihren Niederschlag im Bereich des Wettbewerbsrechts finden, sind die genannten beiden hauptsächlichen Wertungen – die „*Wahrung des öffentlichen Interesses*“ und die „*Wahrung des individuellen Interesses*“ – nicht nur im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsrecht von Relevanz. Der hier vertretenen Ansicht nach könnten diese beiden Wertungen vielmehr die Grundwertungen hinsichtlich des „Leistungsmissverhältnisses“ in § 138 BGB darstellen. Anders ausgedrückt, unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB wird bereits ein „Leistungsmissverhältnis“ als geeignet gewertet, die objektive Unrechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts zu begründen, da dem „Leistungsmissverhältnis“ am wahrscheinlichsten der Charakter zukommen kann, die Marktordnung oder den Wohlstand der Volkswirtschaft zu stören oder die Rechtsgüter anderer einzelnen zu benachteiligen. Die Eindämmung vom Leistungsmissverhältnis dient somit immer noch dem Konzept des Strebens nach der Findung der „*gerechten Preise*“, das sich aber inzwischen schon zu einer allgemein bekannten Wertung und einem Prüfstandard in modernisierter Fassung entwickelt hat. Denn die notwendige Regulierung der Marktwirtschaft hat entgegen den Auffassungen der Naturrechtler der Frühneuzeit[686] eine nahezu unumkehrbare Tendenz der Durchdringung der „*Verobjektivierung*“[687] der Prüfmaßstäbe in Bereichen der Preiskontrolle bewirkt.

cc) Informationspflicht als Brücke für Leistungsmissverhältnis und subjektive Unrechtmäßigkeit

Wie oben ausgeführt, wenn ein objektives auffälliges Leistungsmissverhältnis vorliegt, kann also auch die Gefahr bestehen, dass das öffentliche oder zumindest das persönliche Interesse auf dem Spiel steht, was aber mit ein wenig Sorgfalt und Aufmerksamkeit für die

---

[684] Für Mayer-Malys Zusammenfassung des österreichischen Rechts, siehe *Mayer-Maly*, „Der gerechte Preis“, FS Heinrich Demelius 1973, 139, 148.

[685] Vgl. auch *Mayer-Maly*, FS Heinrich Demelius 1973, 139, 148 ff.

[686] Die Naturrechtler der damaligen Zeit betonten die subjektive Willkür des Eigentümers bei der Preisgestaltung seines zu veräußerenden Eigentums. Siehe *Becker*, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, Köln 1993, S. 31-34.

[687] *Damm*, JZ 1986, 913, 917 f.

üblichen Marktbedingungen vermieden werden könnte. Aber sollte eine subjektive Unrechtmäßigkeit des rechtsgeschäftlich Handelnden dadurch generell vermutet werden, dass er von dem Leistungsmissverhältnis auf Kosten des gesellschaftlichen Wohlstandes oder der Interessen anderer profitiert? Das ist nicht der Fall. Im Gegensatz zu „*Ständen*“ wie Ärzten oder Anwälten ist der hier erörterte „*Marktbeteiligte*“ die allgemeinste und heterogenste Art. Die Aufmerksamkeit oder Sorgfalt der Marktbeteiligten müssen daher von Fall zu Fall unterschiedlich beurteilt werden. Handelt es sich bei dem Profiteur von dem Leistungsmissverhältnis um einen Laien bezüglich des Geschäfts, wenn er etwa das Geschäft zum ersten Mal tätigt, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass er sich auf dem Markt gut auskennt und dass er bei Abschluss dieses Geschäfts die böse Absicht hegt, die Zwangslage oder die andere Schwäche seines Gegners ausnutzen zu wollen, um eine überhöhte Gewinnmarge zu erzielen.

Natürlich kann eine allzu spezifische Einzelfallanalyse die Möglichkeit zur Exkulpation des Handelnden erweitern. In den Fällen, in denen die Parteien gleich stark sind, hält der Autor einen Ansatz zum Kompromiss für realistisch, indem darin beispielsweise der Mechanismus der „Informationspflicht“ in Gestalt der Aufklärung oder Erkundigung eingeführt wird, um die Beweislast für ein subjektives Fehlverhalten angemessen zu verteilen. Wenn das Leistungsmissverhältnis nämlich zu erheblich („*auffällig*“) ist, sollte die den Markt besser kennende Partei – in der Regel der Verkäufer der Waren oder der Anbieter der Dienstleistung – die Beweislast tragen; lässt sich aber nicht feststellen, wer den Markt besser kennt, so sollte die Beweislast bei der Partei liegen, die das Vorliegen des unrechtmäßigen Leistungsmissverhältnisses behauptet. Wenn jedoch der Profiteur des Leistungsmissverhältnisses bereits bei Abschluss des Geschäfts vom Bestehen des Leistungsmissverhältnisses weiß, dann ist die Beweislast in erster Linie dieser Partei aufzuerlegen und wenn ihr der Nachweis nicht gelungen ist, dass sie ihrer Aufklärungs- oder Erkundigungspflicht nachgekommen ist, dann wird sie als subjektiv unrechtmäßig handelnd eingestuft.[688] Wenn V beispielsweise ein Auto, das so gut wie neu ist, zu einem sehr niedrigen Preis veräußert, wäre es für einen durchschnittlichen Käufer selbstverständlich, die Seriösität des Verkäufers, die Herkunft seines Autos usw. zu hinterfragen. Empfindet der Käufer K, dass der ihm angebotene Preis ungewöhnlich ist und erkundigt sich aber diesbezüglich nicht, so ist dies subjektiv verwerflich. Empfindet der K dagegen bezüglich der Anomalie des Geschäfts nichts, kann ihm kein Vorwurf gemacht werden, da ein Unwissender nicht verpflichtet ist, Nachforschungen anzustellen.[689] Die Beweislast liegt dann wieder bei V, der den Markt in der Regel besser kennt, um zu beweisen, dass K die Absicht hatte, die damals bestandene Zwangslage des V zu dessen Nachteil auszunutzen.

---

[688] Dies sehen *Brox*/*Walker* anders. Nach deren Ansicht reicht die Kenntnis von den die Sittenwidrigkeit begründenden Umständen schon aus, um die subjektive Unrechtmäßigkeit zu begründen. Siehe *Brox*/*Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., München 2009, § 14, Rn. 330.

[689] *Maaß*, NJW 2001, 3467, 3468.

c. Die allgemeine Benachteiligung des Kaufmanns im Falle des Leistungsmissverhältnisses?

Es bleibt fragwürdig, ob neben Situationen, in denen ein Verstoß gegen allgemein anerkannte Wertungen vorliegt, im allgemeinen Falle eines Leistungsmissverhältnisses ein Kaufmann auch eine allgemeine Benachteiligung von Rechts wegen erleidet und direkt als subjektiv unrechtmäßig handelnd angesehen werden sollte, wenn sein Geschäft als objektiv unrechtmäßig erscheint?

(a) Kaufmannseigenschaft nicht als grundsätzlich maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit

In Ländern mit einer kodifikatorischen Trennung von Zivil- und Handelsrecht, wie Deutschland, ist der Status des Kaufmanns für die Rechtsanwendung von erheblicher Bedeutung. Gilt eine Person als Kaufmann und tätigt sie ein Handelsgeschäft, dann trägt sie immer die strengere Haftung als ein Nichtkaufmann. Der Kaufmannsbegriff ist somit als ein allgemeiner „*Statusbegriff*“ [690] konzipiert. Diese Haftungserhöhung hängt mit dem geschäftlichen Gedanken der Beschleunigung des Handelsverkehrs und der Geschäftskundigkeit von Kaufleuten im Vergleich zu Nicht-Kaufleuten zusammen.[691] Der Begriff „Kaufmann“ im deutschen Recht ist aber ein engerer und kann nicht die gesamte Bandbreite der Beteiligten des Geschäftsverkehrs umfassen. Der Begriff, der diese geschäftliche Bevölkerung besser umfasst, ist vielmehr der „*Unternehmer*“ oder „*Unternehmensträger*“.[692] Betrachtet man zunächst den Geschäftsverkehr und kehrt man dabei zu einer konkret-fallbezogenen Perspektive zurück, so lässt sich einfach feststellen, dass nicht alle Handelsgeschäfte die Eigenschaft innehaben, Transaktionen zu beschleunigen, und dass der „Kaufmann“, obwohl er in Gesetzbüchern einen formal selbstständigen Status erlangt, in Wirklichkeit jedoch nicht unbedingt über die Fachkenntnisse verfügt oder sie tatsächlich ausschöpfen kann. So kann ein großes Unternehmen gegenüber einem kleineren Unternehmen, das über hochentwickelte Kerntechnologien verfügt, nicht nur in Bezug auf seine Verhandlungsmacht, sondern auch in Bezug auf Informationen und Kognition das schwächere sein. Selbst wenn das große Unternehmen seinem pekuniären Volumen nach zehnmal größer ist als das kleinere, kann ersteres immer noch der Gefahr ausgesetzt werden, von dem kleineren Unternehmen „übervorteilt“ zu werden. Im Geschäftsleben bleiben die Machtverhältnisse daher immer relativ oder flüssig. Das Erreichen eines Gleichgewichts im Sinne eines absoluten Betrags ist von ungewisser Bedeutung und oft können einzelne Unzulänglichkeiten das gesamte Gefälle der Verhandlungsmacht umkehren. Hinzu kommt, dass zuweilen im Geschäftsverkehr das Phänomen „*Preis ohne Markt*“ herrscht, da

---

[690] *Wolf/Bismarck*, Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher: wann gilt das BGB, wann das HGB, wann Verbraucherrecht?, JZ 2010, 841, 844.

[691] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 1, Rn. 19; *Lettl*, Handelsrecht, 4. Aufl., München 2018, § 1, Rn. 20.

[692] Vgl. *Schmidt*, Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht, JuS 1985, 249, 255 ff.

Kerntechnologien lange Zeit in den Händen einzelner mittleren Unternehmen (so genannte „*Hidden Champions*“) liegen[693], oder, dass im Geschäftsverkehr eine Lage besteht, wonach nach einer dramatischen Marktveränderung nur wenige Marktbeteiligte überleben und die Anzahl der qualifizierten Anbieter auf dem Markt äußerst begrenzt ist. An diesem Punkt ist ein „Leistungsmissverhältnis“, auch wenn es den Geschäftsparteien echte Schmerzen bereiten kann, im normativen Sinne gar nicht zu erkennen, da der „Marktpreis“, der den notwendigen Prüfstandard darstellt, von Natur aus nicht vorhanden oder nur schwer wahrnehmbar ist.

So bildet der Status als „Kaufmann“ im Geschäftsverkehr oft keinen Faktor, der unmittelbar für die Feststellung einer subjektiven Unrechtmäßigkeit eines Geschäfts ausschlaggebend ist. Die technische Stärke kleinerer Unternehmen und das Fehlen eines wahrnehmbaren Marktes sind Gründe dafür, den allgemeinen Erfahrungssatz, der sich hinter einem solchen „Statusbegriff“ verbirgt, nicht bei der Beurteilung vom Leistungsmissverhältnis zu berücksichtigen. Die Liste der Gründe ließe sich auch fortsetzen. Einige mögen sich noch auf den Begriff der „*faktischen Entscheidungsfreiheit*“ beziehen wollen. Bei diesem Begriff wird geprüft, ob ein tatsächliches Hindernis für den selbstbestimmenden Willen des rechtsgeschäftlichen Akteurs vorliegt und dieser Begriff geht über die Grenzen der Institute der rechtlichen Entscheidungsfreiheit (z.B. das Institut der Geschäftsfähigkeit) hinaus.[694]

Es hat ferner auch einige Versuche gegeben, die Bewertungsmaßstäbe hinsichtlich der subjektiven Unrechtmäßigkeit zu konkretisieren. So argumentierte *Koziol*, dass, wenn im Einzelfall ein Machtgefälle zwischen den Beteiligten bestehe und die überlegene Partei dieses ausnutze, der überlegenen Partei eine Benachteiligung in Bezug auf die Beweisführung der subjektiven Unrechtmäßigkeit aufzuerlegen sei.[695] Hingegen solle der Fall des allgemeinen Machtgefälles hingenommen werden, da andernfalls das Grundprinzip der Vertragsfreiheit vollständig durch einen Kontrollmechanismus ersetzt werde und die Verkehrssicherheit und der Vertrauensschutz verloren gehen würden[696], da in der Tat bei vertraglicher Verhandlung und Abschluss von Verträgen immer ein gewisses Machtgefälle bestehe.[697]

Betrachtet man jedoch denkbare Konstellationen, in denen kleine Unternehmen über technologische Macht verfügen oder ein wahrnehmbarer Markt nicht vorliegt, so lässt sich leicht feststellen, dass im Geschäftsverkehr sachliche Situationen in der Lieferkette gelegentlich durchaus individuell und komplex sein können. Eine branchenzugeschnittene Fabrik kann nicht wie ein normaler Verbraucher handeln, der zumeist keine Schwierigkeiten hat, einen zweiten Supermarkt in der Region zu finden. Das Streben nach hohen Gewinnmargen ist oft von Risikovermeidung begleitet. Ein Halbleiterausrüstungen

---

693 Vgl. *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 70 f.
694 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277.
695 *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 207.
696 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 279.
697 *Rittner*, Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, 3330 f.

herstellendes Unternehmen kann seinen Forschungs- und Entwicklungsprozess verzögern, weil es in einem Jahr nicht das erwartete Gewinnwachstum erzielt, aber dann riskieren, im Wettbewerb des folgenden Jahres vollständig vom Markt verdrängt zu werden.

Die „Marktordnung" oder „Marktlogik" des unternehmerischen Geschäftsverkehrs ist daher von Natur aus komplizierter. Großunternehmer, die über unvergleichliche finanzielle Ressourcen verfügen, können unter Umständen nicht vollständig von ihrer vorteilhaften Position von Erfahrung und Fachwissen gegenüber anderen profitieren[698], während Unternehmen, die hohe Vergütungen beanspruchen, damit ihre internen Schwierigkeiten zu überwinden versuchen. Von Natur aus unerbittlich ist die Logik des hier betroffenen Marktwettbewerbs. Im Zivilrecht wäre es somit fast unmöglich, diese Komplexität mit einigen wenigen abstrakten Gruppierungen zu erfassen. In den meisten Fällen ist der vernünftigste Ansatz zweifellos der, auch wenn er als eine Form der „Kapitulation" erscheinen mag, die subjektive Unrechtmäßigkeit des scheinbar übervorteilten Geschäfts zu verneinen, indem man davon ausgeht, dass das Unternehmen seinerseits bereits eine „selbstbestimmende und freie Entscheidung"[699] getroffen hat.

(b) Kaufmann im Massengeschäft

§ 138 Abs. 1 BGB kann daher dem „Unterlegenen" nur dann mit abstrakten Gruppierungen helfen, wenn das betreffende Unternehmen außerhalb des komplexesten Marktumfelds steht und sein Betrieb in dem Bereich des Massengeschäfts erfolgt. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmen einen Vertrag mit einer Privatperson abschließt oder wenn das betreffende Geschäft selbst ein *Massengeschäft* mit ausreichenden Angeboten auf dem Markt bildet. In diesen Fällen wird die objektive Marktordnung nicht nur leichter von der Durchschnittsperson wahrgenommen, sondern lässt eine solche Folgerung zu, dass der Kaufmann oder das eindeutig marktbeherrschende Unternehmen, der oder das die Leistung anbietet, in einer überlegenen Position gegenüber dem Gegner steht, was ihm die Beherrschung des Markts ermöglicht. Daher ist es angebracht, bei einem Leistungsmissverhältnis eine subjektive Unrechtmäßigkeit auf Seiten des Kaufmanns oder des Unternehmens zu vermuten. Einige mögen hier vielleicht dennoch das Institut der Informationspflicht über den Weg der „faktischen Entscheidungsfreiheit" einführen[700], d.h. so lange dem Handelnden das objektive Leistungsmissverhältnis bewusst ist, ist er verpflichtet, den Gegner darüber zu informieren. Der Handelnde kann als subjektiv unrechtmäßig tätig

---

[698] M.w.N. vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 301.

[699] Dieser Begriff findet sich üblicherweise im AGB-Recht und wird von vielen Literaturanschten öfters als eine spezielle Rechtfertigung im Rahmen der AGB-rechtliche Inhaltskontrolle für unternehmerischen Geschäftsverkehr gesehen. In der Literatur wird auch teilweise vertreten, dass „*die rechtmäßige unternehmerische Tätigkeit*" an sich schon „*eine causa ex lege mit Verankerung im Grundgesetz selbst*" darstelle. Vgl. *Stathopoulos*, Der Bereicherungsanspruch: Generaltatbestand oder einzelne Kondiktionen? - Rechtsvergleichende Bemerkungen, KritV 2008, 284, 302.

[700] *Canaris* spricht sich dafür aus, die Beweislast für das subjektive Element der Sittenwidrigkeit mit dem Mechanismus der Informationspflicht unter den Parteien verteilen zu können. Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 304.

gewertet werden, wenn diese Information nicht erfolgt. Ob dieses „*Informationsmodell*“ die Benachteiligung durch die Verzerrung der objektiven Marktordnung wegen des Leistungsmissverhältnisses tatsächlich ausgleicht, bereitet aber Zweifel. Auch der Prozess zur Bemessung der Einhaltungssituation der Informationspflicht wird sich äußerst komplex gestalten. So wäre beispielsweise die Praxis des Handelnden, eine Aufklärung durch eine „*Informationsflut*“ abzugeben, nicht nur unwirksam, sondern würde kontraproduktiv dazu führen, dass dabei die tiefliegende Gefahr verschleiert wird.[701] So sollte bei Massengeschäften, an denen ein Kaufmann oder ein Unternehmen als Lieferant beteiligt ist, ein auffälliges Leistungsmissverhältnis ohne Weiteres zu einer Vermutung oder sogar einer „Fiktion“ für subjektive Unrechtmäßigkeit führen.

d. Zusammenfassender Befund zu objektiver und subjektiver Unrechtmäßigkeit

Dem Vorstehenden nach lässt sich sagen, dass die Beweislast bei der Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit des Handelnden anhand der folgenden drei Arten von Konstellationen umgekehrt werden kann: Erstens, wenn die objektive Unrechtmäßigkeit durchaus erheblich ist, z.B. wenn das Geschäft eine allgemein anerkannte innerrechtliche Wertung wie ein verfassungsmäßiges Grundrecht verletzt; zweitens, wenn das Leistungsmissverhältnis auffällig ist, aber wenn die Parteien von der Macht her gleich stark sind, trägt nur die Person Verantwortung, die sich mit der Marktlage am ehesten auskennt; und drittens, wenn ein Leistungsmissverhältnis bei einem Massengeschäft vorliegt, an dem ein Kaufmann oder ein Unternehmen als Lieferant beteiligt ist, sollte er oder es quasi durch Fiktion als subjektiv unrechtmäßig tätig angesehen werden.

4. Zwischenergebnis

Bei der Klärung der Anwendungsmethode des § 138 Abs. 1 BGB ist zum einen klarzustellen, woher die „guten Sitten“ kommen, und zum anderen, welcher Weg der Konkretisierung der „guten Sitten“ der richtige ist.

Zunächst einmal sollen die guten Sitten nicht direkt mit Moral und Ethik von außerhalb des Rechtssystems ausgefüllt werden, da sonst die Willkür der Richter nicht grundlegend eingedämmt werden kann. Der einleuchtende Ansatzpunkt für die Überwindung der Richterwillkür besteht darin, die Wertung innerhalb der Rechtsordnung als Material für die Konkretisierung auf der Grundlage der Generalklausel der guten Sitten zu nutzen. Es ist das Grundverständnis der Wertungsjurisprudenz, dass ein breites Spektrum von Rechtsquellen, einschließlich des Verfassungsgesetzes, eine solide, kontinuierlich reproduktive und an sich anpassungsfähige Grundlage für die Bestimmung der guten Sitten bieten kann.

Üblicherweise wird die Auffassung vertreten, dass bei der Konkretisierung der guten Sitten ein Fallgruppenansatz verfolgt werden solle. Dieser induktive Ansatz hat jedoch den Nachteil, dass er nicht alles Denkbare berücksichtigen kann. Um diesen Nachteil zu

[701] Kritische Ansicht bei *Reifner*, Das Geld, Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 124, Fußnote 195.

überwinden, wird vorgeschlagen, bei der Konkretisierung der guten Sitten zu einem deduktiven Ansatz überzugehen: Zunächst sollte die Bewertung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB selbst hergestellt werden, um einen Prüfrahmen, der aus objektiven und subjektiven Unrechtmäßigkeiten besteht, zu bilden, dann sind zur Ausfüllung dieser objektiven und subjektiven Unrechtmäßigkeit nach den Materialien in den Quellen außerhalb des § 138 Abs. 1 BGB zu suchen und schließlich ist anhand der gefundenen Materialien das so genannte „Richterrecht" durch die Richter zu setzen.[702] Es ist wichtig zu beachten, dass sich der Inhalt und die Art der Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit mit der Eigenschaft der objektiven Unrechtmäßigkeit ändert.

Im Falle eines Leistungsmissverhältnisses, wenn die Parteien gleichstark sind, sollte die Beweislast für die subjektive Unrechtmäßigkeit durch das Institut der Informationspflicht verteilt werden. Und das darf nicht dazu führen, die subjektive Unrechtmäßigkeit direkt aus der objektiven Unrechtmäßigkeit abzuleiten und dann die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zu verneinen. Ist jedoch ein Kaufmann oder ein Unternehmen als Anbieter an einem Massengeschäft beteiligt und hat er oder es einen klaren Machtvorteil gegenüber dem Nachfrager, so soll im Falle einer objektiven Unrechtmäßigkeit des Geschäfts auf das Institut der Informationspflicht verzichtet und die subjektive Unrechtmäßigkeit des Kaufmanns oder des Unternehmens festgestellt sowie dadurch die Gültigkeit des Geschäfts für nichtig erklärt werden.

III. Die konkreten Regelungen der Zinskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB

Anders als die Nachbarländer kennt das deutsche Recht mit dem Grundprinzip der „*Zinsfreiheit*" kein Gesetz über die zulässige Höchstgrenze von Darlehenszinssätzen.[703] Das deutsche Recht lässt jedoch keine unkontrollierte Zinsvereinbarung zu, sondern überlässt der gerichtlichen Entscheidung ihre Einschränkung. Die wichtigste Grundlage dafür ist die oben ausgeführte Generalklausel der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB.

In den 1970er und 1980er Jahren boomte der Markt für Verbraucherkredite in Deutschland. Aber seine exzessive und ungeordnete Expansion führte dazu, dass sich der Verbraucherkredit zu einem so genannten „*modernen Schuldturm*" entwickelte, in dem zahlreiche Kreditnehmer in die Position gestellt wurden, lebenslange Schulden zu tragen. Einer der spezifischen Gründe für diesen sozialen Missstand, der die Politiker in Aufruhr versetzt hat, waren die hohen Darlehenszinssätze, die die Verbraucher der Ratenkreditverträge zu bezahlen hatten.[704] Vor diesem Hintergrund wendeten die Gerichte bei der Beurteilung von Zinsvereinbarungen in Ratenkreditverträgen zunehmend § 138 Abs. 1 BGB an, was zu einer Vertiefung und Verfeinerung der Regelungen zur Zinskontrolle im deutschen Recht

[702] *Rüthers*/*Fischer*/*Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, § 22, Rn. 723.
[703] *Reifner*, Wucherprüfung nach Abschaffung der Schwerpunktzinssatzstatistik und ihre Ersetzung durch die EWU-Statistik im Jahre 2005, VuR 2005, 370.
[704] *Emmerich*, FS Giger 1989, 173, 189, 174 f.

führte.

Was diesen von der deutschen Judikatur entwickelte Kontrollrahmen der Darlehenszinssätze anbelangt, so ist zunächst zu prüfen, ob der Darlehensvertrag objektiv unrechtmäßig ist, wobei festzustellen ist, ob ein auffälliges Missverhältnis des Leistungsaustauschs besteht. Dann ist zu prüfen, ob eine subjektiv verwerfliche Gesinnung seitens des Darlehensgebers vorliegt. Schließlich ist im Wege einer „Gesamtwürdigung" aller Umstände des betreffenden Vertrages zu beurteilen, ob er den Grad der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB erreicht. Allein aus diesem Grundgerüst ergibt sich, dass der „*Zinswucher*", gegen den sich das deutsche Zinsrecht richtet, keine überhöhte Zinsvereinbarung im eng verstandenen Sinne darstellt, sondern vielmehr „eine die Überschuldung herbeiführende unverantwortliche Vereinbarung".[705]

1. Objektive Unrechtmäßigkeit

(1) Das auffällige Leistungsmissverhältnis

Bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags muss zunächst geprüft werden, ob der vereinbarte Zinssatz mit dem Marktzins für vertretbare Darlehensprodukte in einem „*auffälligen Leistungsmissverhältnis*" oder in einer „*unverhältnismäßigen Inäquivalenz*"[706] steht. Wenn dies der Fall ist, kann die objektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensvertrags festgestellt werden – was jedoch zur Herstellung der Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrags nicht ausreicht. Ein Vertrag gilt von vornherein als objektiv rechtswidrig, wenn der vereinbarte Zinssatz 100% des Marktzinses übersteigt.[707]

Die konkrete Rechenformel für die „relative" Zinsdifferenz lautet:[708]

$$\left(\frac{\text{effektiver Zinssatz des Vertrags}}{\text{Vergleichzinssatz}} - 1\right)(100\%).$$

Die „relative" Zinsdifferenz ist also ein Ausdruck des Unterschiedes durch eine Bruchzahl. Der relative Schwellenwert von 100 % kann auf § 934 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückgeführt werden, der auf der römischen Regel über „*laesio enormis*" basiert.[709] Obwohl dieser Schwellenwert wegen seines rechtsvergleichenden Ansatzes, des willkürlichen Betrags des 100 %-Wertes und der mangelnden Rechtsetzungskompetenz des Richters kritisiert wurde[710], bleibt er heute noch in Kraft.

Später wurde es angesichts des veränderten Marktumfelds und des makroökonomischen

---

[705] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 733.

[706] *Bartholomeyczik*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der mordernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30, 67 ff.

[707] Vgl. BFH, Urteil vom 9. Januar 1989 - VII R 28/86 , Rn. 11 (juris); BGH NJW 1982, 2433 (2435); BGH NJW 1988, 818.

[708] Auch vgl. *Steinmetz*, NJW 1991, 881, 883.

[709] Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1979, 2409 (2410).

[710] Vgl. *Canaris*, Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers, ZIP 1980, 709, 716; BGH NJW 1981, 1206; *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 188 f.

Übergangs in eine Hochzinsphase als unzulässig erachtet, einen Zinssatz von mehr als 12 % oberhalb des Martkzinssatzes zu vereinbaren.[711] Die konkrete Rechenformel für diese „absolute“ Zinsdifferenz lautet:

Effektiver Zinssatz des Vertrags — Vergleichzinssatz.

Bei der Bestimmung des Vergleichsmaßstabs ist es oft möglich, ein gleichartiges Darlehensprodukt zu identifizieren. Offen bleibt nur, welche Posten in der Vergleichsbeziehung zwischen Vertragszinssatz und Marktzinssatz einzubeziehen sind. Dabei geht es vor allem um drei spezifische Rechtsfragen.

a. Die Quelle des Vergleichszinssatzes

Obwohl Deutschland seit Ende des 19. Jahrhunderts von der unmittelbaren amtlichen Festsetzung einer Zinsobergrenze Abstand genommen hat, hat der BGH in der gerichtlichen Praxis aber auf amtliche Maßstäbe verwiesen, die von etablierten Instituten veröffentlicht werden und die Änderungen der Marktbedingungen widerspiegeln. Vor 2003 bezog sich der BGH auf „*Schwerpunktzinsen*“, die in dem Monatsbericht der Deutschen Bundesbank veröffentlicht wurden. Nach 2003 bezog er sich auf die von der EZB in ihrer Zinsstatistik veröffentlichten Marktzinsen.[712] Der BGH ließ die durch den Bankenverband selbstständig ermittelten und in seiner Zeitschrift veröffentlichen Marktsätze außer Acht[713] und wies das grundsätzliche Bedenken gegen die Überzeugungskraft seiner Wahl der Zentralbankzinssätze ausdrücklich zurück.[714]

b. Effektivzinssatz als Maßstab der Zinsberechnung

Aus der vorangegangenen Analyse der „wirtschaftlich-normativen Betrachtungsweise“ der Zinsnatur geht bereits hervor, dass der Ansatz der Nominalzinsberechnung willkürlich und inkorrekt ist, wenn es darum geht, die tatsächliche Belastung durch Kreditzinsen zu messen. Um den wahren Preis des geliehenen Kapitals genau wiederzugeben, muss der reale Kapitalzuwachs des Kapitals ausgerechnet werden. Seit der Rechtsprechung des BGH in den 1970er und 1980er Jahren, über die spätere Preisangabenverordnung von 1985 und ihre nachfolgenden Änderungen bis heute, hat das deutsche Recht stets eine Berechnung des „*effektiven Jahreszinses*“ des Darlehens verlangt. Dementsprechend ist auch der von der Deutschen Bundesbank oder der Europäischen Zentralbank herausgegebene „Marktzins“, der als Vergleichsmaßstab dient, ein effektiver Zinssatz.[715] Doch nach welcher konkreten Formel soll dieser „effektive Zinssatz“ berechnet werden? Dies erfordert ein gewisses Maß an mathematischem und finanziellem Wissen, ist aber auch eng mit dem Rechtsprinzip der Gleichheit verbunden. Im Folgenden soll ein kurzer

[711] BGH NJW 1990, 1595 (1596).
[712] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 119.
[713] *Reifner*, VuR 2005, 370, 372.
[714] BGH NJW 1983, 1420 (1421).
[715] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 741.

Überblick über die betreffende Situation im deutschen Recht gegeben werden.

(a) Uniformmethode/Annäherungsformel

In der Zeit vor der Erfindung des Computers war es oft schwierig, den effektiven Zinssatz auszurechnen, wenn mehr als drei Tilgungszahlungen zurückzuzahlen waren. In den 1970er Jahren hat der BGH die folgende „*Uniformmethode*" oder „*Annäherungsformel*" zur Berechnung übernommen:[716]

$$\text{Effektiver Jahrzinssatz p.a.} = \frac{2400 \times \text{Gesamtsumme der Darlehenskosten}}{\text{Valuta} \times (\text{Darlehenslaufzeit in Jahren} + 1)}$$

Diese Methode liefert jedoch nur eine einmalige Zinsberechnung und wandelt im Wesentlichen ein Ratendarlehen in ein Festdarlehen mit verkürzter Laufzeit um[717], was immer noch nicht exakt die tatsächliche Wachstumsrate des Kapitals beim Darlehensnehmer widerspiegelt. Diese Formel ist nur auf Ratenkreditverträge mit einer Laufzeit von bis zu 48 Monaten anwendbar.[718]

(b) Der moderne Berechnungsansatz des effektiven Jahrzinssatzes

Mit der Erfindung von Computern und dem Internet ist es leichter geworden, den tatsächlichen Zinssatz für Ratenkredite direkt mit Hilfe von Software wie *Excel*[719] und einigen Websites sowie besonderen Anwendungen (Apps) auf Mobiltelefonen zu berechnen. Die gesetzliche Berechnungsformel, wie sie in dem Anhang zur aktuellen Preisangabenverordnung 2021[720] festgelegt ist, lautet wie folgt:

$$\sum_{k=1}^{m} C_k (1+X)^{-t_k} = \sum_{l=1}^{m'} D_l (1+X)^{-s_l}$$

Laut Anhang zur Preisangabenverordnung bedeutet

X der effektive Jahreszins;

m die laufende Nummer des letzten Verbraucherdarlehens-Auszahlungsbetrags;

k die laufende Nummer eines Verbraucherdarlehens-Auszahlungsbetrags, wobei $1 \leqslant k \leqslant m$;

C_k die Höhe des Verbraucherdarlehens-Auszahlungsbetrags mit der Nummer k;

t_k der in Jahren oder Jahresbruchteilen ausgedrückte Zeitraum zwischen der ersten Verbraucherdarlehensvergabe und dem Zeitpunkt der einzelnen nachfolgenden in Anspruch genommenen Verbraucherdarlehens-Auszahlungsbeträge, wobei $t_1 = 0$;

m' die laufende Nummer der letzten Tilgungs-, Zins- oder Kostenzahlung;

l die laufende Nummer einer Tilgungs-, Zins- oder Kostenzahlung;

D_l der Betrag einer Tilgungs-, Zins- oder Kostenzahlung;

---

716 Vgl. auch *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 720.
717 *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 720.
718 BGH NJW 1987, 2220 (2221).
719 Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 708 f.
720 BGBl I 2001, S. 4921.

s_l der in Jahren oder Jahresbruchteilen ausgedrückte Zeitraum zwischen dem Zeitpunkt der Inanspruchnahme des ersten Verbraucherdarlehens-Auszahlungsbetrags und dem Zeitpunkt jeder einzelnen Tilgungs-, Zins- oder Kostenzahlung.

Der Kapitalbetrag eines Darlehensvertrags beläuft sich auf 1.000 € und der Darlehensgeber leistet zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine einmalige Auszahlung, während der Darlehensnehmer am Ende des ersten Jahres und am Ende des zweiten Jahres jeweils eine pauschalierte Tilgung in Höhe von 600 € je Jahr zurückzahlen muss. Die betreffenden Posten sind in die vorstehende Formel einzusetzen, woraus sich folgende Rechnung ergibt (*i* als der effektive Jahreszinssatz):

$$\frac{1000}{(1+i)^{-0}} = \frac{600}{(1+i)^{\frac{730.5}{730.5}}} + \frac{600}{(1+i)^{\frac{730.5}{365.25}}} \rightarrow 1000 = \frac{600}{(1+i)^{\frac{730.5}{730.5}}} + \frac{600}{(1+i)^{\frac{730.5}{365.25}}}$$

Die Computerberechnung ergibt $i \approx 13{,}07\%$ p.a.

c. Einbeziehung der „laufzeitunabhängigen" Darlehenskosten in die Vergleichsformel der Zinssätze?

Unter anderem ist es sinnvoll zu diskutieren, ob neben den „laufzeitabhängigen" Zinsen im rechtlichen Sinne auch die „laufzeitunabhängigen" Darlehenskosten, wie Bearbeitungsgebühren und Vermittlungsprovisionen, in die Vergleichsformel der Darlehenszinssätze einbezogen werden sollen.

In den früheren Entscheidungen des Oberlandesgerichts wurde immer vertreten, dass diese laufzeitunabhängigen Darlehenskosten, da sie nicht einer „zeitlich überlassenen Kapitalnutzung", sondern einer gesonderten einmaligen Leistung gegenüberstehen, in keinem Gegenseitigkeitsverhältnis mit ersteren stehen und daher nicht in die Vergleichsformel der Zinssätze einbezogen werden können.[721] Nach dem Bundesfinanzhof (BFH) sind „zusätzlich vereinbarte Gebühren und Kosten" in die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes „*umzurechnen*".[722] In der Literatur wurde auch die Auffassung vertreten, dass man „*sämtliche Leistungen mit sämtlichen Gegenleistungen*" vergleichen solle.[723] Der BGH hingegen hatte einen derartigen allgemeinen Ansatz nicht schon im Vorfeld mit der Begründung festgelegt, sondern aus der gerichtlichen Praxis des Verbraucherkreditwesens konkrete differenzierte Regeln entwickelt. Bei der Berechnung des im Verbraucherdarlehensvertrag vereinbarten „effektiven Jahreszinses" bezog der BGH die Bearbeitungskosten und die Vermittlungsgebühren in die Vergleichsformel für den Vertragszinssatz und Marktzinssatz mitein, wobei aber Unterschiede dahingehend bestehen, ob und wie der spezifische Betrag des Marktzinssatzes als Vergleichsmaßstab entsprechend anzupassen ist.

---

[721] OLG München NJW 1977, 152.

[722] BFH, Urteil vom 9. Januar 1989 - VII R 28/86, Rn. 11 (juris).

[723] Vgl. *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 182.

(a) Die aktuellen Regeln für die Berechnung von Bearbeitungskosten, Vermittlungsgebühren und Restschuldversicherungsprämien

In einem Fall betrug die Bearbeitungsgebühr 4 % der Darlehenssumme und belief sich auf 1.050 DM, wobei der BGH keine gesonderte Prüfung dieser Bearbeitungsgebühr vornahm, sondern sie in der Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes einbezog[724]; in einem anderen Falle betrug die Bearbeitungsgebühr auch 4 % der Darlehenssumme und belief sich auf 12.000 DM, einen Betrag, den das Berufungsgericht als „*ungewöhnlich*" beschrieb[725], den aber der BGH für zulässig hielt, weil dieser Betrag letztendlich in die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes einzubeziehen sei und die zulässige Grenze der Zinsen auch nicht überschritten wurde.[726] Die herrschende Meinung besagte, dass bei der Hinzufügung der Bearbeitungsgebühr zum vertraglichen Vertragszinssatz ein entsprechender Betrag von 2 % zum Marktzinssatz als Vergleichsmaßstab hinzugerechnet werden müsse.[727] Dies lag daran, dass vor 2003 ein Aufschlag von 2 % für die Bearbeitungsgebühr in den von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten „Schwerpunktzinssätzen" enthalten war[728], die als Marktzinssatz galten; diese Gebühr werde aber seit 2003 nicht mehr in den von der EZB veröffentlichten Zinsstatistiken veröffentlicht.[729] Nach *Reifner* sollte jetzt ein Aufschlag von 2 bis 2,5 % für die Bearbeitungsgebühr in den aktuellen Marktzinssatz einfließen, da er niedriger ist als der bisherige.[730]

Eine ähnliche Regelung trifft der BGH für die Vermittlungsprovision, die grundsätzlich in den vertraglichen effektiven Jahreszinssatz einzubeziehen ist[731]. Wenn aber die Vermittlungsleistung des Vermittlers ausnahmsweise einen sinnvollen Vorteil für den Kunden bringe, sei der Marktzinssatz, der als Vergleichsgröße diene, in einer angemessenen Weise zu erhöhen.[732] Dem gegenüber steht die Ansicht von *Canaris*, die auf nur wenig Resonanz stieß. *Canaris* war der Meinung, dass die Vermittlungsprovision grundsätzlich vom Markt als vergütungsfähig angesehen werde, d.h. sie solle nicht in die Berechnung des effektiven Jahreszinssatzes einfließen. Auch wenn sie im Einzelfall separat gesehen als wirksam erscheine, könne sie jedoch in der Phase der „Gesamtwürdigung" im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB letztendlich zur Sittenwidrigkeit beitragen; in der Gesamtwürdigung sei der Beitragsgrad der Vermittlungsprovision zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit jedoch nicht zu „*mathematisieren*".[733]

---

[724] BGH NJW 1990, 1595 f.
[725] BGH NJW-RR 2000, 1431 (1432).
[726] BGH NJW-RR 2000, 1431 (1433).
[727] BGH NJW 1988, 1661 (1662); BGH NJW 1987, 2220 (2221).
[728] MüKoBGB/*Armbrüster*, 2012, § 138, Rn. 119; *Reifner*, VuR 2005, 370.
[729] *Reifner*, VuR 2005, 370.
[730] *Reifner*, VuR 2005, 370, 373.
[731] BGH NJW 1988, 1661 (1662); BGH NJW 1987, 2220 (2221); BGH NJW-RR 1989, 303.
[732] BGH NJW-RR 1989, 303.
[733] Vgl. *Canaris*, ZIP 1980, 709, 714 f. Für eine ähnliche Aussage, wie die „*weil es kalkulatorisch kaum möglich ist, den laufzeitunabhängigen Kostenaufwand in den laufzeitabhängigen Zins einzurechnen*", siehe auch *Vollmer*, Bearbeitungsentgelte im Darlehensrecht, Berlin 2020, S. 23.

Für die Bewertung der „Restschuldversicherungsprämien“ schlug der BGH einen anderen Weg ein. Der Versicherer der „Restschuldversicherung“ ist verpflichtet, anstelle des Darlehensnehmers bei seiner Arbeitslosigkeit oder dessen Tod den Darlehensgeber zu befriedigen, was dem Darlehensnehmer oder seinen Erben zugutekommt.[734] Mit Blick auf diesen „*Versicherungsschutz*“ war der BGH bereits früher der Meinung, dass die Restschuldversicherungsprämie zwar kein Entgelt für die Möglichkeit der Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit darstellte und der Versicherungsvertrag vom Darlehensvertrag zu unterscheiden sei, dass beides aber in denselben wirtschaftlichen Prozess eingebunden sei und sich auf die Bewertung der Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags auswirke; außerdem verteuere die Restschuldversicherungsprämie das Darlehen für den Darlehensnehmer, aber sie sichere und schütze sowohl ihn und seine Erben als auch die kreditgebende Bank, so dass sie „teilweise“ in den effektiven Jahreszinssatz einbezogen werden solle.[735] Später stellte der BGH jedoch klar, dass die Hälfte der Restschuldversicherungsprämie in den effektiven Jahreszinssatz, die andere Hälfte aber in den Marktzinssatz einzubeziehen ist.[736] *Reifner* sagte, dieser Ansatz komme einer Nichtberücksichtigung der Restschuldversicherungsprämie gleich, da derselbe Wert sowohl in den Zähler (vertraglicher effektiver Jahreszinssatz) als auch in den Nenner (Marktzinssatz) einfließe mit dem Ergebnis, dass das endgültige Ergebnis des Verhältnisses nur immer niedriger und der übervorteilte vertragliche Zinssatz durch die Einbeziehung einer separat gesehen angemessenen Prämie weniger anstößig werde.[737] Es gab auch eine Ansicht, nach der die Prämie (und die ihr gegenüberstehende Leistung) gesondert zu prüfen sei, da sie sowohl für den Darlehensnehmer als auch für den Darlehensgeber eine zusätzliche, vorteilhaftere Leistung darstelle, die sich von der Hingabe des Darlehens unterscheide.[738] Inzwischen hatte sich der BGH dieser Auffassung angeschlossen und entschieden, dass die Prämien grundsätzlich gesondert zu prüfen seien.[739] Dieser Ansicht war kürzlich auch das LG Dortmund gefolgt.[740] In der Literatur besteht eine Ansicht jedoch nach wie vor darauf, dass solche Prämien im Rahmen der Zinsbemessung berücksichtigt werden sollen.[741] So schlägt *Reifner* vor, diese Prämie in voller Höhe in den Vertragszinssatz und zugleich nur zur Hälfte in den Vergleichsmaßstab einzubeziehen, weil nur die Hälfte der vom Darlehensnehmer gezahlten Prämie als Sondervorteil zugunsten des Darlehensgebers angesehen werden könne, die andere Hälfte aber nicht.[742]

---

[734] *Scholz*, Sind Restschuldversicherungsprämien Kreditkosten?, MDR 1976, 281 f.
[735] BGH NJW 1979, 2089.
[736] BGH NJW 1988, 1659.
[737] *Reifner*, Neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten?, BKR 2009, 51, 58 ff; *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 724. In der Tat war sich der BGH diesem Problem auch schon früher bewusst. Vgl. BGH NJW 1982, 2433 (2435).
[738] *Scholz*, MDR 1976, 281 ff.
[739] BGH WM 1988, 647; BGH NJW-RR 2012, 416 (417).
[740] LG Dortmund, Urteil vom 23. Mai 2013 - 12 O 483/12, Rn. 19, 22 (juris).
[741] Vgl. *Müssigbrodt*, Sittenwidrigkeit und Wucher beim Darlehensvertrag, JA 1980, 697, 699; *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 725.
[742] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 725.

§ 16 PAngV legt für Verbraucherkredite fest, dass Bearbeitungsgebühren und die Vermittlungsprovision bei der Zinsberechnung grundsätzlich in die Seite des effektiven Jahreszinssatzes einzubeziehen sind, während Versicherungsprämien grundsätzlich nur separat geprüften werden sollen.

(b) Überlegungen zu den vorgenannten Berechnungsregeln, insbesondere zu den Regeln für die Bearbeitungskosten

Die vorgenannten, in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung auf der Grundlage der von der Rechtsprechung zum Verbraucherkredit entwickelten Regeln für Bearbeitungsgebühren, Vermittlungsprovision und Restschuldversicherungsprämien scheinen sich in der Praxis bewährt zu haben, da seit Jahrzehnten weder die Rechtsprechung noch die Lehre diese Regeln ernsthaft in Frage stellen. Es ist jedoch nicht klar, ob diese ihrer Formulierung nach schon als allgemeingültige Regeln ipso facto auf andere Darlehensverträge als Verbraucherkredite angewandt werden können, z.B. auf solche Darlehensverträge zwischen Privatpersonen oder solche zwischen Unternehmen. Denn in der Praxis sind die diese Darlehensarten berührenden Streitigkeiten eher selten. M.E. sind diese Regeln für Einmalkosten in ihrer Angemessenheit jedoch von vornherein fragwürdig. Insbesondere die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung und der Lehre zu den Bearbeitungsgebühren im AGB-Recht können für Anlass sorgen, über diese Regeln nachzudenken. Die folgende Ausführung wird auch ausschließlich die Bearbeitungsgebühr zum Gegenstand haben.

aa) Anlass zur Überlegung: Die jüngste Rechtsprechung des BGH zu den Bearbeitungskosten

Zum einen wird aus den bereits zitierten beiden Fällen, in denen die Bearbeitungsgebühr 4 % des Kapitals betrug, deutlich, dass der BGH in den einzelnen Fällen die Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr selbst nicht hinreichend gewertet hat, sondern deren Geltung zuerst einfach hingenommen und dann direkt in die Formel für den Vergleich von Vertragszinssatz und Marktzinssatz eingearbeitet hat. Dies kann sich im Wesentlichen auf die Vorstellung stützen, dass laufzeitabhängige Zinsen und laufzeitunabhängige Einmalkosten „*in einem gewissen Substitutionsverhältnis stehen*“.[743] Im Einzelfall ist es aber gelegentlich zweifelhaft, ob die Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr an sich wirksam ist oder überhaupt zustande kommt. In den Jahren 2014[744] und 2017[745] traf der BGH zwei wichtige Entscheidungen zum Thema der Bearbeitungsgebühr, in denen er befand, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Bearbeitungsgebühren sowohl im Verbraucher- als auch im Unternehmenskreditgeschäft grundsätzlich unwirksam sind. Diese beiden Entscheidungen sind eher eine Bestätigung der langjährig vorhandenen Judikatur verschiedener Instanzen, die der Bearbeitungsgebühr-AGB immer die Wirksamkeit versagt hat, mit nur wenigen

[743] Vgl. *Müssigbrodt*, JA 1980, 697, 699.
[744] BGH NJW 2014, 1325.
[745] BGH NJW 2017, 2986.

Ausnahmen, wie z.B. bei *Förderdarlehen* aus einem öffentlichen Institut. Der Hauptgrund für die Ablehnung der Wirksamkeit dieser Klauseln liegt darin, dass die Bearbeitungsgebühr in den allermeisten Fällen keine „*Sonderleistung*“[746] oder eine zugunsten des Kunden erbrachte echte Leistung auf vertraglicher Grundlage darstellt[747], sondern ein derselben Leistung (Hingabepflicht des Darlehensgebers) gegenüberstehendes, nur in anderer Form als die gesetzlich vorgesehenen (Zinsen) ausgedrücktes Entgelt; kürzer gesagt, es handelt sich um eine zusätzliche Gegenleistung für die Kreditgewährung.[748] Obwohl sich die vorangegangene Rechtsprechung überhaupt auf die Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr in Form einer allgemeinen Geschäftsbedingung bezieht, ist die Diskussion um das „Ob“ für das „Vorliegen einer Gegenleistung der Bearbeitungsgebühr“ ein allgemeine. In der deutschen Rechtsprechung wird die Möglichkeit einer Bearbeitungsgebühr, die einer echten Gegenleistung gegenübersteht, nicht völlig ausgeschlossen. Die BGH-Entscheidungen aus den Jahren 2014 und 2017 betonten vielmehr noch einmal, dass zunächst zu prüfen ist, ob die Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr an sich selbst wirklich begründet und rechtswirksam ist, wobei eine Prüfung erforderlich ist, ob die Bearbeitungsgebühr einer echten Gegenleistung gegenübergestellt wird. Wenn dies nicht der Fall ist und die Parteien die Bearbeitungsgebühr dennoch nicht als laufzeitabhängige Zinsen im rechtlichen Sinne gestalten wollen, dann ist es der hier vertretenen Ansicht nach hoch wahrscheinlich, dass eine solche Vereinbarung über die Bearbeitungsgebühr gar nicht wirksam zustande kommt, weil es ihr an den „*essentialia negotii*“ fehlt. Würde eine solche grundlose Bearbeitungsgebühr dann dennoch direkt auf den effektiven Zinssatz des Vertrags aufgeschlagen werden, würde sich die Belastung für den Kreditnehmer erhöhen. Insoweit wären viele der früheren BGH-Entscheidungen in gewisser Weise flüchtig, weil sie nicht erkannten, dass viele Vereinbarungen der Bearbeitungsgebühren in ungewöhnlicher Höhe als gar nicht rechtswirksam getroffen angesehen werden können.

bb) Die neue Wege zur Bemessung der Einmalkosten

Allerdings könnte eine Bearbeitungsgebühr, selbst wenn sie tatsächlich einer echten Leistung gegenübersteht, nicht einfach in die Formel des Zinsvergleichs aufgenommen werden. Denn wenn festgestellt wird, dass die Bearbeitungsgebühr eine echte Gegenleistung hat, dann spiegelt die einfache Einbeziehung der Bearbeitungsgebühr in den effektiven Jahrzinssatz des Vertrags oft die Belastung des Darlehensnehmers nicht zutreffend wider. Um das Leistungsverhältnis zwischen den Parteien wiederzugeben, sollte der echte Wertansatz der Gegenleistung, die der Bearbeitungsgebühr gegenübersteht, in der Vergleichsformel gerecht berücksichtigt werden, zumindest bei der Bestimmung des Werts der vom Darlehensgeber hingegebenen Kapitalleistung. Indessen bleibt noch offen, wie das erfolgen soll. Hier ist an zwei mögliche Ansätze zu denken.

---

[746] BGH NJW 2014, 1325f; BGH NJW 2016, 1875, 1877.
[747] AG Frankfurt am Main, BKR 2013, 502 ff.
[748] LG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2014 - 22 O 208/12, Rn. 104 (juris).

(i) Der vereinheitlichende Bemessungsansatz

Der erste Ansatz ist ein vereinheitlichender. Wie der BFH festgestellt hat, seien „zusätzlich vereinbarte Gebühren und Kosten“ in den effektiven Jahreszinssatz „*umzurechnen*“.[749] *Reifner* beharrt darauf, dass Restschuldversicherungsprämien, die sowohl für Darlehensnehmer als auch für Darlehensgeber von offensichtlichem Vorteil sind, ebenfalls in die Vergleichsformel der Zinssätze einbezogen werden sollen, was in der Tat diese Position in einem gewissen Maß widerspiegelt. *Reifner* argumentiert sogar, dass hier ein rechtlich „*einheitlicher Zinsbegriff*“ angestrebt werden darf.[750] Danach sollten der Wert der Bearbeitungsgebühr selbst und der Wert ihrer Gegenleistung in einer mit Zinsen im rechtlichen Sinne vereinheitlichenden Weise auf beide Seiten des vertraglichen Effektivzinssatzes und des Marktzinssatzes einbezogen und dann herangezogen werden.

Bei näherer Betrachtung wirft die Funktionsweise dieses Ansatzes jedoch weitere Fragen auf, die die Berechnung und Wiedergabe des Wertes betrifft. Erstens könnte die der Bearbeitungsgebühr entsprechende Gegenleistung teilweise real vorhanden sein, obgleich sie keinen objektiven Geldwert hat, jedoch einen gewissen „subjektiven Wert“ zwischen den Parteien liefert. Damit wäre es nicht angemessen, dass der vertragliche Zinssatz als über den zulässigen Schwellenwert hinausgehend gewertet wird, alsbald die keiner geldwerten Gegenleistung gegenüberstehenden Bearbeitungsgebühr in der Vergleichsformel der Zinssätze einbezogen wird, während bei fehlender Einbeziehung dieser Bearbeitungsgebühr, also bei alleiniger Berücksichtigung der „Zinsen im rechtlichen Sinne“, der vertragliche Zinssatz noch nicht als anstößig angesehen wird. Selbst wenn die fragliche Bearbeitungsgebühr eine objektiv geldwerte Gegenleistung hätte, würde die treffende Berücksichtigung des Wertes dieser Gegenleistung in der Vergleichsformel auch Bedenken auslösen. Denn die Tätigkeit, die der Bearbeitungsgebühr gegenübersteht, hängt nicht von der Zeitdauer ab und kann nicht als die den Zinsen zugrunde liegende Leistung („die zeitliche Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit“) dadurch berücksichtigt werden, dass der Wertansatz der Leistung nach der „Wachstumstheorie“ in einer exponentiellen finanzierungsmathematischen Weise erfolgt.

Im Hinblick auf die Techniken des Wertansatzes sind die genannten Mängel aber möglicherweise noch zu beheben. Da der Wert der Leistung, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, in dem vertraglichen Leistungsverhältnis oft nur schwer präzise wiedergegeben werden kann, könnte man den Versuch einfach aufgeben und ihn durch eine externe Anpassung nach oben (in diesem Falle besteht bereits ein Aufschlag von 2 %, daher muss hier ein weiterer Aufschlag gemacht werden) an den Marktsatz als Vergleichsgröße ersetzen. *Bunte* meinte, dass der Schwellenwert für den Marktzinssatz von Fall zu Fall in flexibler und angemessener Weise angepasst werden könne, indem die „*Risiko- und*

[749] BFH, Urteil vom 9. Januar 1989 - VII R 28/86, Rn. 11 (juris).
[750] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 713.

Kostenstruktur“ des Kreditinstituts berücksichtigt werde.[751] Der BGH wies auch darauf hin, dass die Deutsche Bundesbank ihre veröffentlichten Marktzinsen für „*Universalbanken*“ und Sparkassen gelten lasse, dass sich aber die Kosten- und Risikostruktur der „*Teilzahlungsbanken*“ von derjenigen der Universalbanken unterscheide und daher bei der Prüfung des von der Teilzahlungsbank angebotenen Zinssatzes die Besonderheit dieser Struktur in die Gesamtwürdigung einzubeziehen sei.[752]

Auch wenn die oben erwähnten Probleme des Wertansatzes behoben wären, könnten die Zweifel am vereinheitlichenden Bemessungsansatz nicht vollständig ausgeräumt werden. Der Kapitalbetrag eines Darlehens zwischen G und N beträgt beispielsweise 10.000 € mit einer vereinbarten Bearbeitungsgebühr von 5 % des Kapitalbetrags (insgesamt 500 €) und einem Sollzinssatz von 10 % p.a., während der vertragliche effektive Jahrzinssatz (einschließlich der Bearbeitungsgebühr) 15% p.a. und der gesetzlich zulässige Höchstzinssatz 16 % p.a. beträgt, aber der tatsächliche Wert der Tätigkeit des kreditgebenden G, die der Bearbeitungsgebühr gegenübersteht, beträgt nur 100 €. Die Absicht von G hätte darin bestehen können, die bei der Vorbereitung des Darlehens entstandenen Ausgaben mit einem fünffachen Satz auf N abzuwälzen. Worin liegt die Angemessenheit dieser Gestaltung? Häufig findet sich die Ansicht, dass eine solche Praxis in Wirklichkeit eine „Quersubventionierung“ von Kleinkrediten darstelle.[753] Aber der zivilrechtliche Bewertungsrahmen für die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Abrede ist „individueller“, so dass ein kollektives Konzept der „Quersubventionierung“ nicht passend ist. Man könnte sich auch insofern verteidigen, als dass es keinen Grund gebe, die Handlung von G zu rügen, da die Bearbeitungsgebühr, selbst wenn sie in den effektiven Jahrzinssatz des Vertrags eingerechnet werde, letztendlich die gesetzliche Deckelung des Zinssatzes nicht überschreite. Die Eigenschaft der nicht laufzeitabhängigen Bearbeitungsgebühr zu beachten ist aber von großer Bedeutung: Bei einer vorzeitigen Beendigung des Darlehensverhältnisses kann die bereits gezahlte Bearbeitungsgebühr normalerweise nicht vom Darlehensgeber zurückgefordert werden, wenn die Tätigkeit, die der Bearbeitungsgebühr entspricht, bereits vollständig geleistet wurde. Daher ist im obigen Beispiel wahrscheinlich, dass N im Falle einer vorzeitigen Kündigung des Darlehensvertrags einen größeren Nachteil gegenüber anderen Darlehensnehmern in anderen Geschäften mit niedrigeren Bearbeitungsgebühren (z.B. eine Gebühr von 1 % des Kapitalbetrags) erleiden könnte, da der Darlehensgeber des N höhere Bearbeitungsgebühren einbehalten würde.[754] Außerdem sind die Bearbeitungsgebühren in der Praxis häufig als Prozentsatz des hingegebenen Kapitalbetrags zu berechnen. Die der Bearbeitungsgebühr entsprechende Dienstleistung ist allerdings von Fall zu Fall äußerst unterschiedlich, so dass die Berechnungsmethode anhand des bloßen Prozentsatzes des Kapitalbetrags – zumindest im

[751] *Bunte*, Probleme der Ratenkreditverträge, WM-Sonderbeilage, 1/1984, 1, 19 f.
[752] BGH NJW 1983, 1420 (1421); BGH NJW 1987, 2220 (2221).
[753] Vgl. *Vollmer*, Barbeitungsentgelte im Darlehensrecht, Berlin 2020, S. 23.
[754] Vgl. *Tiffe*, VuR 2012, 127, 130.

Rahmen eines „individuellen“ Prüfrahmens“ – gewissenmaßen willkürlich wäre.[755] Da in den BGH-Urteilen von 2014 und 2017 bereits eingehend geprüft wurde, ob jede Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr realen Gegenleistungen gegenübersteht, spricht schließlich nichts dagegen, die Wirksamkeit dieser Vereinbarungen weiterhin gesondert zu beurteilen. Somit würde es einen plötzlichen Sprung in Bezug auf die Bewertung bedeuten, wenn die Vereinbarung der Bearbeitungsgebühr nicht separat gewertet wird, sondern direkt in die Vergleichsformel für Zinssätze einbezogen würde. Es reicht daher nicht aus, die Notwendigkeit einer gesonderten Prüfung der Bearbeitungsgebühr (und auch anderer Einmalkosten) allein mit der Begründung zu verneinen, dass die Gesamtsumme der Bearbeitungsgebühren und Zinsen im rechtlichen Sinne die zulässige Grenze nicht übersteigt.

(ii) Der separate Bemessungsansatz

Bei der Frage, ob und wie Bearbeitungsgebühren in Zinsvergleiche einzubeziehen sind, kann es aus einem weiteren Grund zu einem separat zu prüfenden Ansatz kommen. Der BGH hält an dem Ansatz einer selbstständigen Berücksichtigung der Prämien der Restschuldversicherung fest, bei der sowohl Darlehensnehmer als auch Darlehensgeber begünstigt werden. Dieser separat zu prüfende Ansatz kann auf Bearbeitungsgebühren oder Vermittlungsprovision übertragen werden, wenn ihr jeweils eine echte Gegenleistung gegenübergestellt wird. Auch wenn die Bearbeitungsgebühr oder die Vermittlungsprovision für sich genommen rechtswirksam ist, kann sie zum Befund der Sittenwidrigkeit bei der Gesamtwürdigung beitragen. Wie schon erwähnt, meinte *Canaris* beispielsweise gerade, die Vermittlungsprovision sei nur bei der Phase der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen und diese Würdigung unterliege nicht der „*Mathematisierung*“.[756] Aber selbst wenn dieser Lösungsweg technisch gleichsam dem theoretischen Hindernis der Wertberechnung und -darstellung ausweicht, stößt er doch auf das praktische Hindernis, dass die geeignete Vergleichsgröße nicht immer leicht zu ermitteln ist, wenn eine getrennte Prüfung für Bearbeitungsgebühren oder für eine Vermittlungsprovision erforderlich ist. Bis 2003 bot die deutsche Bundesbank noch einen üblichen Referenzsatz der Bearbeitungsgebühr für bestimmte Arten von Darlehensgeschäften an, aber seit 2003 besteht dieser vergleichbare Standard nicht mehr. Durch das Fehlen der öffentlich zugänglichen Referenzsätze würde daher in der Praxis die Anwendbarkeit des separat zu prüfenden Ansatzes schwerlich erreicht werden und könnte den Ausschluss der Willkür von Richtern nicht ermöglichen.

Angesichts des Vorstehenden lässt sich nur schwer prognostizieren, ob der Richter in Zukunft in einer pauschalen Weise einen vereinheitlichenden oder separaten Ansatz für die Prüfung der Einmalkosten wählen würde. Die aktuellen Regeln, die sich anhand der Rechtsprechung der Verbraucherkredite herausgebildet haben, sind die, dass ein vereinheitlichender Ansatz für die Bewertung der Bearbeitungsgebühren und der

[755] Vgl. *Feldhusen*, Bearbeitungsgebühren bei Förderdarlehen, WM 2015, 1397, 1401 f.
[756] Vgl. *Canaris*, ZIP 1980, 709, 715.

Vermittlungsprovision und ein separater Ansatz für die Bewertung der Restschuldversicherungsprämien angenommen wird.

(2) Andere objektiv unrechtmäßige Umstände

Auf objektiver Ebene der Unrechtmäßigkeit eines sittenwidrigen Darlehens können neben einem erheblichen Leistungsmissverhältnis zwischen dem vertraglichen Zinssatz und dem Marktzinssatz auch andere faktische Umstände hinzutreten, die zu der Bestimmung der Sittenwidrigkeit des Darlehens beitragen. Dabei handelt es sich vor allem um solche Vertragsklauseln, die typische objektive Inhalte zum Gegenstand haben, die zu einer unangemessenen Erhöhung des Effektivzinssatzes des Darlehens führen können[757] und die schon für sich genommen unrechtswirksam sind.[758]

Bei der ersten handelt es sich um die Klausel, die dem Darlehensgeber „*eine Handhabe zu Forderungen*" bietet.[759] Dabei handelt es sich hauptsächlich um eine Klausel, die dem Darlehensgeber ermöglicht, im Falle eines Verzugs verschiedene inhaltlich unklare Rechte gegenüber dem Darlehensnehmer geltend zu machen, wie beispielsweise das Recht auf „*Inkassokosten*", „*Verzugskosten*" usw.[760]; das Recht auf eine „*Ablösungsgebühr*" in Höhe von 2 % des ausstehenden Nettodarlehensbetrags im Falle einer vorzeitigen Beendigung des Darlehensvertrags[761]; das Recht des Darlehensgebers auf eine von den tatsächlich entstandenen Kosten unabhängige, weitere Zahlung in Höhe von bis zu 4 % bzw. 5 % der ausstehenden Hauptforderung[762]; und die „*Gesamtfälligkeitsstellungsklauseln*", die die Restschuld sofort fällig stellen, wenn etwa der Darlehensnehmer mit einer der Zahlungen mehr als 20 Tage in Verzug gerät.[763] Diese Klauseln gestalten sich oft in Form von AGB, die inhaltlich unklar[764] und schwerlich verständlich[765] sind und einen irreführenden Eindruck erwecken können.[766] Auch wenn diese AGB für sich genommen nur abstrakt gefährlich und nicht unbedingt nachteilig für die Parteien im Einzelfall sind oder selbst wenn der Darlehensgeber diese benachteiligende Rechte tatsächlich nicht beansprucht, die ihm einen unrechtmäßigen Vorteil verschaffen könnten, sollen sie dennoch als objektive Unrechtmäßigkeitselemente berücksichtigt werden.[767]

---

[757] Vgl. auch *Müssigbrodt*, JA 1980, 697, 700.

[758] Vgl. *Canaris*, ZIP 1980, 709, 713.

[759] Bezeichnung und begriffliche Aussage, siehe BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - III ZR 21/81, WM 1982, 1023 (1025), Rn. 31 (juris). Für ähnliche Klauseln und Inhalte, siehe auch BGH NJW 1982, 2433 (2435).

[760] BGH NJW 1979, 2089; BGH, Urteil vom 7. Mai 1981 - III ZR 2/79, WM 1982, 1021 (1022), Rn. 26 (juris).

[761] BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - III ZR 21/81, WM 1982, 1023 (1025), Rn. 33 (juris); BGH NJW 1982, 2436 (2437); BGH NJW 1988, 696 (697).

[762] BGH WM 1982, 1023 (1025), Rn. 36 (juris); BGH NJW 1982, 2436 (2437); OLG Stuttgart, Urteil vom 7. August 1984 - 6 U 51/84, ZIP 1984, 1201 (1211), Rn. 229 (juris).

[763] BGH NJW 1988, 696 (697).

[764] BGH NJW 1982, 2436 (2437).

[765] BGH WM 1982, 1023 (1025), Rn. 42 (juris); BGH NJW 1982, 2433 (2435).

[766] BGH WM 1982, 1023 (1025), Rn. 41 (juris); BGH NJW 1982, 2433 (2435).

[767] Vgl. BGH NJW 1987, 2220 (2221); BGH NJW 1988, 696; BGH NJW 1987, 184 (185); *Bunte*, WM-Sonderbeilage 1/1984, 1, 11; OLG Stuttgart, Urteil vom 7. August 1984 - 6 U 51/84, ZIP 1984, 1201 (1211), Rn. 213 (juris).

Zweitens sollten auch Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln (siehe auch F. II. 2. unten für weitere Einzelheiten) in die Würdigung der Sittenwidrigkeit einbezogen werden, zumindest wenn sie als AGB vereinbart werden. Typischerweise sind solche Klauseln dadurch gekennzeichnet, dass der Darlehensnehmer am Ende eines jeden Quartals eine Tilgungsleistung zu erbringen hat, die aber erst am Ende des Jahres eine Erfüllungswirkung hat, was dazu führen kann, dass am Jahresende weiterhin Zinsen auf den in der Mitte des Jahres schon getilgten Kapitalbetrag anfallen können.[768] Diese Klausel erhöht im Wesentlichen den effektiven Zinssatz für den Darlehensnehmer,[769] deren Wirksamkeit auch durch den BGH abgelehnt worden ist.[770]

Schließlich können sich Zinsanpassungsklauseln, die dem Darlehensgeber die Möglichkeit verschaffen, den Vertragszinssatz den veränderten Marktbedingungen nach einseitig zum Nachteil des Darlehensnehmers zu erhöhen (siehe auch unten F. III. 3.), auch bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit des Darlehens berücksichtigt werden, soweit diese Klauseln als AGB vereinbart wurden.[771] Sieht eine solche Klausel vor, dass der Darlehensnehmer nicht das Recht hat, eine entsprechende Senkung des vertraglichen Zinssatzes zu verlangen, wenn der Diskontsatz sinkt, während der Darlehensgeber den Zinssatz einseitig erhöhen kann, wenn der Diskontsatz steigt, gilt sie als unwirksam.[772] Dadurch wird auch die objektive Unrechtmäßigkeit solcher Klausel festgestellt.

2. Subjektive Unrechtmäßigkeit

Wie bereits erwähnt, muss bei der Feststellung, ob ein Darlehensgeber subjektiv unrechtmäßig handelt, von der objektiven Unrechtmäßigkeit des Darlehensvertrags ausgegangen werden.

(1) Die Ansichten der Rechtsprechung

Im Zusammenhang mit Verbraucherkrediten wird in der deutschen Praxis überwiegend die Auffassung vertreten, dass aus einem „besonders groben" objektiven Leistungsmissverhältnis auf die subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers geschlossen werden kann, da „*der Darlehensgeber die wirtschaftlich schwächere Lage des Darlehensnehmers, dessen Unterlegenheit, bei der Festlegung der Darlehensbedingungen bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt*", oder, „*der Darlehensgeber als objektiv sittenwidrig Handelnder sich zumindest leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der Darlehensnehmer nur aufgrund seiner wirtschaftlich schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Darlehensbedingungen einlässt*."[773] Kann diese Regel auf Kaufleute

[768] BGH NJW 1989, 222; BGH NJW 1990, 2383.
[769] BGH NJW 1989, 222 (223); BGH NJW 1990, 2383.
[770] BGH NJW 1989, 222 (223 ff); BGH NJW 1990, 2383 f.
[771] BGH NJW 1988, 696.
[772] BGH BB 2009, 1436; BGH NJW 2010, 1742.
[773] BGH, Urteil vom 7. Mai 1981 - III ZR 2/79, WM 1982, 1021 (1022), Rn. 17 (juris); BFH, Urteil vom 9. Januar 1989 - VII R 28/86, Rn. 10, 13 (juris). Dieser Ansicht folgten auch BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - III ZR 21/81, WM 1982, 1023 (1025), Rn. 37 f (juris); BGH NJW-RR 2000, 1431 (1432 f).

übertragen werden? Ein Teil der Literatur lehnt dies ab.[774] Aber die Rechtsprechung nimmt eine unmittelbare negative Position ein.[775] Aus der letzteren ging außerdem hervor, dass diese Regel auch nicht ohne Weiteres auf *Minderkaufleute* anwendbar sei, bei denen nach Ansicht des BGH davon ausgegangen werde, dass sie sich als Darlehensnehmer nicht unbedingt in einer schwächeren wirtschaftlichen Position befinden, über keine Rechtskenntnisse und Geschäftserfahrung verfügen und dass dies dem Darlehensgeber bekannt sei.[776] Es bedürfe einer Prüfung im Einzelfall.[777] Seit der Handelsrechtsreform im Jahre 1998 gibt es im heutigen deutschen Handelsrechtssystem die *Minderkaufleute* nicht mehr, da die alte Vorschrift des § 4 HGB gestrichen und durch die neue Vorschrift des § 2 HGB über *Kleingewerbetreibende* substituiert wurde.[778] Somit kann die oben erwähnte Regel auch auf die Kleingewerbetreibenden übertragbar sein. Erwähnenswert ist, dass ein Kleingewerbetreibender, obwohl er kein Kaufmann ist, nach der Neuregelung des § 2 Satz 1 und Satz 3 HGB frei wählen kann, ob er sich in das Handelsregister einträgt oder daraus austrägt.[779]

Die Vermutung der subjektiven Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers sorgt in der Praxis häufig für Streit, wobei es in der Regel um die Frage geht, ob sich der Darlehensnehmer zum Vertragsabschluss nicht in einer wirtschaftlichen Zwangslage befand und ob er damals bereit war, den Vertrag abzuschließen, obwohl er „bewusst in Kauf nahm“[780], sich in ein schweres Leistungsmissverhältnis zu begeben.

Nach der Rechtsprechung reicht die Tatsache, dass die Belastung durch die vertraglich vereinbarten Raten für den Darlehensnehmer wegen seines Einkommensniveaus erschwinglich sind oder dass er zuvor andere Darlehensgeschäfte abgeschlossen hat, nicht aus, um zu dem Schluss zu gelangen, dass der Darlehensnehmer nicht wirtschaftlich unterlegen ist oder dass er den Vertrag in Kenntnis des Missverhältnisses des Leistungsaustauschs geschlossen hat.[781] Auch die Tatsache, dass sich der Darlehensnehmer vorher bei weiteren Kreditinstituten „umgehört“ hat, genügt für den Beweis nicht, dass er über Geschäftserfahrung und Geschäftsungewandtheit verfügt.[782] Nur in Ausnahmefällen, wenn beispielsweise der Kapitalbetrag (wie etwa 200 €) und die Laufzeit des Darlehensvertrags durchaus gering sind, wird es schwierig anzunehmen sein, dass der Darlehensgeber zum Vertragsabschluss eine Ausbeutungsabsicht hatte und dass sich der Darlehensnehmer nur wegen seiner wirtschaftlichen Unterlegenheit auf das Geschäft einließ.[783]

---

774 Vgl. *Steinmetz*, NJW 1991, 881, 884.
775 Vgl. BGH NJW-RR 1989, 1068; BGH NJW 1983, 1420 (1421 f).
776 Vgl. BGH NJW 1983, 1420 (1421 f).
777 Vgl. BGH NJW 1983, 1420 (1421 f); BGH NJW-RR 1989, 1068.
778 *Schmidt*, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, 2161, 2162 f.
779 *Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2162 f.
780 *Reifner*, BKR 2009, 51, 57.
781 BGH NJW 1988, 1659 (1651).
782 BGH NJW 1988, 818 (819).
783 BFH, Urteil vom 9. Januar 1989 - VII R 28/86, Rn. 10, 13 (juris).

(2) Die Kritiken

Die von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Regeln für die Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit eines Darlehensgebers bringen weitere Problemkreise mit sich. Vielfach wird kritisiert, dass es unangemessen sei, die subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers unmittelbar aus einem objektiven Leistungsmissverhältnis abzuleiten, da dadurch die subjektive unrechtmäßige Voraussetzung für ein sittenwidriges Darlehensgeschäft entweder in der Tat fingiert oder im normativen Sinne aufgegeben werde und dann auf die vom Gesetzgeber des BGB ausdrücklich abgelehnte Regel der „*laesio enormis*" zurückgegriffen werde, die allein auf ein objektives Leistungsmissverhältnis abstelle.[784] Die Grundwertung des Gesetzgebers, dass der subjektive Wille der Parteien allein die Beurteilung des Äquivalenzverhältnisses bestimme, werde übersehen.[785] Der Tatbestand der Zinssittenwidrigkeit könne somit nicht zu *einem Wuchertatbestand ohne subjektive Elemente* deformiert werden.[786] Einige versuchten auch, die Regel aus der deutschen Rechtsprechung zu „retten". Die meisten dieser Versuche beginnen aber mit der Demontage der internen dogmatischen Struktur von § 138 Abs. 1 BGB, wobei verneint wird, dass ein Rechtsgeschäft zusätzlich eine subjektive Unrechtmäßigkeit aufweisen muss, um als sittenwidrig gewertet zu werden. So argumentierte *Sack*, dass ein bloß objektiver Verstoß gegen die objektive Ordnung zur Sittenwidrigkeit führen könne, ohne dass es auf eine zusätzliche subjektive Verwerflichkeit des Handelnden ankomme;[787] *Mayer-Maly* vertrat das so genannte „*Sandhaufen-Theorem*" und begründete, dass der Gedanke des *beweglichen Systems* bei der Feststellung zugrunde zu legen sei, ob ein Darlehensvertrag sittenwidrig sei, wobei die subjektive Unrechtmäßigkeit für die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB nicht immer erforderlich sei, da, wenn ein besonders schwerwiegendes objektives Äquivalenzhindernis vorliege, der Schluss auf die Unwirksamkeit als Rechtsfolge gezogen werden könne, ohne dass das „Ob" für das Bestehen eines Verschuldens auf Seiten des Darlehensgebers zu hinterfragen sei.[788]

(3) Stellungnahme

Dem genannten Kritikpunkt an den von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Regeln hinsichtlich der Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit ist m.E. jedoch nicht zu folgen. Schon aus methodischer Sicht dürfen die objektiven und subjektiven Elemente für eine Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nicht abdingbar sein und nach dem „*Sandhaufen-Theorem*" wird in bestimmten Fällen vollständig auf das subjektive Element verzichtet, wodurch die Mindestanforderungen des Ansatzes der Gesetzauslegung angetastet werden.[789] Lediglich die allgemeine Regel, dass die subjektive Unrechtmäßigkeit eines

[784] *Mayer-Maly*, FS Larenz 1983, 395, 399 f.
[785] *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 193-195.
[786] *Müssigbrodt*, JA 1980, 697, 698.
[787] *Sack*, NJW 1985, 761, 765, 768.
[788] Vgl. *Mayer-Maly*, FS Larenz 1983, 395, 408. Derselben Ansicht *Damm*, JZ 1986, 913, 917 f.
[789] *Canaris*, ZIP 1980, 709, 717.

Darlehensgebers aus einem objektiven auffälligen Leistungsmissverhältnis bei einem Darlehensgeschäft abgeleitet wird, ist im Prinzip gerecht und akzeptabel.

a. Verbraucherdarlehen

Bei Verbraucherkrediten gilt die abstrakt-generelle Vermutung, dass der Darlehensnehmer als Verbraucher „wirtschaftlich schwächer", „rechtsunkundig und geschäftsunerfahren" ist, und „der Darlehensgeber sich dieser Umstände bewusst ist", was die Gefahr birgt, dass das Institut der Geschäftsfähigkeit in eine „*wirtschaftliche Geschäftsfähigkeit*" umgewandelt werden würde.[790] Dies könnte eine Abkehr vom Grundsatz der abstrakten Gleichheit im Zivilrecht darstellen.[791] Im Bereich des Konsumentenkredits wurde jedoch, wie *Bunte* argumentierte, die Obergrenze der Vertragszinssätze durch die Judikatur zu einer objektiven „*ordre public économique*"[792] erhoben, wobei durchaus davon ausgegangen werden kann, dass allein die objektive Marktwidrigkeit bezüglich der vertraglich vereinbarten Zinssätze (ein grobes Leistungsmissverhältnis) schon die Folgerung zulässt, eine subjektive Unrechtmäßigkeit seitens des Darlehensgebers zu vermuten.

Außerdem ist das Verbraucherdarlehensgeschäft selbst ein Massengeschäft und das beträchtliche Machtgefälle zwischen Anbietern (Kreditinstituten) und Verbrauchern als Darlehensnehmern liefert bereits eine deutliche Richtung für die rechtliche Würdigung. Daneben ist auch zu bemerken, dass der Markt für Verbraucherkredite schon ein stark regulierter ist. Der Gedanke, dass sich Darlehensgeber dieser Geschäfte mit den marktüblichen Zinssätzen auskennen und diese gewissermaßen „einhalten" müssen, findet sich auch im positiven Recht, etwa in § 492 Abs. 2 BGB und § 16 PAngV. Diese Bestimmungen setzen schon ihrer Ratio nach voraus, dass die zahlreichen alternativen Produkte auf dem Markt miteinander vergleichbar sind und verpflichten den Darlehensgeber, den Darlehensnehmer aktiv über den effektiven Jahreszinssatz des Vertrags zu informieren, um ihm einen Vergleich ähnlicher Marktprodukte zu ermöglichen und dann die Nachteile ihrer Informationsasymmetrie zum Vertragsabschluss zu beseitigen, wobei die zentrale Sinnhaftigkeit darin besteht, dass der Darlehensgeber keinen unzulässigen Vorteil auf Kosten eines verzerrten Wettbewerbs erlangen dürfe.[793] In diesen Bestimmungen wird daher davon ausgegangen, dass die Marktzinssätze öffentlich zugänglich sind und von den Gerichten zu einem rechtsverbindlichen Rechtssatz erhoben worden sind.[794] Somit gibt es keine Rechtfertigung dafür, dass ein Darlehensgeber die zulässigen Obergrenzen der Zinssätze nicht kennt. Dort ist allein sein Unwissen schon subjektiv verwerflich.

---

[790] *Bunte*, WM-Sonderbeilage 1/1984, 1, 7 f.
[791] *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 200.
[792] *Bunte*, WM-Sonderbeilage 1/1984, 1, 10.
[793] *Reifner* bezeichnet diesen Gedanken als den, der die Eindämmung der „*Marktwidrigkeit*" anstrebt. Vgl. *Reifner*, BKR 2009, 51, 56.
[794] *Bunte*, WM-Sonderbeilage, 1/1984, 1, 20-22.

b. Andere Arten von Darlehensgeschäften

Bei anderen Arten von Darlehen als den Verbraucherdarlehen, wie z.B. bei „*Gelegenheitsdarlehen*“ zwischen Privatpersonen oder „*gewerblichen Darlehen*“ zwischen Unternehmen, basiert die Feststellung der subjektiven Unrechtmäßigkeit letztendlich auf der Beantwortung der Vorfrage, ob der fragliche Darlehensvertrag objektiv unrechtmäßig ist (hauptsächlich ein grobes Leistungsmissverhältnis, das aber nicht unbedingt einer 100%/12%-Grenze bei Verbraucherratenkrediten entspricht). Denn eine Überschau über die deutsche Rechtsprechung zeigt, dass die subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers immer noch unmittelbar vermutet wird, wenn ein „besonders auffälliges“ Leistungsmissverhältnis im Darlehensvertrag festgestellt wird. Diese Regelungslogik gilt sowohl für Gelegenheitsdarlehen[795] als auch für gewerbliche Darlehen. Der 3. Zivilsenat des BGH hatte in seinem Urteil vom 8. Juli 1982 über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem zwei *Finanzmakler* einen Darlehensvertrag mit einem Zinssatz von fast 100 % abschlossen, d.h. die Valutasumme 300.000 DM betrug, während der Darlehensnehmer nach einem Jahr und 20 Tagen 600.000 DM zurückzahlen musste.[796] Wenngleich der Senat letztendlich auf § 138 Abs. 2 BGB verwies, bezog er sein Hauptargument zur Begründung auf den Nachweis eines besonders auffälligen Leistungsmissverhältnisses, wobei bei seinem Vorliegen die subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers, die als eine Ausnutzung der Zwangslage des Darlehensnehmers beschrieben wurde, als selbstverständlich bestehend galt.[797]

Einige könnten in die Diskussion übergehen, ob es für die Feststellung, dass ein Kaufmann oder ein Unternehmen als Darlehensgeber aufgrund eines Leistungsmissverhältnisses subjektiv unrechtmäßig handelt, eines anderen Maßstabs bedarf als bei Verbrauchergeschäften. Nach dem oben erörterten deduktiven Anwendungsansatz des § 138 Abs. 1 BGB ist jedoch zunächst zu prüfen, ob eine objektive Unrechtmäßigkeit (insbesondere ein Leistungsmissverhältnis) im Darlehensvertrag überhaupt vorliegt und nur bei Bejahung wird der nächste Prüfungsweg geöffnet, nämlich, dass sich die Beweislast für die subjektive Unrechtmäßigkeit über den Mechanismus der Informationspflicht je nach dem Kräfteverhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer verteilt. Dies ist aber noch immer zu einer nahezu fiktiven Vermutung einer subjektiven Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers geworden.

Bei Geschäftskrediten zwischen Kreditinstitut und Unternehmen, wofür es nicht

---

[795] In diesem Falle lehnte der BGH zwar ein besonders grobes Mißverhältnis eines Leistungsaustauschs ab, er bekräftigte aber zugleich: „*Allgemein kann allerdings auch im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB, wenn nicht nur ein auffälliges, sondern ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, eine tatsächliche Vermutung für die Annahme sprechen, der Darlehensgeber habe die ihm bekannte Notlage des Darlehensnehmers ausgebeutet*.“ Nach Ablehnung eines besonders groben Mißverhältnisses des Leistungsaustauschs sagte der BGH weiter: „*Ob der Beklagte sich des auffälligen Mißverhältnisses bewußt war, bedurfte hier auch deswegen besonderer Prüfung*“. Siehe BGH ZIP 1990, 1048 (1049).

[796] Vgl. BGH NJW 1982, 2767.

[797] Vgl. BGH NJW 1982, 2767 f.

zwingend einen relativ konstanten und großen Markt und einen feststellbaren üblichen Marktpreisstandard gibt oder geben kann, könnte die Feststellung einer objektiven Unrechtmäßigkeit (insbesondere eines Leistungsmissverhältnisses) manchmal nicht begründbar sein. Bei Krediten zwischen Unternehmen oder bei „Gelegenheitskrediten" zwischen Privatpersonen wäre auch schwierig zu abzugrenzen, wie ein einschlägiger „Markt" aussieht, und es bereitet teilweise auch Schwierigkeiten, die Kriterien für ein Leistungsmissverhältnis zu ermitteln.[798] In Anbetracht der modernen Anerkennung der selbstreproduzierenden Kraft des Geldes könnte es jedoch haltbar sein, in solchen Konstellationen der Darlehensgeschäfte, die höchst mögliche Rendite eines durchschnittlichen Marktteilnehmers als Bezugspunkt zur Bemessung der zulässigen Obergrenze der Zinssätze zu verwenden, soweit es tatsächlich unmöglich ist, den Marktzinssatz für die betroffenen Darlehensgeschäfte aus dem Markt herauszufinden. Dies stützt sich auf den Gedanken, dass für den Darlehensnehmer eindeutig die Gefahr einer Überschuldung bestehen würde, wenn der Vertragszinssatz die von einem durchschnittlichen Marktteilnehmer maximal erzielbare Rendite erheblich übersteigt; und für den routinierten Darlehensgeber (wie eine Bank oder ein anderes Kreditinstitut) ist es nicht schwierig, mit Blick auf das soziale Umfeld des Darlehensnehmers zu erkennen, ob dieser in der Lage ist, mit dem entsprechenden Kapitalbetrag eine dem von ihm geforderten Zinssatz nahekommende Gewinnmarge zu erwirtschaften. An diesem Punkt sollte, wenn sich Darlehensnehmer und Darlehensgeber in Bezug auf die Macht die Waage halten, dem Darlehensgeber die Beweislast für die subjektive Unrechtmäßigkeit auferlegt werden und wenn sich der Darlehensgeber in einer überlegenen Position befindet, dann sollte dem Darlehensgeber die Beweislast in einer nahezu fiktiven Weise auferlegt werden. Die oben zitierte Entscheidung des 3. Zivilsenats des BGH vom 8. Juli 1982 ging zwar davon aus, dass ein Zinssatz in Höhe von nahezu 100 % des Kapitalbetrags wuchergeeignet sei aber der Senat gab nicht an, auf welchen Marktstandard als Vergleichsgröße er sich bezog, sondern er stellte lediglich fest, dass ein solcher Vertragszinssatz „*ungewöhnlich*" sei.[799] Um die Grundstruktur des Anwendungsansatzes des § 138 Abs. 1 BGB beizubehalten, dürfte die höchste Rendite eines Marktunternehmens unmittelbar als Bezugsgröße zum Zinsvergleich herangezogen werden. Angesichts dessen könnte dann der Schluss gezogen werden, dass ein Vertragszinssatz in Höhe von 100 % der Valuta zwangsläufig weit über diese Bezugsgröße hinausgehen würde.

c. Die Bedeutung der subjektiven Voraussetzung der Sittenwidrigkeit eines Darlehens

Es ist auch zu erläutern, dass die Regel, die subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgebers aus einem objektiven Leistungsmissverhältnis abzuleiten, nicht die

[798] Vgl. auch BGH NJW-RR 1990, 1199.
[799] Vgl. BGH NJW 1982, 2767.

subjektive Voraussetzung zur Begründung der Sittenwidrigkeit, wie von einigen behauptet, aufhebt.

(a) Verobjektivierung der Beurteilungskriterien der subjektiven Unrechtmäßigkeit

Wenn es – als „*ordre public économique*" (wirtschaftliche öffentliche Ordnung) – einen marktüblichen Zinssatz als Vergleichsgröße gibt, dann reicht die Unkenntnis des Darlehensgebers von diesem Zinssatz aus, um seine subjektive Verwerflichkeit festzustellen, denn „*error iuris nocet*". In diesem Sinne stellt die Regel des BGH, dass der Darlehensgeber die Zwangslage des Darlehensnehmers „ausgenutzt" oder zumindest sich der Kenntnis dieser Zwangslage „verschlossen" haben muss, eine gewissermaßen hohe Anforderung auf subjektiver Ebene dar.

(b) Verankerung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Rückwirkung

Zweitens könnte man auch argumentieren, dass es einen Formalismus darstellen würde, eine Voraussetzung der subjektiven Unrechtmäßigkeit für die Begründung der Sittenwidrigkeit beizubehalten, die oft direkt vermutet wird. Dies ist im Wesentlichen jedoch tatsächlich nicht der Fall.

Wird das Element der subjektiven Unrechtmäßigkeit auf der normativen Ebene weiterhin beibehalten, so ist der Zeitpunkt, an dem die Sittenwidrigkeit beurteilt wird, zwingend im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder zumindest im Zeitpunkt des Eintritts der vertraglichen Rechtswirkung verankert.[800] Auch wenn eine später auftretende wesentliche Änderung auf der Ebene des Rechts zu einer objektiven Unrechtmäßigkeit führt, die einen ansonsten rechtmäßig erscheinenden Vertrag (vor allem derjenige, der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch offen ist) rechtswidrig erscheinen lässt, wird der Vertrag noch rechtswirksam, da der Darlehensgeber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes nicht in einer subjektiv verwerflichen Weise gehandelt hat. Er verpflichtet sich auch nicht, nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes, den ursprünglichen Vertrag in Form eines Angebots oder eines Versprechens zu ändern, so dass der Vertrag letztendlich seine Wirksamkeit aufrechterhalten kann. Angesichts dessen können sich die Parteien nur noch auf die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basierenden Rechtsinstitute berufen, wie die *ergänzende Vertragsauslegung* nach § 157 BGB, den *Wegfall der Geschäftsgrundlage* nach § 313 BGB order die *dolo agit-Einrede* aus § 242 BGB, um einen objektiv ungerecht erscheinenden Vertrag anzupassen.[801] Unter diesen Umständen finden die neuen Zinsvorschriften, selbst wenn sie aufgrund eines erheblichen sozialen öffentlichen Interesses eine Rückwirkung beanspruchen dürften, ihre Grenze bezüglich der Eingriffsmöglichkeit.

Fällt hingegen die Voraussetzung der subjektiven Unrechtmäßigkeit von vornherein weg, so werden Verträge, die ansonsten rechtmäßig erscheinen, nicht nur mit Erlass des neuen

[800] *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 355.

[801] Vgl. *Schmoeckel*, Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 1, 58-60; *Eckert*, AcP 199 (1999), 337, 358 f; EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 73.

Gesetzes nachträglich als objektiv unrechtmäßig erscheinen, sondern auch bei der rechtlichen Bewertung der Sittenwidrigkeit unmittelbar als unrechtswirksam gewertet, so dass ein nachträgliches Eingreifen des neuen Gesetzes unausweichlich wird, allenfalls mit den zurückhaltenden Einschränkungen nach dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dabei würde aber das Verbot „echter Rückwirkung" angetastet werden.[802] Außerdem würde dies auch zur Folge haben, dass Verträge, die ganz oder teilweise objektiv unrechtmäßig sind, genauso behandelt werden wie Verträge, die in allen Aspekten sittenwidrig oder verbotswidrig sind. Dies könnte auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3 GG darstellen. Denn ein Vertrag, der nur deshalb als unrechtmäßig beurteilt wird, weil er sich im Laufe der Zeit inhaltlich wertungsgemäß verändert hat, ist etwas anderes als ein Vertrag, bei dem die Parteien von Anfang an aktiv auf die Rechtswidrigkeit hinarbeiten. Beide sollen nicht gleichbehandelt werden.

Somit ist klargestellt, dass der rückwirkenden Wirkung der sich ändernden Zinsvorschriften durch das Vorliegen eines subjektiv unrechtmäßigen Elements besser Rechnung getragen wird. Diese Folgerung ist nach dem bereits erwähnten „*Sandhaufen-Theorem*" durchaus unmöglich, nach welchem eine Substitution des subjektiv unrechtmäßigen Elements durch ein grobes Leistungsmissverhältnis zugelassen werden soll.[803]

3. Gesamtwürdigung

Das deutsche Zinsrecht nimmt bei der Prüfung, ob ein Darlehensvertrag gegen § 138 Abs. 1 BGB verstößt, neben der Bemessung der objektiven und subjektiven Unrechtmäßigkeit des betreffenden Vertrags auch eine abschließende Gesamtwürdigung des Vertrags vor. Tatsächlich wird bei der Feststellung, ob der Darlehensgeber auch subjektiv rechtswidrig handelt, bereits eine Gesamtbewertung im Hinblick auf das Zusammenspiel von objektiver und subjektiver Unrechtmäßigkeit vorgenommen. Die hier genannte Gesamtwürdigung kann aber auch andere Umstände mitberücksichtigen. Der typische Fall ist der *Risikofaktor*, der oft die Unrechtmäßigkeit dessen beseitigen kann, was im Vorfeld der Prüfung vorläufig als objektiv unrechtmäßig empfunden wird. Ein Beispiel hierfür ist die bereits erwähnte „*Risikostruktur*" des Kreditinstituts, die die entsprechende Erhöhung des als Vergleichsgröße herangezogenen Marktzinssatzes rechtfertigen kann. Hinzu kommt, wenn der hinzugebende Kapitalbetrag „außergewöhnlich hoch" ist (wie etwa 10 Mio. €), so ist das Risiko für den Darlehensgeber („*Ausfallrisiko*", d.h. das Risiko, dass der Darlehensgeber sein Geld nicht vollständig zurückerhält, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt oder er insolvent wird) in der Regel deutlich höher, so dass allein die Tatsache, dass der vertragliche Zinssatz die allgemeine zulässige Schwelle überschreitet, nicht genügt, um die

[802] „Echte Rückwirkung" bedeutet Rückwirkung von Rechtsfolgen und ist grundsätzlich verboten. Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I: Staatsorganisationssrecht, 34. Aufl., Heidelberg 2018, § 4, Rn. 394, 396.

[803] Für eine weitere Ablehnung des „Sandhaufen-Theorems" siehe auch *Koziol*, AcP 188 (1988), 183, 188 f.

objektive Unrechtmäßigkeit der Sittenwidrigkeit zu begründen.[804]

4. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich sagen, dass das Konzept der Zinskontrolle nach einer zulässigen Obergrenze im deutschen Zinsrecht die folgenden Eckpunkte aufweist.

1. Es wird nicht nur geprüft, ob der vertragliche Zinssatz objektiv über eine bestimmte Obergrenze hinausgeht. Eine gesetzliche Obergrenze für den Zinssatz findet sich nicht. Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB ist die Wirksamkeit des Darlehensvertrags durch den Richter im Prüfungsrahmen, der aus objektiver Unrechtmäßigkeit, subjektiver Unrechtmäßigkeit und der Gesamtwürdigung besteht, zu ermitteln, wobei der Richter schließlich ein einzelfallspezifisches *Richterrecht* bildet.

2. Bei der Bemessung, ob ein Darlehensvertrag ein objektiv unrechtmäßiges Element trägt, prüft die deutsche Rechtsprechung zunächst, ob der vertraglich vereinbarte Zinssatz mit dem Marktzinssatz in einem auffälligen Missverhältnis steht. Der BGH und die einschlägigen positivistischen Gesetze verwenden in diesem Falle den „effektiver Jahreszinssatz“ als Berechnungsmaßstab, um dem Gleichheitsgrundsatz gerecht zu werden. Bearbeitungs- und Vermittlungsgebühren werden einheitlich in die Formel für den Vergleich des Vertragssatzes mit dem Marktsatz einbezogen. Die Prämie für die Restschuldversicherung wird jedoch gesondert geprüft. Theoretisch besteht auch die Möglichkeit einer getrennten Prüfung von Bearbeitungs- und Vermittlungsgebühren. Die jüngste Rechtsprechung scheint diese Tendenz zu beschäftigen. Im Allgemeinen gibt es derzeit dazu allerdings einige praktische Hindernisse. Es bleibt abzuwarten, ob in Zukunft ein einheitlicher oder getrennter Ansatz für die Beurteilung der Zinsen im rechtlichen Sinne und der Einmalkosten vorgenommen wird. Schließlich können auch andere Umstände im Darlehensgeschäft, die geeignet sind, den echten effektiven Jahrzinssatz des Geschäfts zu stören, insbesondere unangemessene AGB, als objektiv unrechtmäßig angesehen werden.

3. Bei der Bemessung der subjektiven Unrechtmäßigkeit eines Darlehensvertrags hat der BGH in seiner Rechtsprechung zum Verbraucherkredit eine Regel entwickelt, die die subjektive Verwerflichkeit des Darlehensgebers unmittelbar aus einem groben objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ableitet. Diese Regel wird den Verbraucherkrediten gerecht, da es sich hierbei um ein Massengeschäft handelt. Diese Regel kann aber auch auf diejenigen Darlehensverträge ausgeweitet werden, für die es einen Markt für ähnliche Produkte und einen allgemein marktüblichen Zinssatz als Referenzgröße gibt. Darüber hinaus ermöglicht die Bejahung des Bestehens subjektiver Unrechtmäßigkeit als Voraussetzung zur Begründung der Sittenwidrigkeit, den Zeitpunkt des Verdikts der Sittenwidrigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu verankern, so dass selbst bei einer späteren wesentlichen Änderung, die eine objektive wertungsgemäße Veränderung des

[804] In diesem Falle befand das Gericht, dass die Verpfändung von Aktien nicht ausreiche, um das Risiko des Darlehensgebers abzufedern, da der Wert der Aktien immer dramatisch schwanke. Siehe LG Düsseldorf, Urteil vom 16. Februar 2009 - 7 O 11/09, Rn. 46 ff (juris).

Darlehensvertrags mit sich bringt, die Vertragsbedingungen nur durch die auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basierenden Rechtsinstitute, wie z.B. den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) usw., angepasst werden können. Das bedeutet, dass ein zunächst als rechtmäßig erscheinender, sich aber später etwa wegen Erlasses eines neuen Gesetzes als objektiv rechtswidrig geltender Darlehensvertrag nicht demjenigen Darlehensvertrag gleichgestellt werden darf, der schon von seinem Abschluss an auf eine allseitige Sittenwidrigkeit oder Rechtswidrigkeit abzielt.

4. Bei der Feststellung, ob ein Darlehensgeber subjektiv unrechtmäßig handelt, wird in der Regel von dem objektiven Leistungsmissverhältnis des Darlehensvertrags ausgegangen, wobei bereits eine gewisse Gesamtwürdigung im Rahmen des vertraglichen Leistungsverhältnis vorgenommen wird. Außerdem kann eine Reihe von Risikofaktoren, wie z.B. das Ausfallsrisiko, in die „Gesamtbewertung", die als letzte Prüfungsphase bezüglich der Sittenwidrigkeit gilt, einfließen, was dazu führen kann, dass zum Ende die vorher nur vorübergehend ausgemessene objektive oder subjektive Unrechtmäßigkeit des Darlehensgeschäfts aufzuheben sein sollte.

IV. Die differenzierte Sichtweise in der Zinskontrolle

Abschließend sollen weitere Überlegungen zu dem deutschen Modell zur Zinskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht angestellt werden. Festzuhalten ist vor allem, dass das derzeitige deutsche Modell zur Zinskontrolle aus der Entwicklung der Verbraucherschutzpraxis im Bereich der Verbraucherkredite entwickelt wurde und dass die im Einzelfall konkret angewandten Zinskontrollregelungen zwar in Einzelheiten differenziert sein können, der Gleichheitsgrundsatz aber nicht verletzt ist, da sie nach wie vor einem einheitlichen äußeren dogmatischen Rahmen folgen.

1. Die Rechtsprechung der Verbraucherdarlehen als unmittelbare Grundlage des aktuellen Kontrollrahmens für Zinswucher

Die hauptsächliche Rechtsgrundlage für das derzeitige deutsche Modell zur Deckelung von Darlehenszinsen ist § 138 Abs. 1 BGB. Dementsprechend unterliegen alle Arten von Darlehenszinsen einer Prüfung dieses Absatzes in dreierlei Hinsicht: Objektive Unrechtmäßigkeit, subjektive Unrechtmäßigkeit und Gesamtwürdigung. Im Laufe der Zeit sind die „objektive Unrechtmäßigkeit" (ein auffälliges Leistungsmissverhältnis, d.h. ein grobes Missverhältnis zwischen Vertragszinssatz und Marktzinssatz als Vergleichsgröße) und die „subjektive Unrechtmäßigkeit" (die subjektive Verwerflichkeit des Darlehensgebers, die sich aus dem auffälligen Leistungsmissverhältnis ergibt) durch Judikatur spezifisch konkretisiert worden. Die Fülle der Konkretisierung ergibt sich anerkanntermaßen aus der Rechtsprechung des BGH in den 1980er Jahren zur Regulierung vom Zinswucher in Verbraucherkrediten.

2. Verallgemeinerung und Gleichheitsprinzip

Die Regelungen, die sich aus der Rechtsprechung der Verbraucherkredite ergeben haben, prägen auch das gesamte System der Zinsregelung im Deutschland. Wohlgemerkt: Einige der in der Literatur vertretenen Auffassungen scheinen dazu zu neigen, die Regeln zur Bestimmung der objektiven Unrechtmäßigkeit „wucherähnlicher" Darlehensgeschäfte (das Vorhandensein einer relativen Differenz von 100 % oder einer absoluten Differenz von 12 % zwischen Vertragszinssatz und Vergleichszinssatz), die auf der Grundlage dieser Verbraucherkreditpraxis entwickelt wurden, als allgemeingültige Regeln zu betrachten, damit diese Regeln auch generell auf alle Arten der Darlehensgeschäfte anwendbar sind.[805] In Anbetracht der Tatsache, dass eine solche spezifische Regel in der Vergangenheit direkt aus der gerichtlichen Praxis des Verbraucherkreditwesens entwickelt wurde, dürfte die Legitimität dieser „*Verallgemeinerung*" in Zweifel gezogen werden. Der hier vertretenen Ansicht nach gilt die Verallgemeinerung aber als eine Auslegung, die vielmehr mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG und der Anforderung der Rechtssicherheit des Art. 20 GG vereinbar ist.

Bei einer Verallgemeinerung werden formal gesehen für alle Arten von Darlehensgeschäften inhaltsgleiche Zinsregeln gelten. Auf den ersten Blick scheint dies im Einklang mit dem Verweis auf die „Gleichheit vor dem *Gesetz*" in Art. 3 des GG zu stehen. Dazu bedarf aber noch weiterer Überlegung.

(1) Die unterschiedliche Natur der verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften

In erster Linie wird eine Frage aufgeworfen: Sind die verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften im Wesentlichen gleich? Dazu müssen die Eigenschaften der verschiedenen Darlehensgeschäfte, die sie voneinander unterscheiden können, gesammelt und wertend verglichen werden.[806] Aber die Schlussfolgerung dieser Arbeit ist vielmehr, dass alle Darlehensgeschäfte im Wesentlichen ungleich sind. Zwar sind alle Darlehensgeschäfte in Bezug auf die Zinsvereinbarung, um die es hier geht, im Wesentlichen gleich, da sie alle eine Vergütung für die Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit an den Darlehensgeber begründen. Fragwürdig ist aber, ob die Identität des Darlehensnehmers und die Zweckrichtung des Darlehensgeschäfts von differenzierter Natur sind. Wie eingangs[807] erwähnt, finden sich in Rechtsprechung und Lehre einige Ansichten, nach welchem die 1%ige Zinsdifferenz in § 246 BGB und § 352 HGB „*nicht unerheblich*" sei. Dies deutet an, dass zivilrechtliche Subjekte und Kaufleute im Handelsrecht keine wesentlichen Unterscheidungsmerkmale für die Funktionsweise des Zinsrechts sind. In den Gesetzen finden sich jedoch viele Belege gegen diese Ansicht. Zum einen ist die kodifizierte Differenz zwischen § 288 BGB und § 353 HGB nachdrücklich hervorzuheben. Andererseits legen auch

[805] 100%-Grenze als „*Faustregel*", vgl. Staudinger/*Fischinger*, 2021, § 138, Rn. 244. Vgl. auch PWW/*Ahrens*, 2019, § 138, Rn. 129 f; Soergel/*Hefermehl*, 1999, § 138, Rn. 97.
[806] BeckOK GG/*Kischel*, 2021, GG Art. 3, Rn. 15, 17.
[807] Siehe A. I.

die §§ 490 ff BGB, die sich mit dem Verbraucherdarlehen befassen, nahe, dass das Verbraucherdarlehen anders geregelt werden muss als die normalen Fälle der Kreditaufnahme. Daher ist es im geltenden deutschen Zinsrecht durchaus von Relevanz, ob der Darlehensnehmer ein Verbraucher, ein Unternehmer oder eine Privatperson im Allgemeinen ist und welchem Zweck das fragliche Darlehensgeschäft typischerweise dient (dem Verbrauch oder der gewerblichen Produktion). Vor dem Zinsrecht sind die verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften daher schon unter dem systematischen Gesichtspunkt im Wesentlichen ungleich.

(2) Differenzierte Bewertung verschiedener Darlehensgeschäfte unter der Voraussetzung der Rechtssicherheit

Ob zwei Dinge gleich oder ungleich behandelt werden, beurteilt sich anhand eines Vergleichs der Rechtsfolgen.[808] Wird die „relative Schwelle von 100 %“ und die „absolute Schwelle von 12 %“ sowohl auf gewerbliche Darlehensgeschäfte als auch auf Verbraucherdarlehen angewandt, so können im Einzelfall auch die für diese beiden Darlehen festgelegten spezifischen Zinsobergrenzen jeweils unterschiedlich sein, da der dem Vergleich zugrunde liegende Marktzinssatz je nach den Umständen des Einzelfalls zwangsläufig variiert. Das heißt, dass bei einem verallgemeinernden Beurteilungsansatz die verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften in Bezug auf die Rechtsfolgen am Ende öfters durchaus unterschiedlich beurteilt werden. Darüber hinaus betonte der BGH, wie bereits erwähnt, dass bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Darlehenszinsen auch objektive Umstände, wie etwa die Kosten- und Risikostruktur des Darlehensgebers, zu berücksichtigen sind. Damit gemeint ist offenbar eine gewisse Kompensation für den unterschiedlichen Status der Darlehensnehmer bei verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften. Dementsprechend werden grundsätzlich unterschiedliche Darlehensgeschäfte nach geltendem deutschem Zinsrecht auch ungleich behandelt, so dass der Gleichheitsgrundsatz nicht angetastet wird.

Nach alledem lässt sich sagen, dass bei der Feststellung des Zinswuchers nach § 138 Abs. 1 BGB im Ergebnis am häufigsten eine mit guten Gründen differenzierte Betrachtung durchgeführt wird. Auch wenn es sich hierbei um eine formale Anwendung der Zinskontrollregelung auf unterschiedliche Arten von Darlehensgeschäfte handelt, wird der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG nicht verletzt, da im rechtlichen Ergebnis der Rechtsanwendung den grundsätzlichen Unterschieden von Darlehensgeschäften weiterhin hinreichend Rechnung getragen werden könne. Gleichzeitig wird die Anwendung formalgleicher Rechtsvorschriften auf verschiedene Arten von Darlehensgeschäften, ohne gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen, eindeutig dem Gebot der Rechtssicherheit (*Bestimmtheit* und *Vorhersehbarkeit*) gerecht. Denn die „100%-Schwelle“ lässt sich sogar auf den römischen Rechtssatz von der „*laesio enormis*“ zurückführen; es ist ein Wert, der bereits seit mehr als 1.700 Jahren im öffentlichen Bewusstsein eingebettet ist.

[808] BeckOK GG/*Kischel*, 2021, GG Art. 3, Rn. 15.

(3) Rechtsentwicklung in Festlandchina: Eine zukünftige Annäherung an das deutsche Recht?

Die „Zinsfreiheit" ist dem chinesischen Recht fremd. In China, sowohl auf dem Festland (§ 680 Abs. 1 VCZGB und die auf ihn verweisenden gerichtlichen Erläuterungen des Obersten Volksgerichtshofs) als auch in Taiwan (§ 205 RCZGB[809]), wurde der so genannte „*objektivistische*"[810] gesetzgeberische Stil gewählt, d.h. es wird eine feste und objektive gesetzliche Zinsobergrenze für den Darlehensvertrag festgelegt. Die gesetzliche Zinsschranke hat den Charakter eines *Verbotsgesetzes* im Sinne des § 134 BGB; eine Vereinbarung über die überhöhte Verzinsung, die gegen das gesetzliche Verbot in Gestalt der Zinsobergrenz verstößt, ist jedoch nur insoweit nichtig, als sie diese Obergrenze überschreitet.[811]

Der Zinswucher scheint in Taiwan kein landläufiges Problem zu sein, da die Starrheit der Obergrenze des § 205 RCZGB zwar kritisiert worden[812], aber seit mehr als hundert Jahren unverändert geblieben ist. In Festlandchina ist der Zinswucher jedoch problematisch und die Rechtslage hat sich im Laufe der Jahre anhaltend gewandelt. Mit dem Inkrafttreten des VCZGB im Jahr 2021 ist aber zu erwarten, dass sich die zugrunde liegende Regulierungslogik der Darlehenszinskontrolle in Festlandchina in absehbarer Zukunft nicht mehr wesentlich ändern wird. Der derzeitige Zustand des Systems zur Kontrolle der Darlehenszinsen in Festlandchina ist zweifellos noch nicht als „stabil" oder „bewährt" zu bezeichnen. Die Rechtsprechung und die Lehre orientieren sich jedoch zunehmend übereinstimmend insofern am deutschen Zinsrecht, als zwar versucht wird, eine einheitliche formale gesetzliche Grundlage für die Zinskontrolle zu schaffen, aber bei der konkreten Rechtsanwendung so weit wie realistisch möglich zwischen den verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften zu unterschieden, um eine flexible Kontrolle zu erreichen.

a. Die historische Entwicklung von gesetzlichen Zinsdeckelungen

Die Festsetzung einer gesetzlichen Zinsobergrenze ist in China eine althergebrachte Tradition. Im alten China gab es keine starke religiöse Tradition, die mit der des Westens oder der des Nahen Ostens vergleichbar gewesen wäre, geschweige denn direkte normativ religiöse Eingriffe in die Wirtschaft. Vor diesem äußerst säkularen Hintergrund erlaubten die chinesischen Dynastien während des größten Teils der Zeit Privatpersonen, beliebig Zinsen zu nehmen.

(a) Das alte China

Zu den frühesten Texten, die die Praxis der privaten Kreditgeschäfte aufzeichnen, zählen

[809] § 205 RCZGB lautet: „*Übersteigt der vereinbarte Zinssatz die Grenze um zwanzig Prozent pro Jahr, so hat der Gläubiger keinen Anspruch auf die Zinsen für den übersteigenden Betrag*."

[810] Vgl. *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185 (189).

[811] Vgl. *GAO Shengping*/*SHEN Chen*, Gerichtliche Anwendung von Bestimmungen über Zinsobergrenzen bei privaten Krediten, in: Political Science and Law 2013/12, S. 25 (29).

[812] Vgl. *HUANG Li*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2002, S. 356.

das *Zhouli*, das *Zuozhuan*, das *Shiji*, das *Guanzi* und das *Mozi*. Das *Guanzi* berichtete, dass am Ende der *Zhou*-Dynastie Zehntausende von Menschen in einem Land Kreditgeschäfte tätigten; die gesetzliche Schranke des Zinssatzes zu Beginn der *Zhou*-Dynastie (ca. 1115 v. Chr.) betrug etwa 15 % p.a.[813] Zu Beginn der *Han*-Dynastie verfolgte der Kaiser eine Politik der Ruhe und Erholung des Volks und mischte sich nicht in die wirtschaftlichen Aktivitäten des Privatsektors ein, so dass der durchschnittliche Zinssatz für Privatkredite einst beispiellos hoch war, mit dem Phänomen eines 100%igen Zinssatzes. Während der Herrschaft von Kaiser *Han Wu Di* gab der Staat die Politik der Nichteinmischung auf und begann, seine Kontrolle über die Wirtschaft zu verstärken, um die staatlichen Ressourcen auf den militärischen Kampf gegen die *Xiongnu* zu konzentrieren. Geschichtliche Quellen berichten, dass im Jahr 116 v. Chr. *Liu Yin*, der Markgraf von *Punguang*, seines Amtes enthoben wurde, weil er gegen das Gesetz verstoßen hatte, indem er überhöhte Geldzinsen verlangte („*über das Gesetz hinaus Zinsen nahm*"), und *Liu Xin*, der Markgraf von *Lingxiang*, wurde auf die gleiche Weise bestraft, weil er das Gesetz missachtete, indem er überhöhte Sachzinsen verlangte („*über das Gesetz hinaus Getreidezinsen nahm*").[814] In dieser Zeit entstand eine gesetzliche Obergrenze für die Zinsregulierung, aber es ist jetzt nicht klar, wie hoch die damalige Zinsobergrenze genau war. Es ist indes erwähnenswert, dass nach der *Wei*- und der *Jin*-Dynastie und bis zur *Tang*- und zur *Song*-Dynastie die Regel „*Zinsen dürfen das Kapital nicht übersteigen*"[815] (d.h. eine Obergrenze für den Zinssatz von 100 %) galt, um die wirtschaftlich Schwachen zu schützen. Diese gesetzliche Zinsdecklung ähnelte durchaus der deutschen Rechtsprechung zu § 138 Abs. 2 BGB[816] und der Regel von der „*laesio enormis*" in Rom, die in Europa lange Zeit überlebte. Nach der *Tang*- und der *Song*-Dynastie jedoch, als der wirtschaftliche Einfluss der Regierung auf die Gesellschaft allmählich gelockert wurde[817], änderte die Regierung häufig die gesetzliche Zinsschranke, so dass sie oft zwischen 20 % und 100 % pro Jahr lag.[818]

---

[813] *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185 (191).

[814] *JIANG Li*, Rechtliche Fragen bei der Regulierung von Zinssätzen in privaten Krediten in China, in: Journal of CUPL 2012/5, S. 54 (56).

[815] *JIANG Li*, Rechtliche Fragen bei der Regulierung von Zinssätzen in privaten Krediten in China, in: Journal of CUPL 2012/5, S. 54 (56 f).

[816] Vgl. BGH NJW 1982, 2767 f.

[817] Vor der Tang- und Song-Dynastie wiesen die chinesischen Städte eine einzigartige Struktur auf, bei der die Wohngebiete streng von den Handelsgebieten getrennt waren. Erstere war als „Li-Fang" und letztere als „Shi" (Direkte Übersetzung: *Markt*) bekannt. Sowohl „*Li-Fang*" als auch „*Shi*" waren in sich geschlossene Bereiche mit regelmäßiger Zugangskontrolle durch Beamte. Auch wenn es in einer Stadt mehr als ein „Shi" gibt und der Handel innerhalb des „Shi" etwas freilaufen konnte, war die kommerzielle Freiheit der Stadt im Allgemeinen noch relativ stark eingeschränkt. Diese städtische Struktur löste sich ab dem Ende der Tang-Dynastie allmählich auf. In der Song-Dynastie und danach verschwand diese nach innen gegliederte und in sich geschlossene Struktur. Sie wurde durch einen zusammengesetzten städtischen Raum ersetzt, in dem Wohn- und Gewerbegebiete in eine Einheit integriert waren und in dem die wirtschaftliche Freiheit und Aktivität im Vergleich zur vorherigen Periode erheblich zunahm. Dieser Wandlungsprozess wird in der chinesischen Literatur auch als „Fang-Shi-Revolution" bezeichnet. Ausführung vgl. *LIU Ming-Wei*/*LAI Kwang-Pang*, The City Characters of the Institution of Enclosure Li-Fang Walled-Ward and Warden-Market before the Chinese Medieval City Revolution, in: Journal of Bulding und Planning, National Taiwan University, Number 15, Dec. 2008, S. 41-69.

[818] *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal

In der *Ming*- und *Qing*-Dynastie wurde die Obergrenze des gesetzlichen Zinssatzes auf etwa 30 % pro Jahr begrenzt. Das „*Große Ming-Gesetz*“ legte fest, dass „der monatliche Zinssatz dreißig Prozent nicht überschreiten darf“. Die *Qing*-Dynastie orientierte sich an der Praxis der *Ming*-Dynastie und setzte den zulässigen maximalen Jahrzinssatz auf 36 % fest.[819]

(b) Republik China

Die Republik China folgte zunächst der alten chinesischen Rechtsetzung, indem sie eine gesetzliche jährliche Obergrenze von 100 % festlegte (§ 5 Einführungsgesetz zum RCZGB). Später, am 1. August 1927 (16. Jahr der Republik China), wurde die gesetzliche Zinsobergrenze für vertragliche Zinsen in § 205 RCZGB unter Verweisung auf die Bestimmungen der §§ 1, 2 des damaligen japanischen Zinsbegrenzungsgesetzes auf 20 % pro Jahr gesenkt.[820] Aber in § 205 RCZGB wurde gleichzeitig klargestellt, dass nur der Anspruch auf die über 20 % hinausgehenden Zinsen nicht entsteht, was bedeutet, dass ein gegen die Zinsobergrenze verstoßender Vertrag nur teilweise nichtig ist.[821] Erwähnenswert ist aber, dass gemäß § 126 RCZGB die Verjährungsfrist für jede Zinsansprüche, die schon fällig gestellt werden, 5 Jahre beträgt. In der Literatur wird demnach darauf hingewiesen, dass die jährliche Zinsobgergrenze von 20 %, berechnet auf einen Zeitraum von 5 Jahren, genau der 100 %-Grenze entspricht, so dass das Ergebnis dasselbe ist, wenn es an einer ausdrücklichen 100 %-Grenze fehlt.[822]

(c) Volksrepublik China

Es gab im alten China keine Unterscheidung zwischen dem jeweiligen materiellen Recht und die Zinswucherer wurden häufig mit körperlicher Strafe sanktioniert. Auch wenn man annimmt, dass der Kaiser eine Zinsobergrenze festlegte, um den Schutz der Schwachen mit einem „fairen Preis“ festzulegen, bildete dieses Konzept des „gerechten Preises“ aber nicht notwendigerweise die einzige beherrschende Treibkraft in der Rechtssetzung. Vielmehr könnten bloße politische Zwänge und das damit verbundene „Kümmern um die Stabilität der Ordnung“ die maßgebliche Ursache sein. Ähnlich verhält es sich mit der Situation, nachdem die neue chinesische Regierung im Jahr 1949 im Festland an die Macht kam. Die vom Obersten Volksgerichtshof angekündigte Erläuterung „*über die Zinssätze der städtischen Kreditvergabe, derer Betrag als Zinswucher gilt*“ vom 27. November 1952 und der von dem Zentralkomitee der KP Chinas verkündete Bericht „*über die Situation von städtischen und ländlichen Zinswuchertätigkeiten und Maßnehmen zu ihrer Unterdrückung*“ vom 15. Februar 1964 sprachen ausdrücklich von Zinsschranken von „dreißig Prozent pro Jahr“ oder „eineinhalb Prozent pro Monat“, worin eine ähnliche Regelungslogik enthalten sein könnte.

Nach dem allmählichen Übergang von der Planwirtschaft zum Marktsystem in

---

of Comparative Law 2015/4, S. 185 (191).

819 *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185 (192).

820 *SHI Shangkuan*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Peking 2000, S. 256.

821 Siehe *LIN Chenger*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2003, S. 247.

822 *SHI Shangkuan*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Peking 2000, S. 262.

Festlandchina Ende der 1980er und Anfang der 1990er Jahre wurde jedoch die Praxis, den Verwaltungsbeamten die Festlegung eines festen absoluten Wertes für die Zinsobergrenze zu gestatten, überall kritisiert. Der Mechanismus für die Festlegung von Zinsobergrenzen wurde schrittweise auf den Markt übertragen. § 6 der SPKVG 1991 sah vor, dass der vertraglich vereinbarte Zinssatz „*das Vierfache des Zinssatzes ähnlicher Bankkredite (einschließlich dieses Zinssatzes selbst)*“ nicht überschreiten darf. § 25 der aktuellen EPKVG 2021 schreibt vor, dass der vertraglich vereinbarte Zinssatz das „*Vierfache des einjährigen LPR-Satzes*“ nicht überschreiten darf. Beide sind der Ausfluss dieser Marktisierung im Zinsbereich.

Nur im Jahre 2015 kreierte der Oberste Volksgerichtshof vor dem Hintergrund der damals überhitzten privaten Kreditwirtschaft mit § 26 EPKVG 2015 ausnahmsweise ein befremdliches Kontrollmodell, das auch als die „*Zwei Linien und drei Zonen*“, das gewissermaßen der Praxis der späten Qing-Dynastie folgte, bezeichnet war. Im Genaueren sieht dieses Modell so aus, als dass zuerst die Parteien einen Vertragszinssatz von nicht mehr als 24 % p.a. völlig rechtsverbindlich vereinbaren dürfen, und einen Vertragszinssatz von mehr als 24 % p.a., aber nicht mehr als 36 % p.a., nur in Form einer *Naturalobliegenheit* vereinbaren dürfen. Das heißt, der Darlehensgeber darf die Verzinsung insofern, als sie über 24% p.a. hinausgeht, nicht aktiv beanspruchen, aber mit Rechtsgrund behalten und die Verzinsung, sofern sie über 36 % p.a. beträgt, weder beanspruchen noch behalten. Dem Modell „*Zwei Linien und Drei Zonen*“ liegt ein starkes ordnungspolitisches Element zugrunde. Der Richter des Obersten Volksgerichts sagte hierzu, dass dieses Kontrollmodell hauptsächlich für den Zweck eingeführt wurde, dem Privatkreditwesen die regulierenden Signale zu senden, die finanzielle Ordnung einzugrenzen und die Effizienz und Glaubwürdigkeit der Justiz in Bezug auf die Verhandlung der Kreditsachen zu erhöhen.[823]

Im Gegenteil, das Regelungsmodell in den Jahren 1991 und 2020, die Obergrenze des gesetzlichen Zinssatzes an den Marktzinssatz zu koppeln, dient dem Zweck der Reform der „*Marktisierung der Zinssätze*“.[824] Nach dem 20. August 2019 begann sich der Prozess der „*Marktisierung der Zinssätze*“ weitergehend zu beschleunigen, indem die chinesische Zentralbank das *Interbank Lending Centre* dazu ermächtigte, Darlehenszinsen von Darlehensgeschäften mit einjähriger Laufzeit und fünfjähriger Laufzeit zu veröffentlichen, wobei nur ein Jahr später das vorherige abnormale Gebilde von „*Zwei Linien und Drei Zonen*“ aufgegeben wurde.

b. Die „Dualität“ des Zinskontrollmodells

In Festlandchina wurde die Kodifizierung des Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China (VCZGB) im Jahre 2021 abgeschlossen. Das VCZGB enthält allgemeine Bestimmungen über

[823] Vgl. *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185 (190 f).
[824] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (180).

Darlehensverträge (§§ 667-680). § 680 Abs. 1 VCZGB lautet wie folgt: „*Die Vergabe hochverzinster Darlehen ist verboten; der Darlehenszinssatz darf nicht gegen einschlägige staatliche Bestimmungen verstoßen*." [825] Hierbei handelt es sich um eine Verweisungsvorschrift, und die „*einschlägigen staatlichen Bestimmungen*" in dem Absatz bedeuten die Bestimmungen über die Zinsobergrenzen in den betreffenden gerichtlichen Erläuterungen des Obersten Volksgerichtshofs für „*private Kredite*" und die Verordnungen der chinesischen Zentralbank für „*kreditinstitutionelle Kredite*".[826] Dies steht im Einklang mit der langjährigen Rechtspraxis in Festlandchina, die bei der Regulierung von Darlehenszinssätzen eine differenzierte Sichtweise einnimmt, d.h. unterschiedliche Rechtsvorschriften gelten jeweils für „kreditinstitutionelle Kredite" und „private Kredite". Der Begriff „kreditinstitutionelle Kredite" bezieht sich auf die Darlehensbeziehung zwischen Kreditinstituten als Kreditgeber, die von der Regierung für die Tätigkeit des Darlehensgeschäfts genehmigt sind und anderen sozialen Subjekten als Kreditnehmer, während „private Kredite" sich auf andere verbleibende Darlehensbeziehungen beziehen (siehe § 1 EPKVG 2021[827]). Bei der Regulierung der Zinssätze gelten die Zinsverordnungen der chinesischen Zentralbank für kreditinstitutionelle Kredite und die gerichtlichen Erläuterungen des Obersten Volksgerichtshofs für private Kredite, wodurch ein so genanntes „*duales*" System der Zinskontrolle entsteht.[828]

c. Die Auflösung der „Dualität"

Seit Oktober 2004 legt die chinesische Zentralbank aber keine Obergrenze für Darlehenszinsen für die kreditgebenden Kreditinstitute (mit Ausnahme *städtischer und ländlicher Kreditgenossenschaften*) mehr fest, und im Juli 2013 hob die Zentralbank die zwingende Untergrenze für den Darlehenszinssatz an Kreditinstitute auf, wodurch es dem Sektor der institutionellen Kredite plötzlich an der Klarheit für Zinsschranken fehlte.[829] Seitdem ist in der chinesischen Rechtsprechung die Frage höchst umstritten, ob die rechtliche Zinsschranke für private Kredite auf Darlehensgeschäfte mit Kreditinstituten übertragen werden können.

(a) Die Meinungsverschiedenheiten in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wird einerseits versucht, strikt zwischen privaten Krediten und kreditinstitutionellen Krediten zu unterschieden, so dass die Regeln für erstere nicht auf

---

[825] Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China, ZChinR 2020, 207, 318.

[826] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (172).

[827] § 1 EPKVG 2021 lautet: „(1) *Die privaten Kredite im Sinne dieser Erläuterung beziehen sich auf Finanzierung zwischen natürlichen Personen, juristischen Personen und Organisationen ohne Rechtspersönlichkeit*. (2) *Streitigkeiten in Bezug auf die Ausgabe der Kredite und anderen damit zusammenhängenden Kreditgeschäften durch genehmigte Kreditinstitute und ihre Zweigstelle fallen nicht unter diese Erläuterung*."

[828] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (172).

[829] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (174).

letztere angewandt werden können.[830] Aber es gibt auch eine Praxis, die die Anwendung der Zinsschranke für private Kredite auf kreditinstitutionelle Kredite befürwortet. In einem Urteil aus dem Jahr 2016 entschied das *Mittlere Volksgericht Shanghai Nr. 1*, dass die Zinssätze für Darlehen von Kreditinstituten strenger zu kontrollieren seien als die für private Kredite, da die Zentralbank zwar danach strebe, eine gewisse Deregulierung der Zinssätze für Darlehensgeschäfte von Kreditinstituten zu erreichen, dies aber nicht gleichbedeutend damit sei, dass die Kreditinstitute willkürlich hohe Gewinnmargen erzielen dürfen; zweitens bestehe einer der Hauptzwecke des Rechts zur Einschränkung des Zinssatzes für private Kredite darin, zu verhindern, dass der Einsatz des Mittels von den Bedürfnissen der Realwirtschaft entkoppelt wird und soziale Krisen einer Überfinanzierung zu vermeiden, während das Risiko privater Kredite selbst erfahrungsgemäß höher sei als das von Kreditinstituten, die an die Finanzdisziplin gebunden seien und der Zinssatz auf dem betreffenden Markt dementsprechend höher sei.[831] Im Jahr 2017 erwähnte der Oberste Volksgerichtshof in seiner SVFVG 2017, dass es „*den Dienst an der Realwirtschaft als Ausgangs- und Endpunkt der gerichtlichen Verhandlung nimmt, Finanztransaktionen zu lenken und zu regulieren*“ und „*wucherische Kredite in Übereinstimmung mit dem Gesetz streng reguliert werden*“ sollten, damit „*die Finanzierungskosten der Realwirtschaft wirksam gesenkt werden*“. Später kam der Oberste Volksgerichtshof zu dem Schluss, dass die Zinsobergrenze für private Kredite gemäß der EPKVG 2015 auf Darlehensgeschäfte mit Kreditinstituten angewendet werden sollten. In einem vom Obersten Volksgerichtshof in demselben Jahr entschiedenen Fall bestätigte er diese Auffassung und er stellte dabei auch fest, dass „*im Vergleich zur Marktpositionierung von Kreditinstituten die private Kreditvergabe eine nützliche Ergänzung der unzureichenden Finanzdienstleistungen für die Realwirtschaft darstellt und die Risikoprävention und -kontrolle sowie die Erschwinglichkeit der privaten Kreditgeber im Vergleich zum Falle der Finanzkreditvergabe geringer sind*“ und danach wendete der Oberste Volksgerichtshof die Zinsobergrenze von 24 % p.a. in § 26 EPKVG 2015 für private Kredite auf ein Darlehensgeschäft mit Kreditinstitut an.[832] In seiner AVG 2019 antwortete der Oberste Volksgerichtshof, dass „*die hohe oder niedrige Gestaltung des (zulässigen gesetzlichen) Zinssatzes durchaus eng mit der Entwicklung der Realwirtschaft zusammenhängt*“, womit der regulatorische Inhalt des Normzwecks der Zinskontrolle kraft gesetzlicher Obergrenzen, *die*

[830] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag Shandong Rong Hui Fleischprodukte GmbH gegen Hua Ao Internationale Treuhand GmbH (上海市第一中级人民法院(2016)沪 01 民终 11054 号); Streitfall wegen eines kreditinstitutionellen Kreditvertrags zwischen der Bank of Chongqing AG Xi’an Branche zwischen Zhu Zhihua, Li Qian usw. (陕西省西安市中级人民法院(2017)陕 01 民终 7116 号).

[831] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Wan Bangfei und der Standard Chartered Bank (China) GmbH Shanghai Branche (上海市第一中级人民法院(2016)沪 01 民终 11384 号).

[832] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Shanxi Liulin Hong Sheng Ju De Steinkohleindustrie GmbH, Shanxi Hong Sheng Energieentwicklung und der Investment GmbH (最高人民法院(2017)最高法民终 927 号).

Realwirtschaft zu schützen und in angemessener Weise zu lenken, nochmal mehr bekräftigt wird.

Im TZHVG 2019 erklärte der Oberste Volksgerichtshof aber, dass „*kreditinstitutionelle Kredite und private Kredite unterschiedlich behandelt werden sollen und für beide die unterschiedlichen Regeln für Zinssätze gelten sollen*“. § 1 Abs. 2 der EKPV 2021 sieht außerdem vor, dass „*Streitigkeiten aus der Ausgabe der Kredite und anderen damit zusammenhängenden Kreditgeschäften von genehmigten Kreditinstituten und ihren Zweigstellen nicht unter dieser Erläuterung fallen*.“ Chronologisch gesehen scheinen TZHVG 2019 und EPKVG 2021 die vom Obersten Volksgerichtshof in der SVFVG 2017 und in der AVG 2019 vertretene Auffassung aufzugeben, nach der die Regeln der Zinskontrolle für private Kredite übertragbar auf kreditinstitutionelle Kredite sind. Mehrere Urteile der unteren Instanz lehnen dies indessen weitestgehend ab und argumentieren, dass die Aussagen des Obersten Volksgerichtshofs in SVFVG 2017 und AVG 2019 weiterhin aufrechterhalten werden sollten.[833]

(b) Die Kritik gegen den vereinheitlichenden Ansatz

Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, wird bei der derzeitigen Zinskontrolle für die privaten Kredite in Festlandchina der Marktzinssatz (der von dem von der Zentralbank ermächtigten Interbankenzentrum herausgegebene LPR-Satz für ein Jahr) als Bezugsgröße verwendet, um zu messen, ob der vertragliche Zinssatz die zulässige gesetzliche Obergrenze überschreitet. Und dies folgt der Einordnung der Zinskontrollregelung gewissermaßen nach dem Ansatz der „*ordre public économique*“ und kommt in objektiver Hinsicht dem deutschen Zinskontrollmodell durchaus nahe. Es ist indes außerdem erwähnenswert, dass einige Ansichten in der Rechtsprechung, einschließlich der des Obersten Volksgerichtshofs, bei der Übertragung der Zinskontrollregel für private Kredite auf kreditinstitutionelle Kredite zunächst den Normzweck der Zinskontrollregel für private Kredite „umformulierten“ und ihm die Bedeutung eines „Überschuldungsschutzes“ zuschrieben. Denn bei dieser Übertragung wird in der Tat davon ausgegangen, dass eine Überschreitung der Zinskontrollregel für private Kredite zwangsläufig auch über maximale realwirtschaftliche Renditemöglichkeiten eines durchschnittlichen Darlehensnehmers hinausgehen wird. Mit dieser Auslegung, die auf die Vermeidung des „unproduktiven Outputs“ von Zinsen abzielt und den „*Überschuldungsschutz*“ des Darlehensnehmers in den Mittelpunkt stellt, wird die Zinskontrollregel für die private Kreditvergabe faktisch einer allgemeingültigen rechtlichen Bewertung unterzogen und deshalb in eine allgemeine Regelung umgewandelt. An diesem Punkt ist tatsächlich die „Dualität“ hinsichtlich der Unterschiede zwischen kreditinstitutionellen Krediten und privaten Krediten in Bezug auf die Zinsregulierung aufgelöst worden. Der dahinter steckende Gedanke,

[833] Vgl. Streitfall wegen eines kreditinstitutionellen Kreditvertrags zwischen Li Guangjian und Jie Xing Verbraucherfinanzierung GmbH (河北省石家庄市桥西区人民法院(2021)冀 0104 民初 1669 号).

dass die Zinsobergrenzen an die durchschnittliche Gewinnrate von Unternehmen in der Volkgesellschaft gekoppelt sein sollen, war bereits in der akademischen Debatte in einer früheren Zeitphase nach dem Beginn der *Reform und Öffnung* Chinas über die Frage diskutiert worden, ob eine einheitliche gesetzliche Zinsdeckelung eingeführt werden sollte oder nicht.[834] Eine ähnliche Vorstellung ist auch in der deutschen Literatur zu finden. So ist *Reifner* etwa der Meinung, dass eine wichtige Aufgabe der Regelungen zur Steuerung der Kreditzinsen darin bestehe, die „unproduktiven Wirkungen" von Zinsen zu verhindern, um einen „Überschuldungsschutz" der Kreditnehmer zu erreichen, da unkontrollierte, fiktive Zinserhöhungen die tatsächlichen produktiven Erträge des Kreditnehmers übersteigen können.[835]

Die Auslegung der Zinsschranken für private Kredite als eine an die realwirtschaftliche maximal erzielbare Rendite knüpfte Regelung, die auf den „Schutz des Kreditnehmers vor Überschuldung" abzielt und ihre Übertragung auf die Aufnahme von kreditinstitutionellen Krediten, könnte sich aber in unterschiedlicher Weise äußerst negativ auf die verschiedenen Kreditinstitute auswirken. Unmittelbar betroffen wären die auf Kleinst- und Verbraucherkredite spezialisierten Finanzunternehmen („*Mikrofinanzunternehmen*"), deren Jahreszinsen nach ihren Angaben im Zeitraum 2019-2020 in der Regel unter 20 % p.a. lagen.[836] Die Rendite dieser Institute würde beträchtlich sinken, alsbald die gesetzliche Zinsobergrenze für private Kredite auf sie angewendet werden würde.[837] Es verdient somit Beachtung, dass der Ausfluss eines vereinheitlichenden Ansatzes für eine Zinsregulierung nach Zinsdeckelung ein starrer Ansatz sein würde; dabei könnte den Besonderheiten der verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften nicht genügend Rechnung getragen werden, was auch einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellt.[838] Da es zurzeit für kreditinstitutionelle Kredite keine klare Rechtsgrundlage für die Zinskontrolle gibt, wäre die Ausdehnung der Zinsschranken für private Kredite auf kreditinstitutionelle Kredite nicht nur auf der Ebene der Rechtsgrundlage bedenklich, sondern würde auch die Rechtssicherheit untergraben.

---

[834] Frühere Ansichten, siehe *HU Zhengan*/*MEI Liangdong*, Diskussion über das Wesen der Zinssätze in privaten Krediten – Eine Randbemerkung zum Nationalen Kolloquium über private Kreditzinssätze, in: Chinese Rural Economy 1986/11, S. 57. Neuste Ansichten, siehe *DU Wanhua*/*HAN Yanbin*/*ZHANG Yinxin*/*WANG Linqing*, Bericht über die Einrichtung und Verbesserung der gesetzlichen Regulierung der privaten Kredite in China, in: The People's Judicature 2012/9, S. 34 (36); *WANG Weiwei*, Systematische Integration von Regeln für die gerichtliche Handhabung von Zinsobergrenzen bei kreditinstitutionellen Kreditverträgen, in: Journal of Law Application 2021/2, S. 51 (58 f).

[835] Vgl. *Reifner*, VuR 2006, 121, 125.

[836] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (179).

[837] Zum Zeitpunkt der Verkündigung der EPKVG 2020 am 20. August 2020 betrug der von der chinesischen Zentralbank für diesen Monat angekündigte einjährige LPR-Satz 3,85%, was bedeutet, dass der maximale zulässige Darlehenszinssatz für private Kredite für diesen Monat 15,4% pro Jahr betrug.

[838] Einige meinten jedoch, dass eine einheitliche Anwendung auch mit dem Gleichheitsprinzip vergleichbar sei. Siehe *GUO Xingli*, Ein Aufbau über die rechtliche Regulierung der privaten Kredite, in: Jin Ling Law Review 2012/2, S. 18 (22).

(c) Der zukünftig einzuschlagende Weg: Prüfung auf Unbilligkeit, Ordnungswidrigkeit und Sittenwidrigkeit

In den letzten Jahren gab es in der Literatur auf dem chinesischen Festland immer wieder Diskussionen, um aus dem Dilemma eines einheitlichen und starren Zinsregelungsmodells auszubrechen und eine differenzierte Behandlung verschiedener Konstellationen zu erreichen, was eine Zeit lang auch zu beobachten war. Das derzeitige rein „*objektivistische*" Modell der Zinsregulierung ist ebenfalls stark in die Kritik geraten. Viele wenden dagegen ein, dass diesem „Einheitsmodell" ein Nachteil anhaftet, dass es mit einer „*ein für allemal*"-Lösung nicht zwischen „geschäftlichen Darlehen" und „privaten Darlehen", „langfristigen Darlehen" und „kurzfristigen Darlehen" unterscheide, die Vielfalt der Darlehensgeschäfte in der Praxis daher einfach übersehe; dabei fehle es an Flexibilität. Gleichzeitig bestehe die Folge eines Verstoßes gegen die Zinsobergrenze nur in Rückzahlung der überschüssigen Zinsen, was keine abschreckende Wirkung auf den wuchernden Darlehensgeber haben würde; die Zinskontrollregelung solle daher auf der Generalklausel der „*offensichtlichen Unbilligkeit*"[839] in § 151 VCZGB, der das Gegenstück des § 138 Abs. 2 BGB in Deutschland darstellt (aber im Gegensatz zur Nichtigkeit des letzteren ist die Rechtsfolge des § 151 VCZGB nur die Anfechtbarkeit), basieren, wodurch ein subjektives Element der Unrechtmäßigkeit in die Zinsregelung eingeführt und deshalb ihre Flexibilität bereichert wird.[840] Hierbei handelt es sich um einen Vorschlag zur Änderung der normativen Grundlage des derzeitigen Kontrollsystems für Darlehenszinsen. Dies klingt zwar nach einem gesetzgeberischen Vorschlag, könnte aber auch im Wege der Gesetzauslegung durchsetzt werden, indem beispielsweise § 680 Abs. 1 VCZGB als eine unvollständige Vorschrift für objektive Tatbestandsmerkmale des § 151 VCZGB bei seiner Anwendung auf Darlehensverträge ausgelegt wird.

Es ist anzumerken, dass die oben erwähnte dogmatisch einleuchtende Argumentation in der Literatur Festlandchinas im Wesentlichen dem deutschen Modell für die Zinsregulierung gemäß § 138 Abs. 1 BGB folgt, das auch von den Richtern des Obersten Volksgerichtshofs als

---

[839] Das ist eine Übersetzung anhand des üblichen Sprachgebrauchs in der chinesischen Literatur. Manchmal wurde es auch als „*unangemessene Benachteiligung*" übersetzt. Vgl. Zivilgesetzbuch der Volksrepublik Chinas, ZChinR 2020, 207, 232. In Anbetracht der Tatsache, dass der Ausdruck „unangemessener Benachteiligung" im deutschen AGB-Recht häufig vorkommt, orientiert sich die Übersetzung hier an dem in der chinesischen Literatur üblichen Sprachgebrauch, damit eine Vermischung vermieden werden kann.

[840] Vgl. *CAI Rui*, Die Einordnung der offensichtlichen Unbilligkeit der Auslegung aus: Vom Verhältnis zwischen offensichtlicher Unbilligkeit und guten Sitten und öffentlicher Ordnung, in: Law Science 2021/4, S. 77 (92); *CAI Rui*, Von „Zwei Linie Drei Zonen" zu „offensichtlicher Unbilligkeit": Die Verwandlung des Weges zur Regulierung des Zinswuchers in privaten Krediten, in: Commercial Research 2019/4, S. 135. Ähnliche Ansichten siehe auch *WANG Weiwei*, Systematische Integration von Regeln für die gerichtliche Handhabung von Zinsobergrenzen bei kreditinstitutionellen Kreditverträgen, in: Journal of Law Application 2021/2, S. 51 (56 ff); *WANG Linqing*/*YU Meng*, Von der Kontrolle zur Lockerung und Umleitung: Die Wahl des Regulierungsweges und die Reaktion der Justiz auf die Regulierung der Zinssätze für private Kredite in China, in: Journal of Law Application 2012/5, S. 60 (65); *XU Defeng*, Zur rechtlichen Regulierung von Zinsen – unter Berücksichtigung der Sozialisierung im Privatrecht, in: Peking University Law Review 2010/1, S. 176 (183-186).

„*Fall-zu-Fall-Modell*“ bezeichnet wurde.[841] Diejenigen, die diese Ansicht befürworten, zitieren in ihren Publikationen auch das deutsche Recht und sind eindeutig mehr oder weniger davon beeinflusst worden.[842] Was das Model im Sinne von *de lege ferenda* betrifft, so wird in Festlandchina immer noch darüber diskutiert, welche Rechtsgrundlage für die künftige Neuregelung der Zinskontrolle gewählt werden soll. Ob sich die neue Rechtsgrundlage auf die Regel der „*offensichtlichen Unbilligkeit*“ in § 151 VCZGB mit der Rechtsfolge der Anfechtbarkeit oder auf die Generalklausel über „*die öffentliche Ordnung und die guten Sitten*“[843] in § 153 Abs. 2 VCZGB mit der Rechtsfolge der grundsätzlich völligen Nichtigkeit stützen sollte, bleibt fragwürdig. Es besteht aber seit langem ein breiterer Konsens darüber, dass die verschiedenen Arten der Darlehensgeschäfte in einer differenzierten Weise geregelt werden sollen.[844] Künftig könnte in Festlandchina ein ähnlicher Weg beschritten werden wie im deutschen Recht: Auf der Grundlage einer formalistisch einheitlichen Generalklausel werden die verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften im Einzelfall detailliert, flexibel und differenziert geprüft.

V. Fazit

Die Zinskontrolle für Darlehenszinsen nach deutschem Recht basiert in erster Linie auf der Generalklausel der guten Sitten des § 138 Abs. 1 BGB. Die Anwendung dieser Generalklausel auf Fälle von Leistungsmissverhältnissen unterscheidet sich daher in methodischer Hinsicht nicht grundlegend von ihrer Anwendung auf Fälle von zinswucherähnlichen Geschäften. § 138 BGB sieht zwar ein „Leistungsmissverhältnis“ als objektives Tatbestandmerkmal der Sittenwidrigkeit an. Allerdings stellt nicht jedes als „übermäßig“ wahrgenommenes Leistungsverhältnis ein Missverhältnis dar. Die erfolgreiche Ermittlung eines Leistungsmissverhältnisses setzt das Vorhandensein eines Marktpreisstandards oder einer vertretbaren Referenzgröße voraus. In Ermangelung eines wahrnehmbaren Marktes im Geschäftsverkehr oder aufgrund der Komplexität der Branchensegmente des Markts kann es im Einzelfall schwierig sein, ein Leistungsmissverhältnis zu erkennen. Dementsprechend kann es auch schwer vertretbar sein, die Handlung der an dem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien als subjektiv unrechtmäßig zu

---

[841] Vgl. *WANG Linqing*, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre, in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185 (189).

[842] Dabei wird aber fälschlicherweise auf § 138 Abs. 2 BGB statt § 138 Abs. 1 BGB verwiesen, der wohl die einzig entscheidende Rolle bei der Ausgestaltung der eigentlichen Zinsregeln im Zusammenhang mit „wucherähnlichen Darlehensgeschäften“ in dem geltenden deutschen Recht spielt. Siehe *CAI Rui*, Die Einordnung der offensichtlichen Unbilligkeit der Auslegung aus: Vom Verhältnis zwischen offensichtlicher Unbilligkeit und guten Sitten und öffentlicher Ordnung, in: Law Science 2021/4, S. 77 (78 f).

[843] Bezüglich der Übersetzung siehe Zivilgesetzbuch der Volksrepublik Chinas, ZChinR 2020, 207, 232.

[844] Vgl. *ZENG Yang*, Eine Typisierung der Regulierungswege für die Verwaltung der Zinssätze in privaten Krediten, in: Nanjing Journal of Social Sciences 2013/9, S. 95 (98); *YUE Caishen*, Schwerpunkte der Regulierung der privaten Kredite und Gesetzesvorschläge, in: China Legal Science 2011/5, S. 84 (86 ff); *LI Zhenghui*, Zum Regulierungsmodell der privaten Kredite und seiner Verbesserung: Von der Trennung von Zivil- und Handelsrecht ausgehend, in: Research on Rule of Law 2011/2, S. 67 (71).

betrachten.

Wird gleichwohl ein Leistungsmissverhältnis eines Darlehensgeschäfts festgestellt, muss die Bestimmung der subjektiven Unrechtmäßigkeit je nach den Umständen noch erörtert werden: Handelt es sich um ein *Massengeschäft*, an dem ein Kaufmann oder ein Unternehmen als Anbieter mit beherrschender Marktmacht beteiligt ist, wie z.B. bei einem Verbraucherdarlehensgeschäft, kann dem kaufmännischen oder unternehmerischen Darlehensgeber in nahezu fiktiver Weise unmittelbar eine subjektive Unrechtmäßigkeit unterstellt werden, so dass das Darlehensgeschäft für unwirksam erklärt wird; halten sich jedoch Darlehensnehmer und Darlehensgeber die Waage, dann sollte der Darlehensgeber die Beweislast der Widerlegung der subjektiven Unrechtmäßigkeit durch den Mechanismus der Informationspflicht tragen.

Bei der Würdigung, ob einem Darlehensvertrag deshalb der Mangel an Rechtswirksamkeit anhaftet, weil er gemäß § 138 Abs. 1 BGB „*in unverantwortlicher Weise zu einer Überschuldung des Darlehensnehmers führt*“, bleibt der zentrale Beurteilungsrahmen allgemein: Die Feststellung eines „Leistungsmissverhältnisses“, der Vergleich der Stärke von Darlehensgeber und Darlehensnehmer zur Verhandlung des Vertragsabschlusses und die darauf basierende Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien für die subjektive Unrechtmäßigkeit. Es liegt jedoch auf der Hand, dass Kaufleute und Unternehmen bei Massengeschäften in genereller Weise benachteiligt werden: Wenn sie ein Darlehensprodukt anbieten, das den Charakter eines Massengeschäfts hat und wenn zugleich ein auffälliges Leistungsmissverhältnis besteht, so ist die subjektive Unrechtmäßigkeit dieser Kaufleute oder Unternehmen einfach anhand der Unausgewogenheit festzustellen.

Insgesamt kann man hierzu sagen, dass in dem Teil des Zinsrechts, der eine Zinskontrolle nach gesetzlicher Obergrenze betrifft, ein bestimmtes Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht auftauchen wird. Einerseits findet dieses Zusammenspiel in dem grundlegenden Prüfungsrahmen statt, der unabhängig von der Eigenschaft der rechtsgeschäftlichen Beteiligten gilt. Andererseits wird dieses Zusammenspiel dadurch gekennzeichnet, dass die fallspezifischen Inhalte der Kontrollregeln für Darlehenszinsen von einem Beteiligten zum anderen wegen ihrer unterschiedlichen Eigenschaften verschieden sein können. Streng genommen liegt die Quelle dieses Zusammenspiels jedoch nicht im Zinsrecht, sondern ist auf die Funktionsweise des § 138 Abs. 1 BGB zurückzuführen. Anders gewendet: Der § 138 Abs. 1 BGB selbst hat bereits die Rahmenbedingungen, die in der Praxis in einer flexiblen Art und Weise zusammenspielen können, bereitgehalten.

F. Die AGB-rechtliche Zinskontrolle

I. Überblick

Der Bundesgerichtshof nimmt die Sittenwidrigkeit eines Zinssatzes auch dann an, wenn er zwar den Marktzins nicht um 100% oder nahezu 100% überschreitet, aber in Verbindung mit belastenden Vertragsbedingungen den Darlehensnehmer besonders stark benachteiligt.[845] Dabei geht es um die „Gesamtwürdigung“[846] im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 138 Abs. 1 BGB, und diese belastenden Vertragsbedingungen erscheinen oft als zinsbezogene allgemeine Geschäftsbedingungen. Die folgende Diskussion ist fokussierter, d.h. sie befasst sich spezifisch mit der AGB-rechtlichen Beurteilung dieser zinsbezogenen AGB.

Im Kreditwesen kommt häufig eine Reihe von zinsbezogenen AGB vor. Die typischsten Klauseln darin sind solche, die die Verzinsung des fiktiven Kapitals fortsetzen (II.) oder eine variable Verzinsung bestimmen (III.). Auch die höchst umstrittene AGB der Bearbeitungsgebühr (IV.) kann als zinsbezogene Klausel vorliegend als relevant eingestuft werden, da sie in ihrer Beurteilung immer durch das angebliche „gesetzliche Leitbild“ des § 488 BGB geprägt worden sein könnte. Wie diese Klauseln im Rahmen des AGB-Rechts zu bewerten sind, bedarf einer näheren Ausführung, die in Literatur und Rechtsprechung jedoch bereits weit fortgeschritten sind. Angesichts dessen wird im Folgenden zunächst ein grober Überblick über die aktuelle Rechtslage gegeben, und danach der wichtige Gesichtspunkt angeführt, ob eine abweichende Beurteilung möglich ist, wenn die Gegenpartei des AGB-Verwenders ein Kaufmann oder ein Unternehmen ist, oder ob die Beurteilung der betreffenden Klausel noch stark von den allgemeinen Rahmenbedingungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle geprägt ist.

II. Die weitere Verzinsung des fiktiven Kapitals

Der erste zu erörternde Punkt betrifft die Zinsklauseln, die weiterhin Zinsen auf das fiktive Kapital anfallen lassen. Zu diesen Klauseln gehören die „*Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel*“ sowie die „*Wertstellungsklausel*“. Das gemeinsame Merkmal dieser Klauseln besteht darin, dass sie eine Verzinsung auf scheinbar schon erloschenes Kapital („fiktives Kapital“) bestimmen.

Funktionell gesehen liegt der Zweck dieser Klauseln letzendlich darin, einen bestimmten Zahlungsbetrag festzulegen, oder besser gesagt, einen „Preis“ zu bestimmen. Die Zinsen unterscheiden sich aber von anderen Zahlungsgegenständen. Aufgrund seiner in der Finanzmathematik einzigartigen „*Zinseszinsstruktur*“ zeigt der Zins mindestens zwei Gesichter, wenn es darum geht, den „Preis des Kapitals“ zu charakterisieren: Den Nominalzinssatz und den effektiven Zinssatz. Nur letzterer wird etwa als „echter Preis“ des

[845] Vgl. BGH NJW 1990, 1595 (1596).
[846] Siehe oben E. III. 3.

hinzuzugebenden Kapitals bezeichnet. Das AGB-Recht legt bei Zuweisung der Kontrollaufgabe nur einen geringeren Schwerpunkt auf die Klauseln, die lediglich den Betrag des Nominalzinssatzes beschreiben, die also auch zu den sogenannten „*Preishauptabreden*“[847] zählen, die unmittelbar den Betrag der Leistung oder der Gegenleistung festlegen und dann beschränkt sich die Kontrolle der Klausel auf eine bloße Einbeziehungskontrolle. Andere zinsbezogene Klauseln, die sich direkt oder indirekt auf den „wahren Preis“ eines Kapitals auswirken, werden vorwiegend vom AGB-Recht als „*Preisnebenabreden*“ gewertet und deshalb einer strengen Prüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle unterzogen.[848]

Im Folgenden werden zunächst die grundsätzlichen Rechtsregelungen und einschlägigen Lehransichten zu den Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln sowie Wertstellungsklauseln ausgehend vom derzeitigen Rechtsstand untersucht. Nach einer Zusammenstellung der Ausführungen werden dann die eigenen Ansichten des Autors dargestellt, um folgende Frage zu beantworten: Kommt man zu einer anderen rechtlichen Bewertung dieser Klauseln, sofern die Gegenpartei des Verwenders dieser Klauseln ein kaumännisch oder unternehmerisch Handelnder ist?

1. Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln

In den 1980er Jahren ist sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung den Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln große Aufmerksamkeit zuteil geworden. Formal gesehen handelt es sich dabei aber nur um zwei Klauseln. Die Tilgungsklausel bestand in einer „*unterjährigen Tilgung*“ (Tilgung in einem monatlichen, vierteljährlichen oder halbjährlichen Abstand) und verschob die Erfüllungswirkung bis zum Jahresende; die Zinsberechnungsklausel richtete sich darauf, dass der Stand des Kapitals am Ende des Vorjahres als Grundlage für die Verzinsung verwendet wurde.

(1) Literaturansicht und BGH-Rechtsprechung

Canaris war der Meinung, dass diese beiden Klauseln keine überraschende Auswirkungen haben[849] und überhaupt keiner Kontrolle bedürfen[850], da die Vertragsregeln, die für die Bildung des effektiven Zinssatzes entscheidend seien, keinem Rechtsrahmen unterzogen werden, sondern nur den Kontrollen der Markt- und Wettbewerbsmechanismen unterliegen.[851] Auch wenn die fraglichen Zinsklauseln der AGB-rechtlichen Kontrolle unterliegen sollen, halten sie letztendlich der Inhaltskontrolle stand.[852] *Niebling* meinte dagegen, dass die erweiternde Auslegung der vertraglichen Vergütungsregeln durch *Canaris*, die besage, dass keine der Regeln, die den effektiven Zinssatz des Vertrags bestimmen, der AGB-rechtlichen Kontrolle unterliege, das unzulässige „*Preisargument*“ verwendet habe.[853]

[847] Vgl. Erman/*Roloff*, 2017, § 307, Rn. 42 f.
[848] Vgl. Erman/*Roloff*, 2017, § 307, Rn. 42 f.
[849] *Canaris*, Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, NJW 1987, 609, 610.
[850] *Canaris*, NJW 1987, 609, 610 ff.
[851] *Canaris*, NJW 1987, 609, 614.
[852] *Canaris*, NJW 1987, 609, 614 f.
[853] *Niebling*, Die Inhaltskontrolle von Zinsberechnungsklauseln, ZIP 1987, 1433, 1435.

Bei der Zinsberechnungsklausel handele es sich nämlich nicht um eine marktübliche Aufspaltung der Preisvereinbarung, sondern um eine Preisnebenabrede, die kontrollfähig sei.[854] Aufgrund des technischen Fortschritts, der eine maschinelle Berechnung taggenauer Zinsperioden ermögliche, gebe es auch keinen sachlichen Grund für die Verwendung einer solchen Preisnebenabrede mehr, so dass diese wegen Verstoßes gegen die alten Regelungen des § 9 Abs. 1 und 2 AGBG unwirksam sei.[855]

Die Rechtsprechung des BGH folgte eher der Auffassung von *Niebling* als von *Canaris*. In dem zugrundeliegenden Urteil des 3. Zivilsenats des BGH vom 24. November 1988 war der zu entscheidende Hauptgegenstand die Zinsberechnungsklausel, die der BGH zunächst als kontrollfähige Nebenabrede ansah. Denn obwohl die Höhe der Zinsen grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, werde durch die streitige Klausel abweichend vom Gesetz ein höherer effektiver Jahreszinssatz erreicht, und da der durchschnittliche Kunde nach dem Schutzzweck des § 8 AGBG mehr auf die Hauptpunkte des Vertrags als auf die Nebenpunkte achte, werde zwar zuerst der Nominalzins wahrgenommen, die beanstandete Klausel jedoch berge die Gefahr, dass sich die fragliche Kreditaufnahme im Zusammenspiel mit anderen Regelungen verteuert, was das AGBG verhindern wolle.[856] Zweitens hielt die beanstandete Klausel auch keiner Inhaltskontrolle stand. Die Zinsberechnungsklausel weiche zwar von der ungeschriebenen Regel des Darlehensrechts ab, dass sich der vertraglich vereinbarte Zinssatz grundsätzlich nach dem tatsächlichen Bestand des Kapitals bemesse, aber diese ungeschriebene Regel sei kein wesentlicher Grundgedanke des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Es sei zwar nicht unüblich, dass Banken die Zinsen auf der Grundlage eines fingierten Kapitalbestands berechnen und sofern die Auswirkungen des fingierten Zinsrechnungsfaktors für den Kunden hinreichend deutlich seien – wie z.B. in Fällen der Angabe der Gesamtbelastung und des effektiven Jahreszinses bei Ratenkrediten – dann seien die Klauseln akzeptabel.[857] Was die fragliche Klausel zulässig mache, liege vielmehr dann darin, dass der Verwender der Klausel die preiserhöhende Wirkung der Nebenabrede unter Verstoß gegen das „*Transparenzgebot*“ nicht hinreichend erkennbar für den Kunden gemacht habe.[858] Der Mangel an Transparenz spiegle sich nicht in der Tilgungsverrechnungsklausel selbst wider; obwohl diese Verrechnungsklausel von dem § 608 BGB a.F. abweiche, werde die vertraglich bestimmte Regel der Rückzahlung der „*Jahresleistung*“ als klar und eindeutig für den Kunden angesehen.[859] Die Tilgungsverrechnungsklausel werde somit als gültig gewertet.[860] Die Intransparenz ergebe sich vielmehr aus dem Ineinandergreifen von

[854] *Niebling*, ZIP 1987, 1433, 1435.
[855] *Niebling*, ZIP 1987, 1433, 1436.
[856] BGH NJW 1989, 222 (223).
[857] BGH NJW 1989, 222 (223).
[858] BGH NJW 1989, 222 (224).
[859] *Hunecke*, Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1989, 553, 555.
[860] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 83.

Tilgungsverrechnungsklausel und Zinsberechnungsklausel, da dem Durchschnittskunden nicht zugemutet werden könne, durch Zusammenschau dieser Klauseln zu erkennen, dass hinter diesem Ineinandergreifen ein versteckter Preiserhöhungseffekt stecke.[861]

(2) „Unangemessenheit durch Intransparenz"

Das zugrundeliegende Urteil des 3. Zivilsenats des BGH vom 24. November 1988 hatte seither eine lebhafte juristische Diskussion ausgelöst, in deren Mittelpunkt die Frage stand, ob in dem frühen § 9 AGBG ein Tatbestand der so genannten „*Unangemessenheit durch Intransparenz*" innewohnte.[862]

a. Rechtsentwicklung

Es dürfte nicht verwunderlich sein, dass dieser Tatbestand seinerzeit für Perplexität sorgte. Im Lichte der Absicht des Gesetzgebers und der damaligen Ausgestaltung des AGB-Rechtssystems schien es, als wäre die „*Transparenzkontrolle*" nur Aufgabe der §§ 3 und 5 AGBG gewesen, also auf den Umfang der Einbeziehungskontrolle beschränkt, während § 9 AGBG, der die Funktion der Inhaltskontrolle inne hatte, nur prüfte, ob der Inhalt der AGB selbst materiell gesehen unangemessen war und darin blieb die Frage des formalen Erscheinungsbildes der Klausel außer Acht.[863] *Köndgen* glaubte, dass § 9 AGBG seinerzeit ein Bündel von Fällen bezüglich der so genannten „*marktbezogenen Unangemessenheit*" enthalte, die unter § 9 AGBG und nicht unter die §§ 3 und 5 AGBG[864] falle und § 9 AGBG richte sich gegen die „*irreführenden oder verschleiernden Geschäftsbedingungen*".[865] Die Unangemessenheit dieser Fallgruppe zeige sich darin, dass die Chancen des Kunden, herauszufinden, ob es noch einen günstigeren Wettbewerber auf dem Markt gebe, zunichte gemacht werden, ohne dass er wisse, welche Bedeutung der Inhalt der Klausel für seine Vertragsentscheidung habe.[866] Daher biete das AGBG hier eine dritte Möglichkeit außerhalb des UWG, marktwidriges Geschäftsverhalten zu kontrollieren, so dass das AGBG einen „*Funktionszuwachs*" erwirke.[867] *Taupitz* hat abweichend von der Meinung des *Köndgen*s die „*Unangemessenheit durch Intransparenz*" so ausgelegt, dass Intransparenz nicht ipso facto einen Aufhebungsgrund nach § 9 AGBG darstelle, sondern das Transparenzgebot bezog sich auf den entscheidenden Maßstab, ob der Verstoß der betreffenden Klausel gegen das Transparenzgebot zu einem Grad der Beeinträchtigung der

---

[861] BGH NJW 1989, 222 (224).

[862] Vgl. *Bruchner*, Zinsberechnungsmethode bei Annuitätendarlehen im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1988, 1873, 1875; *Wagner-Wieduwilt*, Das „Transparenzgebot" als Angemessenheitsvoraussetzung im Sinne des § 9 AGBG, WM 1989, 37, 40.

[863] Vgl. *Bruchner*, WM 1988, 1873, 1875; *Wagner-Wieduwilt*, WM 1989, 37, 42 ff; *Hellner*, Quo vadis AGB-Recht?, Steindorff 1990, 573, 582 ff; *Hansen*, Das sogennante Transparenzgebot im System des AGB-Gesetzes, WM 1990, 1521, 1524.

[864] *Köndgen*, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW 1989, 943, 950.

[865] *Köndgen*, NJW 1989, 943, 950.

[866] *Köndgen*, NJW 1989, 943, 950.

[867] *Köndgen*, NJW 1989, 943, 950. Für die ausdrückliche Gegenmeinung, siehe *Bunte*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, JR 1989, 376.

Entscheidungsfreiheit der anderen Partei geführt habe.[868]

In späteren Urteilen hielt der BGH am Kern des zugrundeliegenden Urteils des 3. Zivilsenats des BGH vom 24. November 1988 fest und stellte klar, dass die belastende Wirkung einer Tilgungsverrechnungsklausel in Verbindung mit einer Zinsberechnungsklausel für den Durchschnittskunden nicht ausreichend überschaubar sei.[869] Eine bloße Angabe des Nominalzinssatzes ohne Angabe vom versteckten höheren effektiven Zinssatz sei nachteilig für den Durchschnittskunden.[870] Der vom BGH vorgeschlagene Ansatz zur Beseitigung dieser Unüberschaubarkeit durch das Zusammenspiel der Klauseln bestand nicht nur darin, die eine Klausel formal in die andere „einzuarbeiten", sondern vor allem darin, die beiden Klauseln in ihren Formulierungen so zu gestalten, dass ein innerer Zusammenhang hergestellt werde, aus dem die Kunden „augenfällig"[871] erkennen können, dass sich hinter den Klauseln die unausgesprochene Konsequenz verberge, dass der Darlehensnehmer weiterhin die Zinsen für die bereits getilgte Kapitalschuld zu zahlen habe.[872]

Im Rahmen der Schuldrechtsreform im Jahre 2002 wurde dieser von der Rechtsprechung geschaffene Tatbestand der „Unangemessenheit durch Intransparenz" als ein positivistischer kodifiziert, nämlich in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in heutiger Fassung.[873] Dennoch bestehen die Meinungsverschiedenheiten über die „Unangemessenheit durch Intransparenz" bis zu einem gewissen Grad fort. Mit anderen Worten: Die Frage, ob es ein Transparenzgebot mit einem eigenständigen Inhalt und einer eigenständigen Stellung als Kriterium für die Inhaltskontrolle gibt, ist nicht abschließend geklärt.

b. Stellungnahme

In dieser Arbeit wird der Schwerpunkt der Ausführung auf die etwaigen unterschiedlichen Schlussfolgerungen gelegt, die bei einer Überprüfung der zinsbezogenen AGB gezogen werden können, und nicht auf die Durcharbeitung des spezifischen Inhalts des AGB-rechtlichen Transparenzgebots als selbstständiger Tatbestand. Beide Themen können dennoch untrennbar miteinander verbunden sein. Denn die Entstehungsgeschichte des Transparenzgebots als eigenständiger Tatbestand hat schon veranschaulicht, dass er von vornherein in unmittelbarem Zusammenhang mit der rechtlichen Bewertung von Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln steht. Sollte also der eigentliche Inhalt des Transparenzgebots als eigenständiger Tatbestand herausgefunden werden, hätte der Ausgangspunkt der Analyse darin bestehen müssen, die Besonderheit der Zinsen im Rechtssinne und die Besonderheit der Zinsberechnungsklauseln zu berücksichtigen. Viele

---

[868] *Tauptiz*, Unwirksamkeit der sog. nachträglichen Tilgungsverrechnung bei Annuitäten-Darlehen – BGH NJW 1989, 530 und NJW 1989, 222, JuS 1989, 520, 526.
[869] BGH NJW 1990, 2383 (2384); BGH NJW 1995, 2286 (2287).
[870] Vgl. BGH NJW 1992, 1108 (1109).
[871] BGH NJW 1995, 2286 (2287).
[872] BGH NJW 1990, 2383 (2384); BGH NJW 1992, 1108 (1109); BGH NJW 1995, 2286 (2287).
[873] Vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 18, 188.

sind von diesem Weg abgewichen und haben sich an die abstrakte Wiedergabe des Normzwecks und der Systematik des AGBG gehalten, indem sie das bestehende Verständnis von der Bedeutung des Transparenzgebots immer wieder in einer zwar neu formulierten, aber inhaltsgleichen Weise erklären, was kaum Aufschlussreiches liefern könnte.

Einige wiesen auf die Besonderheit von Zinsen und Zinsberechnungsklauseln hin. So zeichnete *Reifner* den Ausgangspunkt des BGH-Urteils vom 24. November 1988 nach, indem er gerade die Praxis der unterjährigen Tilgungsverrechnung in Frage stellte, die der BGH ohne Weiteres guthieß. Hierbei kritisiert *Reifner* aber nicht die Bejahung des Transparenzgebots als eigenständigen Tatbestand in § 9 AGBG durch den BGH, sondern ging davon aus, dass es sich bei diesem Transparenzgebot nicht um eine Informationspflicht handele und sich nicht in der Forderung erschöpfe, auf intransparente Gestaltungen durch Aufklärung hinzuweisen.[874] Die Forderung des Transparenzgebots ähnle somit der subjektiven Tatbestandmäßigkeit des § 138 BGB und den Voraussetzungen des Schadensersatzes aus *c.i.c.*[875] Der eigentliche Grund dafür, dass das Transparenzgebot Sanktionen verhängt, liege hier nicht in einem Informationsdefizit des Verbrauchers an sich, sondern in dem „Ausnutzen" dieses Defizits, um außergewöhnlich hohe Preise, Risiken und unkonventionelle Tilgungsmodalitäten auf den Verbraucher abzuwälzen.[876] Diese unzulässige Praxis liege vor, wenn die Zinsberechnung anhand fiktiven Kapitals lediglich der Täuschung des Verbrauchers diene, wobei das Transparenzgebot nur dann eingehalten werde, wenn dem Darlehensnehmer der nominale Zinssatz und der effektive Jahrzinssatz als Preis und Belastung der Kreditaufnahme gemeinsam mitgeteilt werden.[877] Daher stelle das Transparenzgebot in § 9 AGBG ein Verbot „*irreleitender Zinsfiktionen*" dar.[878] Hierzu argumentierte *Reifner* weiter, dass die Regelung der „*unterjährigen Tilgung*" bei ungeschmälerter Verzinsung gegen die Einrede des § 320 BGB verstoße, denn der Preis des Darlehens sei direkt an den Zeitpunkt der zu bewirkenden Zahlung gebunden, und die volle Verzinsung trotz „unterjähriger Tilgung" verändere im Wesentlichen das ursprünglich bestimmte Leistungsverhältnis und stelle allenfalls eine fingierte „Gegenleistung" statt einer echten „Vorausleistung" dar.[879] Entgegen der Auffassung des BGH, so *Reifner* weiter, sei die Tilgungsverrechnungsklausel auch deshalb unwirksam, weil sie gegen §§ 9 Abs. 2 und 11 Abs. 2a AGBG verstoße.[880]

Reifner griff den zeitlichen Charakter der Zinsen im Rechtssinne auf und hielt danach die Tilgungsverrechnungsklausel auch für unzulässig. Seiner Aussage ist im Wesentlichen insofern gewissermaßen beizupflichten, als die Tilgungsverrechnungsklausel ihrer Funktion

---

[874] *Reifner*, Zinsfiktion und AGB-Gesetz, NJW 1989, 952, 958 f.
[875] *Reifner*, NJW 1989, 952, 959.
[876] *Reifner*, NJW 1989, 952, 959.
[877] *Reifner*, NJW 1989, 952, 960.
[878] *Reifner*, NJW 1989, 952, 960.
[879] *Reifner*, NJW 1989, 952, 961.
[880] *Reifner*, NJW 1989, 952, 962.

nach die Berechnung des Darlehenspreises, d.h. des effektiven Zinssatzes, bestimme und daher nicht losgelöst von der Zinsberechnungsklausel separat gewertet werden solle; das heißt, beide Klauseln stehen untrennbar in einer Einheit der Zinsberechnung.[881] *Reifner* wies jedoch in seiner Erörterung der spezifischen Bedeutung des Transparenzgebots als eigenständiger Tatbestand im Sinne des § 9 AGBG einerseits darauf hin, dass dessen Anforderungen dem subjektiv unrechtmäßigen Element des § 138 Abs. 1 BGB und dem Tatbestand des Schadensersatzes aus c.i.c. nahe stehen; andererseits beschränkte er aber die Verletzung solcher Anforderungen auf die Fälle der Zinsfiktion, in denen sich die Täuschung durch die Klausel nur gegen Verbraucher richtet.[882] Diese Aussage stimmt ihrem Wesen nach gleichsam mit einer der damaligen Lehrmeinungen[883] überein, wonach die Anforderung des Transparenzgebots als gesonderter Tatbestand im Falle von Kaufleuten in gewissem Maß gelockert werden sollte. Das, was *Reifner* als „Täuschung" bezeichnet, dürfte aber im Ergebnis der vom BGH in seinem Urteil vom 24. November 1988 festgestellten „*Verschleierung*"[884] durch den AGB-Verwender, einer subjektiven Unrechtmäßigkeit, die unmittelbar vermutet wird, gleichgestellt werden. Aber die Annahme einer Verschleierungsabsicht als solche könnte schwerlich für zutreffend gehalten werden.[885] Würde also die Konnotation des Transparenzgebots auf die Fälle der „Täuschung" – abgesehen davon, ob der Verwender eine entsprechende Absicht hat – beschränkt werden, dann scheint *Reifner* nicht wirklich über die Erkenntnisse des BGH hinausgegangen zu sein.

2. Die Kontrollewege der zinsbezogenen AGB

Hier kommt man immerhin zu der unausweichlichen Frage, wie das Transparenzgebot als eigenständiger Tatbestand zu verstehen ist. Konkreter gesagt, welcher Kontrollrahmen ist zu beschreiten und welcher Prüfungsmaßstab ist bei der AGB-Kontrolle in Bezug auf die Festsetzung des Zinsbetrags anzulegen?

(1) Nominalzinssatz-Klauseln

Die AGB unterliegen nach dem Recht der AGB einer zweistufigen Kontrolle: der Einbeziehungskontrolle und der Inhaltskontrolle. Allerdings bedürfen nicht alle AGB, die den Betrag einer Leistung oder einer Gegenleistung vorsehen, der Inhaltskontrolle. Es ist allgemein anerkannt, dass „*Preishauptabreden*", die unmittelbar die Höhe einer Leistung oder einer Gegenleistung festlegen, nicht der Inhaltskontrolle, sondern nur der Einbeziehungskontrolle unterliegen; für so genannte „Preisnebenabreden", die das Leistungsversprechen einschränken, ändern, ergänzen oder ausschließen, ist nach h.M.

---

[881] Viele Literaturansichten, unabhängig von der Einschätzung, ob die Tilgungsverrechnungsklausel oder die Zinsberechnung von § 362 BGB abweicht, setzen die Abweichung der Tilgungsverrechnungklausel von § 362 BGB immer in Verbindung mit der Verzerrung der „Akzessorietät" der Zinsen. Vgl. *Löwe*, NJW 1987, 936, 939; *Tauptiz*, JuS 1989, 520, 523 f. Andere Ansicht, siehe *Canaris*, NJW 1987, 609, 610.

[882] *Reifner*, NJW 1989, 952, 959.

[883] Vgl. *Köndgen*, NJW 1989, 943, 952; *Hunecke*, WM 1989, 553, 556; *Bruchner*, WM 1988, 1873, 1876; *Tauptiz*, JuS 1989, 520, 526.

[884] BGH NJW 1989, 222 (223).

[885] *Bruchner*, WM 1988, 1873, 1876.

dagegen eine zusätzliche Inhaltskontrolle erforderlich.[886] Diese Regelungen und die Gründe für diese unterschiedliche Behandlung nach deutschem Recht sind im Wesentlichen nicht anders als nach chinesischem Recht.

Die deutsche Lehre zieht das unterschiedliche Gewicht der „*Aufmerksamkeit*" verschiedener Vertragsparteien für die Klauseln zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses heran, um den Umfang der der Inhaltskontrolle unterliegenden Klauseln zu bestimmen, und geht davon aus, dass zum Vertragsschluss die begrenzte Aufmerksamkeit der Vertragsparteien für die AGB auf die Preishauptabrede gerichtet ist, da diese Abrede nicht die typische Gefahr einer einseitigen Gestaltung im Rahmen der Vertragsfreiheit mit sich bringt, weshalb diese Abrede nicht der Inhaltskontrolle unterzogen wird; vielmehr besteht die oben genannte Gefahr nur in den Fällen der „Preisnebenabreden", die eine „zu große Datenmenge" enthalten und oft Sekundärpflichten umfassen[887], die für die Kenntnis der Gegenpartei des AGB-Verwenders zu anspruchsvoll sein können und daher zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit der Gegenpartei stehen.[888] Manchmal ist bei den Preisnebenabreden sogar die vertragliche Entscheidung der Gegenpartei, den betreffenden Vertrag zu schließen, überhaupt nicht vorhanden.[889]

Die im chinesischen Recht vorherrschende Lehransicht basiert auf den typischen Unterschieden in der Intensität der vertraglichen „*Einigung*" zwischen verschiedenen Arten von AGB und geht davon aus, dass die Parteien in typischen Fällen eine ausreichende Einigung über die „Preishauptabreden", aber nicht über „Preisnebenabreden" erreicht haben, so dass nur letztere einer inhaltlichen Kontrolle unterzogen werden sollen.[890]

Darüber hinaus gehört die Bestimmung der Beträge der Leistung nach deutscher Literatur zu den Angelegenheiten der Privatautonomie, da es in der Regel keinen gesetzlichen Prüfungsmaßstab außerhalb der Grenzen der Verbotswidrigkeit (§ 134 BGB) und der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) gibt.[891]

Legt also eine zinsbezogene AGB nur einen nominalen Zinssatz fest, d.h. nur die Höhe einer der Hauptleistungen in einem Darlehensvertrag, dann handelt es sich hierbei eindeutig um eine „Preishauptabrede" und stellt keinen geeigneten Gegenstand der Inhaltskontrolle dar, sondern nur einen Gegenstand der Einbeziehungskontrolle.[892] Die Aufgabe der Einbeziehungskontrolle besteht dann lediglich in der Prüfung, ob der Darlehensnehmer als

---

[886] Vgl. Erman/*Roloff*, 2017, § 307, Rn. 42 f.

[887] Vgl. *Wackerbarth*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45, 78 f.

[888] Vgl. BGH NJW 1989, 222 (223); *Taupitz*, JuS 1989, 520, 524; *Bunte*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, JR 1989, 375, 376.

[889] Vgl. *Wackerbarth*, AcP 200 (2000), 45, 79.

[890] Vgl. *XIE Gen*, Normatives System zur Inhaltskontrolle der Formklauseln, in: Chinese Journal of Law 2013/2, S. 102 (110-114).

[891] Vgl. *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2013, § 18, Rn. 374; Erman/*Roloff*, 2017, § 307, Rn. 38; BGH NJW 1997, 2752.

[892] *Niebling*, Die Inhaltskontrolle von Preisen und Leistungen nach dem AGBG, WM 1992, 845, 850.

Gegenpartei des Verwenders in der Lage ist, den Wert des Nominalzinssatzes zu erkennen und dessen wirtschaftliche Bedeutung zu erfassen, was in den allermeisten Fällen unschwer zu bejahen ist.

(2) Zinsberechnungsklauseln

Die erste Frage, die einer näheren Betrachtung bedarf, ist, ob eine AGB, die eine Zinsberechnungsmethode festlegt, aber die tatsächliche Zinsbelastung des Darlehens durch eine gewisse Methode verschleiert, als „Preishauptabrede" einzustufen ist und nur der Einbeziehungskontrolle unterliegt oder ob sie als „Preisnebenabrede" zu qualifizieren ist und der Inhaltskontrolle nicht entkommen sollte. Der BGH verfolgte den letztgenannten Weg der Überprüfung, wobei der BGH einen selbstständigen Tatbestand der Inhaltskontrolle, die „Unangemessenheit durch Intransparenz", entwickelt hat.

Canaris meinte, dass die Vereinbarungen über die Höhe und die Berechnungsmodalität der Zinsen nicht künstlich in eine „Hauptpreisabrede" und eine „Nebenabrede" aufgeteilt werden können, da dies sonst eindeutig dem wahren Willen der Parteien widerspreche.[893] Dieser Aussage ist nach h.M. jedoch nicht zu folgen.[894] Bei der Zinsberechnungsklausel mit Verschleierungswirkung handelt es sich nicht um eine gesonderte Gestaltung eines einheitlichen Preises, sondern um einen versteckten Trick, der den in anderen Vertragstexten oder -unterlagen bereits angegebenen Zinssatz unzutreffend oder gar irreführend macht. Von der auf „*Aufmerksamkeit*" basierenden Lehre ausgehend ist es unwahrscheinlich, dass der Darlehensnehmer die nötige Zeit und Mühe aufbringt, solche Zinsberechnungsklauseln bei Vertragsabschluss mit dem Darlehensgeber sorgfältig durchzugehen. Denn der BGH erkennt auch an, dass die Berechnung des Effektivzinssatzes selbst „*eine überlineare Berechnungsmethode*" ist, „*die dem menschlichen Gehirn eher fremd ist*".[895] Daher ist eine Zinsberechnungsklausel mit Verschleierungswirkung für effektive Zinsbelastung nach der klassischen Lehre für die Bestimmung der inhaltlich kontrollfähigen AGB nicht als „Preishauptabrede", sondern als „Preisnebenabrede" zu werten.

Solche „Preisnebenabreden" werden aber in der Regel in den Vertrag wirksam einbezogen. Die Einbeziehung einer AGB in einen Vertrag setzt nach § 305 Abs. 2 BGB neben dem Einverständnis der Parteien zwei weitere Voraussetzungen voraus: Erstens, dass der Verwender der Klausel bei Vertragsschluss gegenüber der Gegenseite ausdrücklich auf die AGB hinweist (Nr. 1) und zweitens, dass der Gegenseite dementsprechend die Möglichkeit verschafft wird, von dem Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu erlangen (Nr. 2). Die erste Voraussetzung ist leicht zu erfüllen; die zweite hängt aber maßgeblich von dem Verständnis oder der Auslegung der „Möglichkeit der Kenntnisverschaffung" der Gegenpartei ab. Aus dogmatischer Sicht ist das Kriterium der Kenntnis relativ mild, das heißt, es reicht schon aus, dass die Gegenpartei über den Inhalt der Klausel informiert wird, ohne dass im

[893] Vgl. *Canaris*, NJW 1987, 609, 614.
[894] Vgl. *Niebling*, ZIP 1987, 1433, 1435.
[895] Vgl. BGH NJW 1995, 2286 (2287).

Einzelnen geprüft werden muss, ob der so informierte Inhalt der wirklichen Rechtslage entspricht.[896] Denn auch wenn der Verwender bei der umfangreichen Verwendung sich wiederholender Texte (und nicht nur bei der Vorformulierung von Klauseln) eine Rolle spielt, die einem „*Quasi-Gesetzgeber*“ ähnelt, birgt dies bereits das Risiko, dass die von ihm erstellten sich wiederholenden Texte die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in einem nicht ausgewogenen Gleichgewicht belassen und daher schon der rechtlichen Kontrolle unterzogen werden sollten.[897] Anders ausgedrückt: Wenn der Verwender einseitig einen zum Wiederholungszweck vorformulierten Text „*stellt*“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), verbleibt der anderen Vertragspartei somit nur eine *negative Vertragsabschlussfreiheit*, weshalb diese Vertragspartei bereits den Schutz des AGB-Rechts benötigt.[898] Andererseits hat der Verwender auch ein berechtigtes Interesse an der „*Rationalisierung*“ einer solchen Massennutzung der AGB. Ferner würde eine strenge Angemessenheitsprüfung bereits in der Einbeziehungsphase bedeuten, dem Verwender einen ähnlichen Maßstab aufzuerlegen wie dem Gesetzgeber.[899] Daher sollte die rechtliche Kontrolle der AGB in einer zeitlichen Abfolge erfolgen, wobei in jeder Phase ein Schwerpunkt gesetzt werden sollte: In der Phase der Einbeziehungskontrolle kann der Prüfungsmaßstab gelockert werden, um dem Interesse des Verwenders an massenhafter Verwendung des Formulartextes, der „Rationalisierung“, Rechnung zu tragen; um hingegen die Gegenpartei vor den Benachteiligung zu schützen, die sich aus der Informationsasymmetrie zum Vertragsabschlusses ergibt, sollten die fraglichen Klauseln in der Inhaltskontrolle strenger und näher überprüft werden, damit das Risiko bei Vertragsabschluss ausgeschlossen wird, dass die Gegenpartei die Klauseln nicht sorgfältig durchliest.[900] Es lässt sich somit zusammenfassen, was die zinsbezogenen AGB anbelangt, dass die Einbeziehungskontrolle die Klauseln der in sachlicher Hinsicht unzureichend informierten Zinsberechnungsmethoden toleriert und die Aufgabe der Überprüfung der Angemessenheit solcher Klauseln an die akribische Inhaltskontrolle übergibt.

---

[896] Vgl. *Bieder*, Der Schutz vor täuschungsgeeigneten Formularverträgen, AcP 216 (2016), 911, 949; *Linden*, WM 2008, 195, 196 f.

[897] Vgl. *Hommelhoff*/*Widenmann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 562, 566 f.

[898] Vgl. *von Westphalen*, AGB-rechtliche Schutzschranken im unternehmerischen Verkehr: Rückblick und Ausblick, BB 2011, 195, 196. *Wackerbarth* meinte dagegen, dass der Gegenpartei nur eine „*negative Abschlussfreiheit*“ verbleibe („*take it or leave it*“), was eine AGB-Kontrolle nicht rechtfertige, da die Gegenpartei noch andere Bedingungen auf dem Markt auswählen könne, sofern das Institut des Wettbewerbs noch wirksam sei. Nur wenn der Kondiktionenwettbewerb unwirksam sei, werde das Vertragsmodell versagen. Vgl. *Wackerbarth*, AcP 200 (2000), 45, 64 f. Aber wie *Wackerbarth* einräumte, wird die allgemeine Auffassung heute kaum bestritten, dass der Markt nicht in der Lage sei, die angemessenen Vertragsbedingungen in den AGB zu bieten. Vgl. *ders*, AcP 200 (2000), 45, 70 f. Auch wenn der Verlust der Möglichkeit der Gegenpartei, auf die Gestaltung der AGB Einfluss zu nehmen, vom Entstehungsmechanismus her auf den Wettbewerb selbst zurückgeht, führt in der Praxis aber bereits die Situation, in der der Verwender die AGB einseitig „*stellt*“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), zu dem Schluss, dass die Gegenpartei des Klauselverwenders im typischen Fall keine eigene Beeinflussung mehr auf den angemessenen Inhalt der AGB ausüben kann.

[899] Vgl. *Hellner*, Quo vadis AGB-Recht?, FS-Steindorff 1990, S. 585.

[900] Vgl. *Leyens*/*Schäfer*, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, AcP 210 (2010), 771, 798 f; *Dauner-Lieb*/*Axer*, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternemherischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, 309, 313.

Nachdem eine Zinsberechnungsklausel, die die tatsächliche Zinsbelastung verschleiert, als „Preisnebenabrede“ anzusehen ist, soll im Rahmen einer Inhaltskontrolle weiterhin geprüft werden, ob sie den Darlehensnehmer „unangemessen benachteiligt“ (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Konkreter gesagt, geht es darum, ob die Zinsberechnungsklausel „*unangemessen wegen Intransparenz*“ ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Wie sich bereits herausgestellt hat, lässt sich das Verdikt der „Unangemessenheit durch Intransparenz“ erst in der Phase der Inhaltskontrolle erstellen, weil die Einbeziehungskontrolle nicht in der Lage ist, diejenigen zinsbezogenen AGB-Klauseln, die nicht genügend Informationen bieten, in ihrer inhaltlichen Angemessenheit zu prüfen. Dieser Maßstab der Inhaltskontrolle ist also der Ausfluss einer Notlösung, die das bestehende deutsche Rechtssystem angesichts der besonderen Situation der *Zinsberechnung* schaffen musste. Auch wenn ihre äußere Form zu Verwirrung hinsichtlich der systematischen Einordnung geführt hat, bleibt sie im Wesentlichen noch ein Ergebnis des Systems. Da es sich bei der „Unangemessenheit durch Intransparenz“ auf jeden Fall um einen Maßstab der Inhaltskontrolle handelt, kommt es hierbei im Kern darauf an, ob die verdeckte Zinsberechnungsklausel das Gewicht einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Darlehensnehmers hat.[901] Dies wäre zu bejahen, wenn der betragsmäßige Unterschied zwischen dem Nominal- und dem Effektivzinssatz auf einer Klausel erheblich ist und eine solche Klausel den Effektivzinssatz überhaupt nicht angibt. Allerdings gibt es laut dem BGH noch Abhilfe, die ausreicht, um die im Stadium der Inhaltskontrolle anzunehmende Intransparenz zu beseitigen, wie etwa durch Erstellung eines „*Tilgungsplans*“[902], der „*einen inneren Zusammenhang der Klauseln*“[903] aufzeigt.

(3) Ergänzende Sichtweise aus einem Rechtsvergleich

Es ist indessen anzumerken, dass im Einzelfall noch Zweifel daran bestehen können, ob der bloße Erlass eines „Tilgungsplans“ genügt, um die Unüberschaubarkeit der Zinsberechnungsmodalität wirksam zu beseitigen. Von Relevanz ist dagegen vielmehr regelmäßig, dass der Darlehensnehmer schon mit einem einzigen Blick aus dem „Tilgungsplan“ erkennen können muss, dass der effektive Zinssatz höher ist als der nominale Zinssatz. Andernfalls könnte der „Tilgungsplan“ an sich selbst die unmittelbare Ursache für die „Unüberschaubarkeit des Zinssatzes“ darstellen. Dieser Befund kann mit einer rechtsvergleichenden Beobachtung ergänzt und bestätigt werden.

In dem „*ersten Fall zur Anwendung des zivilrechtlichen Gesetzbuchs*“, der am 14. Januar 2021 vom Finanzgerichtshof Shanghai in Festlandchina entschieden und über den damals in den Massenmedien ausführlich berichtet wurde[904], bestand das zu entscheidende Darlehensgeschäft aus einem „*Darlehensvertrag*“ mit einem Nominalzinssatz von 11,88 %

[901] Vgl. *Taupitz*, JuS 1989, 520, 526.
[902] BGH NJW 1991, 1889.
[903] BGH NJW 1990, 2383 (2384); BGH NJW 1992, 1108 (1109); BGH NJW 1995, 2286 (2287).
[904] Pressberichte siehe *WANG Wenjuan*, Finanzgericht Shanghai fällt ein Urteil in einem erstem Fall zur Anwendung des VCZGB – Kreditgeber müssen Verbrauchern die effektiven Zinssätze mitteilen, in: http://sh.people.com.cn/n2/2021/0104/c134768-34510598.html, 4. Januar 2021, abgerufen am 30. August 2021.

pro Jahr und einer „*Rückzahlungsabsprache*“. Bei dem letztgenannten Dokument handelte es sich um einen tabellarisierten Tilgungsplan mit 96 Raten. Die Zinsberechnung gemäß den in diesem Tilgungsplan dargelegten Daten verschleierte die Tatsache, dass der effektive Zinssatz des Darlehens bei ca. 20 % p.a. lag, obwohl das Ergebnis dieser Zinsberechnung auch dem Nominalzinssatz von 11,88 % pro Jahr auf den „Darlehensvertrag“ entsprach.[905] Der Finanzgerichtshof Shanghai war der Ansicht, dass die „Rückzahlungsabsprache“, in der 96 vorgesehene Raten näher aufgeführt waren, dem Darlehensnehmer eine falsche Vorstellung von der tatsächlichen Zinsbelastung des Geschäfts, eine „*Zinsfantasie*“, vermittelte; danach stellte das Gericht fest, dass die „Rückzahlungsabsprache“ deshalb nicht rechtswirksam war, weil der Darlehensnehmer bei Vertragsabschluss offensichtlich nicht die Energie hatte und sich nicht den Aufwand machen musste, die Beträge der 96 Raten durchzulesen und zu erkennen, dass der effektive Zinssatz viel höher war als der auf der Vertragsurkunde angegebene nominale Zinssatz.[906]

Mit dieser Entscheidung wird zum ersten Mal in Festlandchina das Prinzip der „Zinstransparenz“ ausdrücklich eingeführt.[907] Diese Entscheidung wird auch von der *China Consumers Association (CAA)* als eine der „*Top Ten Typical Judicial Cases on Consumer Protection für 2019-2020*“ aufgeführt.[908] In späteren Entscheidungen sind Gerichte verschiedender Provinzen auch zu dem ähnlichen Schluss gekommen, dass ein ausführlicher und tabellarisierter Tilgungsplan die Angabe des effektiven Zinssatzes des Darlehens nicht ersetzen kann.[909]

3. Wertstellungsklauseln

Neben den Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln gab eine andere Art von sogenannten verzögerten Wertstellungsklauseln im Bankensektor auch Anlass zu

---

[905] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Tian Gang, Zhou Jing und Zhong Yuan Treuhand GmbH (上海金融法院(2020)沪 74 民终 1034 号). Bezüglich des erstinstanzlichen Urteils siehe Zivilrechtliches Urteil in erster Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Tian Gang, Zhou Jing und Zhong Yuan Treuhand GmbH (上海市普陀区人民法院(2019)沪 0107 民初 13944 号).

[906] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Tian Gang, Zhou Jing und Zhong Yuan Treuhand GmbH (上海金融法院(2020)沪 74 民终 1034 号).

[907] Ausführlich *WANG Jizhong*, Die Auslegung und Anwendung des Prinzips der „Zinstransparenz“ im Darlehensrecht, in: Law Science 2022/8, S. 113 ff.

[908] CCA erklärt in seinen „*Richtlinien für die Rechtsbehelfe*“, dass Finanzinstitute verpflichtet sind, dem Verbraucher den effektiven Zinssatz des Darlehens deutlich anzugeben. Siehe *Pengpai News*, China Consumers Association veröffentlicht zehn typische Gerichtsfälle zum Schutz der Verbraucherrechte, in: https://www.xhby.net/index/202303/t20230315_7865266.shtml, 15. März 2023, abgerufen am 12. August 2023.

[909] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen Darlehensvertrag zwischen Li Yan und Li Qin usw. (四川省成都市中级人民法院(2021)川 01 民终 25094 号); Zivilrechtliches Urteil wegen eines Streits über einen Darlehensvertrag zwischen Guangzhou Ping An Hao Dai Mikrofinanzierung GmbH und Liu Zhenyi usw. (广州市越秀区人民法院(2021)粤 0104 民初 37318 号); Zivilrechtliches Urteil in zweiter Instanz wegen eines Streits über einen betragsmäßig kleinen Darlehensvertrag und einen unternehmerischen Darlehensvertrag zwischen Zhang Weisheng und Guangzhou Wang Shang Mikrofinanzierung GmbH (广东省广州市中级人民法院(2021)粤 01 民终 12137 号).

Überlegungen. Solche Wertstellungsklauseln können sowohl das Aktivgeschäft als auch das Passivgeschäft berühren.

In dem zugrundeliegenden Urteil vom 17. Januar 1989 hatte sich der 11. Zivilsenat des BGH mit einer solchen Wertstellungsklausel im Zusammenhang mit einem Aktivgeschäft zu befassen: Die fragliche Wertstellung soll erst einen Tag nach der Einzahlung erfolgen.[910] Der Bankkunde wollte an einem Freitag eine Überweisung von seinem Girokonto vornehmen, und da das Girokonto nicht ausreichend gedeckt war, zahlte der Kunde 580 DM ein und setzte anschließend sofort eine Überweisung in Höhe von 576,84 DM in Gang; die Gutschrift bei der Bank erfolgte jedoch erst am darauffolgenden Montag durch die Wertstellung gemäß der vorgenannten Wertstellungsklausel und der Kunde wurde in Höhe von 0,43 DM mit den inzwischen angefallenen Sollzinsen belastet.[911] Der 11. Zivilsenat vertrat die Auffassung, dass die streitige Klausel nicht nur kontrollfähig sei, sondern auch nicht der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG standhalte[912]; die Klausel verstoße in formeller Hinsicht gegen das Transparenzgebot und benachteilige den Inhaber des Giroskontos in materieller Hinsicht unangemessen. Zum einen erwerbe der Kunde mit der Einzahlung von Bargeld auf das Konto unmittelbar eine Forderung gegen die Bank.[913] Wegen der verzögerten Wertstellung ermögliche die Bareinzahlung der Bank zum anderen jedoch stattdessen, vom Kunden Zinsen für ein gar nicht in Anspruch genommenes Darlehen zu verlangen, was für den Durchschnittskunden keine angemessene und nachvollziehbare Formulierung darstelle.[914] Zum anderen erlege die Bank dem Kunden faktisch eine Zinsverpflichtung dadurch auf, dass die Zinsen auf ein fiktives, in der Tat nicht vorhandenes Kapital berechnet werden.[915]

Köndgen bemerkte hierzu, dass der BGH in dem zugrundeliegenden Urteil neben dem formalen Verstoß gegen das Transparenzgebot feststelle, dass dem Kunden eine Zinsverpflichtung auferlegt werde, die – ohne die Konstellation der Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel – nicht hätte bestehen können. Seiner Ansicht nach sei dieses zusätzliche Argument des BGB nicht überzeugend, da der von der Bank geltend gemachte „*Sollzins*“ auf den Sprachgebrauch der Bank zurückzuführen sein könne und möglicherweise keine Zinsen im rechtlichen Sinne darstelle, sondern eher eine Gebühr, so dass die Unangemessenheit dieses „Sollzinses“ nur in der Willkürlichkeit der Berechnungsgrundlage zum Ausdruck kommen könne.[916] Der Autor ist jedoch der Ansicht, dass angesichts des Sprachbrauchs der Bank und der Regelung in der Wertstellungsklausel der von der Bank geforderte „Sollzins“ eher als Zins im Rechtssinne angesehen werden kann. Die materielle Beurteilung der Wertstellungsklausel durch den BGH sollte nicht in Frage gestellt werden.

---

[910] BGH NJW 1989, 582.
[911] BGH NJW 1989, 582.
[912] BGH NJW 1989, 582.
[913] BGH NJW 1989, 582.
[914] BGH NJW 1989, 582 (583).
[915] BGH NJW 1989, 582 (583).
[916] *Köndgen*, NJW 1989, 943, 945 f.

Reifner argumentierte, die Fiktion des Kapitalbestandes sei hier schon ein Verstoß gegen § 320 BGB, weshalb § 9 Abs. 2 AGBG unmittelbar anwendbar sei.[917] Verstößt die Wertstellungsklausel dann auch gegen das Transparenzgebot als eigenständiger Tatbestand in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (früher § 9 AGBG)? Wie bereits ausgeführt, verlangt das Transparenzgebot auf der Stufe der Einbeziehungskontrolle bei den zinsbezogenen Geschäftsbedingungen nur, dass der Gegenpartei der grundlegendste Rechenfaktor für die Zinsberechnung, wie etwa der Nominalzinssatz, mitgeteilt wird, während das Transparenzgebot in § 9 AGBG darauf abzielt, die in der Einbeziehungskontrolle zurückgelassene Unvollständigkeit der Zinsberechnung zu beheben, die dadurch entsteht, dass andere Rechenfaktoren als der Nominalzinsfaktor nicht berücksichtigt werden. Hat die Bank die ursprünglichen Parameter der Zinsberechnung und den nominalen Zinssatz angegeben, aber nicht darüber informiert, dass nach Einzahlung die angegebenen Parameter der Zinsberechnung auch noch eine Verzinsung weiter laufen lassen können, so geht diese Unvollständigkeit bezüglich der Zinsberechnung eindeutig über den Rahmen der Einbeziehungskontrolle hinaus und fällt in den Bereich der Inhaltskontrolle.

In seinem Urteil vom 5. November 1991 hatte sich der 11. Zivilsenat des BGH mit einer Wertstellungsklausel befasst, die im Ergebnis an das Passivgeschäft anknüpfte, in dem die Zahlungen auf einen Bausparvertrag, die vor dem 15. eines Monats eingehen, erst zu Beginn des Folgemonats oder zu Beginn des darauffolgenden Monats verzinst werden.[918] Diese Klausel wurde als inhaltlich kontrollfähig gewertet, hielt aber der Inhaltskontrolle stand.[919] Der BGH wies zutreffend darauf hin, dass die streitgegenständliche Klausel bereits in *einem einzigen, überschaubaren Satz* zum Ausdruck bringe, dass die versprochenen Sparzinsen nicht sofort, sondern erst danach, d.h. zu dem genau bezeichneten Stichtag, zu laufen beginnen und dass der Zeitpunkt des Zinsbeginns eindeutig sei und eine noch deutlichere Formulierung kaum denkbar sein könne.[920] Der BGH stellte außerdem fest, dass eine verzögerte Verzinsung eine unangemessene Benachteiligung darstellen könne, dass aber die Besonderheit des Bausparens (die günstigen Zinskonditionen des Baukredits kompensieren die ungünstigen Zinsen in der Ansparphase) diese Vermutung der Benachteiligung widerlegen würde.[921]

4. Notwendigkeit besonderer Behandlung von Kaufleuten?

Aus der vorgenannten Überschau der Rechtsprechung und Lehre zu Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln ergibt sich, dass nach deutschem Recht ein Darlehensgeber, der eine zinsbezogene AGB verwendet, schon nach AGB-Recht gehalten ist, dem Darlehensnehmer den effektiven Zinssatz im Darlehensvertrag präzise offenzulegen. Bei Verbraucherdarlehen verpflichtet den Darlehensgeber schon § 492 Abs. 2 BGB i.V.m.

---

[917] *Reifner*, NJW 1989, 952, 961.
[918] BGH NJW 1992, 180 f. Nähere vgl. auch OLG Karlsruhe NJW 1991, 362.
[919] BGH NJW 1992, 180 (181).
[920] BGH NJW 1992, 180 (181).
[921] BGH NJW 1992, 180 (181).

Artikel 247 § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB auf dasselbe. Sollten Kaufleute hier doch eine Sonderbehandlung erfahren?

(1) BGH-Rechtsprechung

Im Gegensatz zur Diskussion über die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel hat der 11. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 17. Juni 1997 den Tenor seines Urteils vom 17. Januar 1989 bekräftigt und die AGB-Regelung, nach welcher die Wertstellung erst einen Geschäftstag nach der Einzahlung erfolgt, für unwirksam erklärt und zugleich darauf hingewiesen, dass folgende Wertungen für die Privatkundengeschäfte und Handelsgeschäfte gleichermaßen gelten: Die Einzahlung von Bargeld auf ein Girokonto mit Sollstand kann durch eine verspätete Wertstellung zu einer nicht unerheblichen Zinsbelastung führen; ein Girokonto gibt der Bank auch nicht die Möglichkeit, eine fehlerhafte Wertstellung mit einer zinswirksamen Anlage auszunutzen oder direkt davon zu profitieren.[922] Mit anderen Worten: Privat- und Handelsgeschäfte lösen durch eine verzögerte Wertstellung den gleichen Zinsnachteil aus.[923]

Wie bereits ausgeführt, erhöhen die Tilgungsverrechnungsklausel und die Zinsberechnungsklausel den Preis eines Darlehens nur dann auf intransparente Weise, wenn diese Klauseln miteinander verknüpft sind. Die Tatsache, dass auf das fiktive Kapital Zinsen erhoben werden, wirkt sich nicht auf die Höhe des von den Parteien in der „Einigung“ festgelegten Preises aus, sondern verzerrt vielmehr die genaue und klare Darstellung dieses Preises. Was die Wertstellungsklauseln betrifft, so können solche Klauseln auch gegen das Transparenzgebot als Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle verstoßen, wenn sie eine korrelative Wirkung auf das Aktivgeschäft im Ergebnis haben. Anders als die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln schafft die Wertstellungsklausel aber eine zusätzliche materielle Unbilligkeit für den Darlehensnehmer als Gegenseite des AGB-Verwenders, indem sie dem Darlehensnehmer eine fiktive Zinslast auferlegt.[924] Ein feiner Unterschied zwischen einer Wertstellungsklausel und den Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln könnte somit darin bestehen, dass eine Wertstellungsklausel nicht nur auf formaler Ebene die überschaubare Darstellung des echten Preises eines Darlehensgeschäfts verzerrt, sondern für den Geschäftspartner auch eine direkte materielle Belastung darstellt. Dieser Unterschied ist aber nur scheinbar vorhanden. Tatsächlich ähneln die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln mit fiktiver Zinsberechnung in Bezug auf die Interesselage, die mit der Berechnungsgrundlage verbunden ist, gerade einer verzögerten Wertstellungsklausel. Deshalb kann die differenzierte Betrachtung in der Entscheidung des 11. Zivilsenats des BGH vom 17. Juni 1997 auch auf die Konstellation der Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln übertragen werden.

Im Urteil des 11. Zivilsenats des BGH vom 23. Mai 1995 deutete der 11. Senat

[922] BGH NJW 1997, 3168.
[923] BGH NJW 1997, 3168 f.
[924] Vgl. BGH NJW 1989, 582.

gleichsam an, dass die Intransparenz von Zinsberechnungsklauseln überwunden werden kann, sofern der Vertragspartner „*über besondere Finanzierungserfahrungen verfügt*“. Das von dem Senat angeführte unterstützende Beispiel ist jedoch der Fall eines kaufmännischen Darlehensnehmers, der ein Darlehensgeschäft im Rahmen seines gewerblichen Betriebs abschließt.[925] Dieser pauschalen Aussage ist auch die Literaturansicht gefolgt, nach der das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (früher § 9 AGBG) zwar auch für Kaufleute gelte[926], aber geringere Anforderungen an diese stelle.[927] Vergleichsweise schreibt die Preisangabenverordnung ebenfalls nur die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes für Verbraucherdarlehen vor und nimmt ausdrücklich Kaufleute vom Anwendungsbereich aus (siehe § 7 Abs. 1 der Preisangabenverordnung in Fassung vom 14. März 1985).

(2) Stellungnahme

Aber kann man davon sprechen, dass Kaufleute aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Beurteilung innerhalb des Rechtssystems von der Obliegenheit zur Angabe des effektiven Jahrzinssatzes befreit werden sollten? Dies erfordert zunächst eine Klärung der systemischen Einordnung des Grundsatzes der „*Zinstransparenz*“, der im AGB-Recht verankert ist (§ 307 Abs. 1 Nr. 2 BGB, „*Unangemessenheit durch Intransparenz*“).

Der hier vertretenen Ansicht nach besteht der Hauptzweck des Grundsatzes der „*Zinstransparenz*“ bei der AGB-Kontrolle lediglich darin, die Ausnutzung unerfahrener und schwacher Darlehensnehmer als Gegenpartei des AGB-Verwenders durch marktbeherrschende Darlehensgeber zu verhindern.[928] Mit anderen Worten, der Hauptzweck des Grundsatzes der „*Zinstransparenz*“ besteht nach wie vor in dem Schutz der „*tatsächlichen Entscheidungsfreiheit*“ der Vertragsparteien[929], und die Prämisse seiner Anwendung kommt dem Erfordernis des Schadenersatzes bei der c.i.c. nahe[930], so dass die „Zinstransparenz“ einen den Darlehensnehmer schützenden Begriff darstellt. Er ist daher nur dann einschlägig, wenn ein klares Machtgefälle zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer zugunsten des ersteren besteht. Besteht dagegen ein Machtgleichgewicht zwischen beiden, z.B. bei gewerblichen Darlehen zwischen ebenbürtigen Kaufleuten, dann wird keine Notwendigkeit mehr bestehen, den Grundsatz der „Zinstransparenz“ in Kraft treten zu lassen.[931]

Wäre der Kunde einer zinsbezogenen AGB nur dem Risiko einer bloßen

---

[925] „*Die Transparenz der von der Bekl. verwendeten Klausel ist anhand der Durchschnittserwartungen und -erkenntnismöglichkeiten von Privatpersonen zu beurteilen, die nicht über besondere Finanzierungserfahrungen verfügen*.“ Vgl. BGH NJW 1995, 2286.

[926] Vgl. *Knapp*, RabelsZ 1999, 295, 312 f.

[927] Vgl. *Köndgen*, NJW 1989, 943, 952; *Hunecke*, WM 1989, 553, 556; *Bruchner*, WM 1988, 1873, 1876; *Tauptiz*, JuS 1989, 520, 526.

[928] Vgl. *Reifner*, NJW 1989, 952, 959.

[929] Bei der so genannten „*faktischen Entscheidungsfreiheit*“ geht es darum, ob der selbstbestimmende Wille des rechtsgeschäftlich Handelnden über die Grenzen der „*rechtlichen Entscheidungsfreiheit*“ (z.B. die Geschäftsfähigkeit) hinaus tatsächlich beeinträchtigt ist. Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277.

[930] Vgl. *Reifner*, NJW 1989, 952, 959.

[931] Vgl. *Casper*/*Möllers*, WM 2015, 1689, 1695.

Unüberschaubarkeit bei der Zinsberechnung ausgesetzt (typischer Fall hierbei etwa die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln), scheint es grundsätzlich kein entscheidender Grund für den Eingriff des Grundsatzes der „Zinstransparenz“ (genauer: eine inhaltliche Kontrolle aufgrund von „Unangemessenheit durch Intransparenz“) zu sein, ob es sich bei dem Kunden um einen Kaufmann (einen *Status*) handelt. An diesem Punkt bleibt der Prüfungsrahmen derselbe: Es muss gleichwohl konkret geprüft werden, ob der kaufmännische Kunde Gefahr läuft, durch die Verwendung der Geschäftsbedingungen unter der „einseitigen Vertragsgestaltungsfreiheit“ des Verwenders zu leiden und damit seine „tatsächliche Entscheidungsfreiheit“ versagen zu lassen. Handelt es sich bei der Gegenpartei der Klausel jedoch um ein Kreditinstitut, das über spezielle rechnerische Kenntnisse verfügt, so könnte es zu weit gehen, dem Verwender zu unterstellen, dass er bei Vertragsabschluss seine „einseitige Vertragsgestaltungsfreiheit“ in Bezug auf Zinsberechnung ausgeübt hat. Hier könnte sogar zuerst an die Möglichkeit gedacht werden, dass das Vorliegen einer AGB schon verneint wird.

Das Gleiche gilt auch, wenn die Gegenpartei der Wertstellungsklausel ein Kaufmann ist. Im Falle von Wertstellungsklauseln ist die Gegenpartei aber neben dem Risiko einer unklaren Verzinsung auch dem Risiko einer grundlosen Schuld ausgesetzt. Daher kann der Prüfungsrahmen von Grund auf generell günstiger für den Schutz der Gegenpartei als einfacher Kaufmann (das heißt, nicht als Kreditinstitut) sein als bei den Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln.

5. Fazit

Im Zinsbereich bestimmen die verschiedenen zinsbezogenen Rechenfaktoren die Höhe des „Zinssatzes“ auf eine für den Laien nicht ohne Weiteres erkennbare „überlineare“ finanzmathematische Weise[932]. Dies ist im Wesentlichen der Ausgangspunkt der allgemeinen Lehre und Rechtsprechung zu Tilgungsverrechnungs-, Zinsberechnungsklauseln und Wertstellungsklauseln. Das heißt, eine genaue mathematische Darstellung der tatsächlichen Zinslast des Darlehensnehmers zu zeigen, ist von wichtiger Bedeutung. Hat also die fragliche Vereinbarung über die Art und Weise der Zinsberechnung Auswirkungen auf die präzise Darstellung der Höhe des „wahren Zinssatzes“ des Darlehens, so handelt es sich um eine sogenannte *Preisnebenabrede*, die der Inhaltskontrolle unterliegt. Daraus ergibt sich auch, dass der Kreis der „Zins“-Klauseln, die tatsächlich als Preishauptabrede definiert werden können, in der Tat äußerst eng ist. Diese Art von Klauseln umfasst nur diejenige, die die vom Darlehensnehmer zu tragende Zinslast unmittelbar „*bestimmbar*“ machen.

Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (vormals § 9 Abs. 1 AGBG) wurde ursprünglich aus der Entwicklung der Rechtsprechung und Lehre über die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln abgeleitet. Dieses Transparenzgebot ist eine vorerst unerwartete, aber folgerichtige Frucht des AGB-Rechts auf dem speziellen Gebiet der Zinsberechnung und stellt an sich keinen systemischen Fremdkörper dar.

[932] BGH NJW 1995, 2286 (2287).

Anders als die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel verstößt die verzögerte Wertstellungsklausel nicht nur gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern auch gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, indem sie der Gegenpartei des AGB-Verwenders eine Schuld auf fiktive Weise auferlegt. Die vom BGH für die Wertstellungsklausel entwickelte ständige Rechtsprechung gilt sowohl für Privatpersonen als auch für Kaufleute, kann aber nicht ipso facto auf die Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel übertragen werden. Im Bereich des Zinses besteht gleichwohl die Möglichkeit, dass die dem Kaufmann gegenüber vorgestellten AGB aufgrund seiner situativen Schutzbedürftigkeit noch dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegen können. Handelt es sich bei dem Kaufmann dagegen um ein Kreditinstitut mit professionellen finanzmathematischen Kenntnissen, so ist es jedoch hochwahrscheinlich, dass eine Kontrollfähigkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB schon von vornherein ausgeschlossen werden sollte.

III. Die dynamische Vereinbarung der Zinsen

1. Überblick

Wie bereits erwähnt, unterliegt nur ein kleiner Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der sich auf die Bestimmung der Höhe der Zinsen bezieht, keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Dazu gehören die Zinsklauseln für die Berechnung des Nominalzinssatzes. Die meisten Klauseln, die von anderen Umständen veranlasst sind und die immer eine störende Wirkung auf eine genaue mathematische Darstellung des effektiven Zinssatzes haben, sind der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterworfen.

Diese Ansätze der Würdigung beziehen sich jedoch in erster Linie auf Situationen, in denen die endgültige Zinsbelastung von vornherein bestimmt werden kann. In vielen Fällen kann die endgültige Höhe der Zinsbelastung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses jedoch nicht abschließend bestimmt werden, weil die Parteien die Höhe der Zinsen an einen dynamischen Referenzsatz geknüpft haben, der im Laufe der Zeit weiter schwankt. Typische Beispiele hierfür sind Zinsgleitklauseln und Zinsanpassungsklauseln. Wie diese Arten von Klauseln im Rahmen des AGB-Rechts zu bewerten sind und ob es unter Umständen der Beteiligung der Kaufleute eine Möglichkeit gibt, eine differenzierte Würdigung abzugeben, ist Gegenstand der folgenden Erörterung.

2. Zinsgleitklauseln

Eine Zinsgleitklausel ist eine Zinsklausel, die die vertragliche Zinsberechnung direkt von einer Bezugsgröße abhängig macht, und ist typischerweise eine solche Klausel, die die Höhe des vertraglichen Zinssatzes an den Diskontsatz koppelt. Bei solchen Klauseln ändert sich die Höhe der vertraglichen Zinsen automatisch, sobald sich der Referenzwert ändert, so dass es keiner der Gegenpartei gegenüber abzugebenden Willenserklärung des Klauselverwenders

oder eines Dritten bedarf, damit sich die Höhe des Zinssatzes ändert[933]; selbst wenn der Klauselverwender eine Äußerungshandlung macht, kommt dieser lediglich deklaratorischer Charakter zu.[934]

(1) Zusammensetzung der Gleitklauseln und ihre rechtliche Würdigung

Zinsgleitklauseln können in zweierlei unterteilt werden: Die „*Basisvereinbarung über die Variabilität des vertraglichen Zinssatzes*" und die „*Regeln für Zinsänderungen*". Was die Basisvereinbarung über die Variabilität der Zinsen betrifft, so sollte diese Vereinbarung selbst keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden, da im Gesetz ähnliche Regelungstechniken verwendet werden (z.B. § 247 Abs. 1 BGB für den Basiszinssatz, § 288 für die Verzugszinsen) und üblicherweise die Auffassung vertreten wird, dass dieser Teil der Regelung schon dem Gebot der Transparenz genügt.[935]

Was die vertraglichen Regeln über die Änderung des Zinssatzes betrifft, so bleibt fragwürdig, ob der Umfang und das zeitliche Intervall der Zinsänderung in der Zinsgleitklausel mitgeteilt werden sollten. Ist dieser Teil der Gleitklausel für die Gegenpartei unklar, kann sie ihre tatsächliche Zinsbelastung nicht genau berechnen. Insoweit können die Regelungen über den Umfang und den zeitlichen Abstand von Zinsänderungen in Zinsgleitklauseln das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB berühren. *Schimansky* meinte auch, die Anforderung an die Formulierung der Zinsgleitklausel sei nicht weniger anspruchsvoll, da dem Vertragspartner der Klausel die Möglichkeit gegeben werden müsse, die tatsächliche Änderung der Zinsbelastung zu überprüfen.[936]

Es erscheint zweckmäßig, verschiedene Situationen jeweils gesondert zu erörtern: Wählt der Klauselverwender eine Bezugsgröße, die bereits im Gesetzestext bekannt ist (z.B. den Basiszinssatz[937] in § 247 Abs. 1 BGB) oder einen allgemein bekannten Zinssatz[938], der in den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank veröffentlicht wird, so könnte davon ausgegangen werden, dass die Vertragspartei der Klausel über die Spanne und den zeitlichen Abstand der Zinsänderung hätte informieren können und daher die Auswirkungen auf seine Rechtsposition beurteilen kann[939], wobei die Zinsgleitklausel die Spanne und den Abstand der Zinsänderung nicht unbedingt enthalten muss und als Leistungsbeschreibung selbst auch keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt.[940] Werden jedoch andere Bezugsgrößen gewählt, so fehlt diese Vorhersehbarkeit, und der Verwender der Klausel sollte spezifische und verständliche Informationen vorlegen, damit die Gegenpartei die von ihr zu tragende

---

933 *Habersack*, Zinsänderungsklauseln im Lichte des AGBG und des VerbrKrG, WM 2001, 753, 754; Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 51.

934 *Schebesta*, Zinsklauseln im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, BKR 2005, 217, 218, 224 f.

935 *Habersack*, WM 2001, 753, 754.

936 *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1173.

937 Dieselbe Ansicht, siehe EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 57.

938 Vgl. *Rösler*/*Lang*, Zinsklauseln im Kredit- und Spargeschäft der Kreditinstitute: Problem mit Transparenz, billigem Ermessen und Basel II, ZIP 2006, 214, 216.

939 Vgl. auch *Casper*, NJW 1997, 240, 241. Vgl. auch *Möllers*, LMK 2004, 125, 126.

940 Ähnliches Ergebnis, siehe *Linden*, WM 2008, 195, 198.

tatsächliche Zinsbelastung erfassen und sich somit über die Auswirkungen auf ihre Rechtsstellung sicher sein kann.[941]

(2) Die Auswahl der Referenzgröße und ihre Auswirkung auf die rechtliche Würdigung der Klausel

Spiegelt die für die Zinsgleitklausel gewählte Referenzgröße die Preisbildung des Zinses nicht präzise und angemessen wider, so besteht die Gefahr, dass der zu zahlende Zins im Laufe seiner dynamischen Entwicklung allmählich von dem Äquivalenzverhältnis abweicht, das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses festgelegt oder zumindest vorläufig bestimmt wurde. Mit Ausnahme einiger weniger gegenteiliger Auffassungen[942] vertritt die Mehrheit der Literaturansichten jedoch die Auffassung, dass die Wahl der Referenzgröße nach wie vor eine unmittelbare Preisvereinbarung bzw. einen Teil der „Hauptpreisabrede" darstellt, und daher bedürfe die Zinsgleitklausel nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB, sondern nur der Einbeziehungskontrolle.[943] So etwa argumentierten *Langner*/*Müller*, dass bei der Wahl „*eines sachfremden Zinses*" als Bezugsgröße für eine Zinsgleitklausel die Gefahr bestehe, dass die Zinsgleitklausel nach § 305c Abs. 1 BGB nicht in den Vertrag einbezogen werden könne, weil sie einen überraschenden Inhalt habe.[944] Indessen gibt es auch andere Stimmen (z.B. die von *Habersack*), die behaupten, dass in dem Falle der realitätsfremden Bezugsgröße eine tiefgehende Undurchsichtigkeit in Bezug auf eine Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses bestehe.[945]

Die Sorge von *Habersack* darüber, dass die Zinsgleitklausel mit einer sachfremden Referenzgröße der Inhaltskontrolle unterfallen könnte, teilt der Autor. Die Würdigung der Zinsgleitklauseln sollte sich nicht auf die Phase der Einbeziehungskontrolle beschränken. Selbst wenn in der Gleitklausel nicht von vornherein ein bestimmter Ausgangswert für vertragliche Zinsen festgelegt wird, sondern von Anfang an nur eine dynamische Preisverweisung zur Anwendung kommt, kann auch kaum davon gesprochen werden, dass sich die Parteien von vornherein auf eine Dynamik des Äquivalenzverhältnisses eingelassen haben. Zweifelsohne stellt sich bereits die allgemeine Frage, ob das Verhältnis zwischen der Höhe des Zinssatzes und der Bezugsgröße, das zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auf der Grundlage der Zinsgleit- oder der Zinsanpassungsklausel bestimmt oder ausgerechnet werden kann, ein Muster oder einen unwiderlegbaren Ausgangswert für die „*Richtigkeitsgewähr*" des Vertrags darstellt. Einige Rechtsgelehrte sind dafür.[946] Meines Erachtens kann dies jedoch

---

[941] Vgl. *Linden*, WM 2008, 195, 198.

[942] *Paulus* etwa sagte, „*dass vorformulierte Grundsätze über die Zinsberechnung dann der Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen, wenn sie von dispositiven gesetzlichen Regelungen über die Zinsberechnung (wie z.B. § 488 Abs. 2 BGB [=§ 608 BGB a.F.]) abweichen*." Vgl. EBJS/*Paulus*, 2020, HGB § 352, Rn. 76.

[943] Siehe *Vogel*, BKR 2018, 45, 51; *Derleder*, Transparenz und Äquivalenz bei bankvertragsrechtlicher Zinsanpassung, WM 2001, 2029; *Habersack*, WM 2001, 753, 758.

[944] Vgl. *Langner*/*Müller*, WM 2015, 1979, 1982. Dem folgend, *Vogel*, BKR 2018, 45, 51.

[945] *Habersack*, WM 2001, 753, 754. Ähnliche Ansicht siehe *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214, 215.

[946] *Thomas* zum Beispiel vertrat ausdrücklich eine solche Position in Bezug auf „Preisanpassungsklauseln". Vgl. *Thomas*, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 209 (2009), 84, 93.

nicht ohne Weiteres bejaht werden, da es diesbezüglich eindeutig um die Angelegenheit der Preisautonomie der Parteien geht. Das Verhältnis zwischen der Höhe des zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestimmten oder berechenbaren vertraglichen Zinssatzes und der Referenzgröße als Grundlage für die Aufrechterhaltung eines Äquivalenzverhältnisses im weiteren Verlauf des Vertrags anzusehen, scheint vielmehr eine Folgerung zu sein, die sich auf eine bestimmte *Auslegungsregel* stützt. Auch wenn diese Auslegungsregel in den meisten Fällen gerechtfertigt sein mag, folgt daraus aber nicht unbedingt, dass sie ipso facto auf jede Situation übertragbar ist.

Im Falle, dass das Verhältnis zwischen dem zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmten oder berechenbaren vertraglichen Zinssatz und dem Referenzwert wirklich als Grundlage für die Äquivalenz herangezogen worden ist, stellt sich die Frage, ob – soweit sich die ursprüngliche Äquivalenz infolge des vertraglichen Dynamikmechanismus nachträglich ändert – die Zinsänderung an sich selbst schon unmittelbar eine unangemessene Benachteiligung darstellt oder erst das unzureichende Verständnis der Gegenpartei für die Änderung eine unangemessene Benachteiligung bildet? Das deutsche AGB-Recht verweist nicht auf ein „Leistungsmissverhältnis“ als unmittelbares Kriterium für die Inhaltskontrolle, sondern das fehlende Verständnis der Vertragspartei von Bedeutung der Zinsänderung. Dies scheint das geeignetere Kriterium zu sein. Konkreter gesagt sollte hier darauf eingegangen werden, ob der Vertragspartner der AGB von den Nachteilen für seine Rechtsposition, die sich aus der dynamischen Änderung des Äquivalenzverhältnisses ergeben, tatsächlich Kenntnis nahm und ob eine Absicht bei dem Vertragspartner bestand, die Schwankungen im Äquivalenzverhältnis in Kauf zu nehmen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Mit anderen Worten: Für die Eröffnung einer Inhaltskontrolle kommt es immer noch entscheidend darauf an, ob die Gegenseite des Klauselverwenders eine ausreichende Möglichkeit hat, die Auswirkung der nachträglich zu seinem Nachteil erfolgenden möglichen Verschiebung der ursprünglich bestimmten Äquivalenz durch den durch die Gleitklausel festgelegten Referenzwert zu erfassen. Ist die gewählte Bezugsgröße nicht „klassisch“ und erklärt der Verwender nicht die möglichen nachteiligen Auswirkungen einer solchen Bezugsgröße, kann die Zinsgleitklausel dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht standhalten.[947] Es bleibt jedoch offen, ob die gleiche Schlussfolgerung auch im Falle einer dem Kaufmann gegenüber verwendeten AGB gezogen werden kann (siehe unten 4.).

3. Zinsanpassungsklauseln

Anders als die Zinsgleitklausel ändert sich bei einer Zinsanpassungsklausel die Höhe der vertraglichen Zinsen nicht automatisch mit der Änderung der Referenzgröße. Bei letzterer ändert der Klauselverwender die vertragliche Zinshöhe, indem er einseitig ein Gestaltungsrecht ausübt, das ihm bei Vertragsabschluss eingeräumt wird.[948] Solche Klauseln

[947] Vgl. auch *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214, 215.
[948] *Habersack*, WM 2001, 753, 754.

kommen sowohl in Aktivgeschäften als auch in Passivgeschäften vor.

(1) Zinsanpassungsklauseln im Aktivgeschäft

a. Entwicklung der Rechtsprechung

In seinem Urteil vom 6. März 1986 hatte der 3. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs festgestellt, dass eine Klausel, die der Bank ermöglicht, aufgrund von Änderungen ihrer „*Refinanzierungsbedingungen*“, die sich aus dem Kapitalmarkt ergeben, den Vertrag gemäß § 315 BGB anzupassen, die Gegenpartei der Klausel nicht in einer treuwidrigen Weise unangemessen benachteilige und diese Klausel somit der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG standhalte.[949] Der BGH erkennt die Interessen der Bank an, ihre Darlehensbedingungen, insbesondere den Zinssatz, den wechselnden und bei Vertragsabschluss meist nicht überschaubaren *künftigen Refinanzierungsmöglichkeiten* anzupassen. Dieses Bedürfnis bilde einen sachlichen Grund für eine einseitige Anpassung der Darlehensbedingungen nach § 315 BGB; darüber hinaus seien diese Klauseln in der Bankenpraxis zumindest im massenhaften Darlehensgeschäft unentbehrlich.[950] Obwohl die fraglichen Klauseln in der Sache die Voraussetzungen und die Grenzen für eine vorbehaltene Festsetzung der Zinsen nicht ausdrücklich umschreiben, hält der BGH sie für unschädlich.[951] Allerdings legt der BGH auch die Klausel, die der Bank nur das einseitige Anpassungsrecht einräumt, sie aber unter Umständen nicht zur Anpassungspflicht zwingt, so aus: Die Zinsanpassungsklausel darf nicht einseitig vorteilhaft für die kreditgebende Bank sein, und die Bank soll nicht nur befugt sein, die Zinssätze zu erhöhen, sondern auch verpflichtet sein, den für den Kunden berechneten Zinssatz zu reduzieren, soweit beispielsweise das allgemeine Zinsumfeld sinkt und sich die Refinanzierungsbedingungen verbessern.[952] Das heißt, der Bank wird *ein schrankenloses Leistungsbestimmungsrecht* nicht durch die Auslegung des Gerichts eingeräumt.[953] Zudem hatte sich der BGH deutlich von der Rechtsprechung hinsichtlich des bei Kaufvertrag, Werkvertrag und sonstigen Verträgen einseitig Bedingungen festsetzenden Bestimmungsrechts distanziert und war der Auffassung, dass die daraus entwickelten Regeln nicht auf die fraglichen Darlehensbedingungen zu übertragen sind.[954] Hierzu nannte der BGH auch weitere Gründe, weshalb die fragliche Zinsanpassungsklausel nicht unangemessen im Sinne vom AGB-Recht sei: Der Zinssatz der fraglichen Klausel werde sich entsprechend den Refinanzierungsbedingungen der Bank ändern, werde also von einem von der Deutschen Bundesbank festgelegten Diskontsatz beeinflusst, den der Darlehensnehmer hätte kennen sollten und dies gehöre auch zu der typischen Gegebenheit des Darlehensvertrags[955]. Der

[949] BGH NJW 1986, 1803.
[950] BGH NJW 1986, 1803 (1804).
[951] BGH NJW 1986, 1803 (1804).
[952] BGH NJW 1986, 1803 (1804).
[953] BGH NJW 1986, 1803 (1804). Dem folgend siehe *Canaris*, ZIP 1980, 709, 720.
[954] BGH NJW 1986, 1803 (1804).
[955] BGH NJW 1986, 1803 (1804).

betreffende Vertrag habe die vertragliche Zinsen schon als variabel gestaltet, und der Darlehensnehmer könne sich nicht darauf verlassen, dass der anfängliche vertragliche Zinssatz für die gesamte Zeitdauer des Darlehensvertrags gelten werde[956] und es sei für die Bank nicht schwierig, dem Kunden die Bedingung oder Grenzen von Zinsänderungen zu erklären und selbst wenn die Richtlinien von Zinsänderung konkretisiert werden würden, würde dies dem Kunden auch keine zusätzliche Kenntnis bringen[957]. Der Darlehensnehmer habe ein Recht, den betreffenden Darlehensvertrag mit einer 3-monatigen Kündigungsfrist zu kündigen.[958]

Der 11. Zivilsenat des BGH hat in einem *obiter dictum* zum seinem Urteil vom 19. Oktober 1999 auf der Grundlage einer Kontrolle nach dem Transparenzgebot von § 9 AGBG entschieden, dass eine Klausel, die dem Verwender ein uneingeschränktes einseitiges Änderungsrecht vorbehält, nicht hingenommen werden dürfe, soweit der Kunde nicht durch Angaben der notwendigen Informationen davon Kenntnis nehmen kann, in welchen Grenzen sich die Änderung bewegt.[959] Damit wird jedoch im Wesentlichen nicht von der Entscheidung von 1986 abgewichen.[960]

Nach einer Literaturansicht müssen einige Elemente in den Begründungen der Entscheidung von 1986, wie z.B. die Beibehaltung der Symmetrie der Anpassung (die Bank hat nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Anpassung) und die Bindung der Anpassung an Änderungen der Refinanzierungsbedingungen, um die vertragliche Äquivalenz zu gewährleisten, aufrechterhalten werden.[961] Andere zentrale Argumentationen dieser Entscheidung sind jedoch in der Literatur stark angegriffen worden. Hauptkritikpunkt ist, dass die fragliche Klausel die Kriterien und Grenzen für die Ausübung einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nicht hinreichend genau beschreibt, das heißt, die Klausel erfüllt nicht das Mindestmaß an Bestimmtheit der Anpassung, wirkt nicht der Gefahr willkürlicher Preiserhöhungen durch den Verwender entgegen und hindert den Darlehensnehmer durch die fehlende Bestimmtheit daran, die Angemessenheit der Zinsanpassung zu überprüfen[962] und in der Praxis eine Zinsminderung effektiv geltend zu machen[963], was eine unangemessene Benachteiligung des Darlehensnehmers darstellt.[964] Diese Unangemessenheit findet ihren Niederschlag in dem der kreditgebenden Bank durch die Klausel eingeräumten uneingeschränkten Anpassungsrecht selbst, nicht aber in einem Verstoß gegen § 9 AGBG

---

[956] BGH NJW 1986, 1803 (1804).
[957] BGH NJW 1986, 1803 (1804 f).
[958] BGH NJW 1986, 1803 (1805).
[959] Vgl. BGH ZIP 2000, 16 (18).
[960] *Schimansky*, Zinsanpassungsklauseln in AGB, WM 2001, 1169, 1170.
[961] Vgl. *Derleder*, WM 2001, 2029, 2030 ff; *Von Westphalen*, Kommentar zum BGH Urteil vom 21.4.2009, BB 2009, 1440 f.
[962] *Schwarz*, Bestimmtheitsgrundsatz und variabler Zins in vorformulierten Kreditverträgen, NJW 1987, 626 f.
[963] *Derleder*, WM 2001, 2029, 2031.
[964] *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1173.

durch die Klausel.[965] Im Übrigen würde die Auffassung, es gehe allein um die Frage der Kontrolle des § 315 BGB, diese Klausel faktisch aus der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle herausnehmen.[966] Der BGH verwechselt scheinbar die maßgeblichen Strukturunterschiede zwischen § 9 AGBG, der auf die „*abstrakte*" Wirkung von Zinsanpassungsklauseln abstellt, und § 315 BGB, dessen Billigkeitskontrolle sich mit der „*konkreten*" Wirkung einzelner Handhabungen der Zinsanpassung durch die Bank befasst[967], nimmt im Wesentlichen eine ergänzende Auslegung der fraglichen Klausel vor und lässt die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle somit außer Acht.[968] Hinzu kommt, dass die Ansicht, ein Darlehensvertrag folge anderen Regeln der Entgeltanpassung als bei einem Kaufvertrag oder einem Werkvertrag, auch nicht haltbar sei.[969] Die Schwierigkeit in Bezug auf die Konkretisierung der Zinsanpassungen bilde kein Grund, überhaupt keine Konkretisierung vorzunehmen.[970] Außerdem neutralisiert ein dreimonatiges Kündigungsrecht auch nicht die Unangemessenheit einer Klausel, die den Spielraum für eine willkürliche Zinserhöhung lasse: Zum einen, weil dieses Kündigungsrecht nicht darauf abziele, die durch die mangelnde Konkretisierung verursachte Unbestimmtheit zu beseitigen[971] und zum anderen, weil dieses Recht angesichts der hohen anstehenden Transaktionskosten nicht immer einen zusätzlichen Vorteil mit sich bringen könne.[972]

Beeinflusst von den Literaturansichten nahm der BGH in zwei Urteilen vom 12. April 2009 deutlich von dem Urteil von 1986 Abstand.[973] In beiden Urteilen ging es um Zinsanpassungsklauseln bei Verbraucherdarlehen, in denen Sparkassen die Vergütung von Verbraucherkunden unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse (z.B. Änderungen des allgemeinen Zinsniveaus) und der Aufwendungen nach § 315 BGB bestimmen konnten, wobei dem Kunden ein Kündigungsrecht mit einer sechsmonatigen Frist zustand.[974] Der BGH wies darauf hin, die zugrundeliegende Vereinbarung über die variable Verzinsung sei eine Angelegenheit der Parteiautonomie und unterliege nicht der Inhaltskontrolle; nur das Zinsanpassungsrecht bedürfe der Inhaltskontrolle.[975] Die Klausel konkretisiere nicht die Anpassungsschwelle, die somit unklar sei und die Klausel ermögliche den Sparkassen, mit einem uneingeschränkten Anpassungsrecht zusätzliche Gewinne zu erzielen.[976] Gleichzeitig verpflichte die Zinsanpassungsklausel aber die Sparkassen nicht dazu, unter bestimmten

---

[965] *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1171.
[966] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 627 f; *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1175.
[967] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 628;
[968] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 629; *Habersack*, WM 2001, 753, 756.
[969] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 629.
[970] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 629.
[971] *Schwarz*, NJW 1987, 626, 629.
[972] *Habersack*, WM 2001, 753, 757.
[973] BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 31 (juris).
[974] BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 1 (juris).
[975] BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 23 (juris).
[976] BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 25 (juris).

Umständen den Zinssatz des Kunden zu senken.[977] Das Recht zur fristlosen Kündigung stelle auch keine angemessene Kompensation für das einseitige Bestimmungsrecht aufgrund der hohen Transaktionskosten dar.[978] Die fragliche Klausel verstoße schon im Bereich des Verbraucherdarlehens gegen §§ 134, 506 BGB, im Bereich des AGB-Rechts hingegen wegen Abweichung von § 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 5 BGB gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. Nr. 1 BGB.[979]

b. Bemerkung

Mit dem Urteil von 2009 änderte der BGH zwar die bisherige Rechtslage, aber er hatte nur einen Teil der Klausel für unwirksam erklärt, der das Recht auf die Zinsanpassung berührt. Das Zinsanpassungsrecht wurde jedoch durch den Senat ersatzlos gestrichen, so dass eine Vertragslücke in den spezifischen vertraglichen Regelungen über die Variabilität der Zinsen entstanden war. Allerdings konkretisierte der BGH in diesen beiden Entscheidungen nicht die Anforderungen an die Bestimmtheit, und er schloss die hervorgetretene Vertragslücke nicht. Zwar hatten im Rahmen der Kritik am Urteil vom 6. März 1986 einige Autoren bereits dargelegt, was ein angemessener Referenzsatz, eine angemessene Anpassungsspanne und ein angemessener Anpassungsabstand bedeuten, wobei es hier nur geringe Meinungsunterschiede gab. Einige Kreditinstitute verwenden beispielsweise das *Euribor-Dreimonatsgeld* als Referenzsatz[980]. *Habersack* deutete darauf hin, dieses Kriterium sei bei mittel- und langfristigen Darlehen nicht geboten[981]. *Derleder* hielt dagegen das *Euribor-Dreimonatsgeld* für einen geeigneten Indikator, aber mit der Ergänzung, dass es bei verschiedenen Arten von Darlehensgeschäften den unterschiedlichen Kriterien der Deutschen Bundesbank bedürfte.[982] *Schimansky* hingegen war der Ansicht, dass das Kriterium *Euribor-Dreimonatsgeld* nur für Passivgeschäfte relevant ist.[983] Aber die eigentliche weitere Rechtsentwicklung muss erst unter Bezugnahme auf das vom BGH in der Zinsanpassungsklausel für Passivgeschäfte entwickelte Konkretisierungsprinzip aufgeklärt werden.

(2) Zinsanpassungsklauseln im Passivgeschäft

a. Entwicklung der Rechtsprechung

Im Zusammenhang mit Zinsanpassungsklauseln stellt der BGH seit langem unterschiedliche Regeln für Passiv- und Aktivgeschäfte auf. Eine andere Auffassung zu Zinsanpassungsklauseln bei langfristigen Passivgeschäften hatte der BGH bereits in seinem Urteil vom 17. Februar 2004 vertreten, bevor der 11. Zivilsenat des BGH am 12. April 2009 die im Urteil vom 6. März 1986 für Aktivgeschäfte entwickelte Entscheidung aufhob. In

977 BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 28 (juris).
978 BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 37 (juris).
979 BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 55/08, Rn. 34 (juris).
980 Vgl. *Metz*, Variable Zinsvereinbarungen bei Krediten und Geldanlagen, BKR 2001, 21, 24 f.
981 Vgl. *Habersack*, WM 2001, 753, 759.
982 Vgl. *Derleder*, WM 2001, 2029, 2040.
983 Vgl. *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1174.

diesem Urteil von 2004 wurde vereinbart, dass die Sparkassen die an den Einleger zu zahlenden Sparzinsen anhand der im Aushang ausgewiesenen Zinsen für die so genannten „*Combispar-Verträge*“ bestimmen können; erreicht die Jahressparleistung des Kunden außerdem ein gewisses Vielfaches, so vergüten die Sparkassen nach Vereinbarung dem Einleger eine Prämie zwischen 5 % und 20 % der Jahressparleistung.[984] Der BGH war der Meinung, dass diese Klausel der Beklagten ein unzulässiges, der Inhaltskontrolle unterliegendes Leistungsbestimmungsrecht einräume und die Klausel gegen § 308 Abs. 4 BGB verstoße, weil das Leistungsbestimmungsrecht der Sparkasse als Klauselverwenderin die von ihr zugesagte Leistung beliebig verändern oder davon abweichen könne.[985] Die Erwägung des § 308 Abs. 4 BGB bestehe darin, dass der anderen Vertragspartei eine Leistungsänderungsklausel unter Berücksichtigung des Interesses des Verwenders an der Abänderung der Leistung zuzumuten sei und dass die Klausel nur dann zwischen Interessen beider Parteien abwägen dürfe, wenn das Änderungsinteresse des Verwenders das typische Interesse der anderen Vertragspartei übersteige oder mindestens damit gleichwertig sei; dies verlange eine Formulierung der Klausel, die die etwaige Verschiebung der Leistung zumindest einigermaßen kalkulierbar mache.[986] Der BGH verwies auch auf die Entscheidung des 11. Zivilsenats des BGH aus dem Jahr 1986, übertrug aber nicht die Argumentationen der Entscheidung von 1986 über Aktivgeschäfte spiegelbildlich auf den Sachverhalt von 2004, sondern berücksichtigte die Langfristigkeit des fraglichen „Combispar-Vertrags“ und zog daraus die Folgerung, dass das uneingeschränkte Zinsänderungsrecht der Sparkasse dem Kunden nicht zuzumuten ist.[987] Hinsichtlich der sachgerechten Formulierung der Klausel machte der BGH einen recht konkreten Vorschlag: Aus den Bezugsgrößen des Kapitalmarktes sollen die möglichst nahe an die Situation der Combispar-Einlagen kommende und diese Situation als Kriterium für künftige Zinsänderungen heranziehende Kombinationen ausgewählt werden.[988]

In seinen Urteilen vom 13. April und 21. Dezember 2010 hatte der BGH – neben der Wiederholung der Auffassung, dass eine Klausel in einem Passivgeschäft, welche einer Sparkasse oder einer Bank ein uneingeschränktes Leistungsänderungsrecht einräumt, wegen Verstoßes gegen § 308 Abs. 4 BGB unwirksam sei, wovon aber die Wirksamkeit der variablen Zinsvereinbarung selbst nicht berührt werde – auf der Grundlage des Urteils vom 17. Februar 2004 die Anforderung an die Konkretisierung der Anpassungsregelungen durch ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB fortgeführt. Der BGH deutete darauf hin, dass das Gericht bei einer ergänzenden Auslegung von *dem sachlichen Aspekt* (z.B. die Umstände der Zinsänderung, insbesondere die Tatsache, dass sie sich an den Referenzzins binden) und *dem*

[984] BGH NJW 2004, 1588.
[985] BGH NJW 2004, 1588.
[986] BGH NJW 2004, 1588.
[987] BGH NJW 2004, 1588 (1589).
[988] BGH NJW 2004, 1588 (1589 f).

zeitlichen Aspekt (z.B. die Dauer der Zinsperiode) die präzisen Elemente auszuwählen habe, damit die Anforderungen an Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit von Zinsänderungen erfüllt werden können.[989] Insbesondere könne durch ein *Sachverständigengutachten* geklärt werden, welcher in der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank veröffentlichte Zinssatz als maßgebliche Bezugsgröße anzusehen sei;[990] bei Sparprodukten mit langfristigem Charakter (20 Jahre) sei auf den Referenzzinssatz für ähnlich langfristige (entsprechend vergleichbar: Ebenfalls 20 Jahre) Spareinlagen abzustellen[991], während der Durchschnittszinssatz für Sparprodukte mit dreijähriger oder fünfjähriger Laufzeit nicht als geeigneter Referenzzinssatz gelte.[992] Daher sei es zweckmäßig, die Anpassungsschwelle (d.h. den Zeitpunkt, ab dem die Zinsänderung einsetzen soll) sehr niedrig anzusetzen (z.B. bei 0,01 % statt 0,1 %), da es durchaus möglich sei, kleine Zinsänderungen mit Hilfe der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) präzise und nicht kostspielig zu ermitteln[993] und wenn die Parteien das Anpassungsintervall nicht festlegen, sondern gewissermaßen abstrakt erwähnen, dass die Änderung des Referenzzinssatzes sogleich zur Änderung der vertraglichen Zinsen führen solle, so dass die Zinsanpassung unverzüglich durchzuführen sei, alsbald die Anpassungsschwelle erreicht werde.[994] Daraus kann man den Schluss ziehen, dass es angesichts der Verbreitung der EDV unschädlich sein könnte, dem Kunden die Anpassungsschwelle und das Anpassungsintervall nicht mitzuteilen.

Schließlich sollte die Bank zur Wahrung des Grundsatzes der vertraglichen Äquivalenz verpflichtet sein, den vertraglichen Zinssatz für den Kunden unter bestimmten Umständen zu erhöhen, während sowohl bei Erhöhung als auch bei Senkung des vertraglichen Zinssatzes ein proportionaler Abstand zwischen dem vertraglichen Zinssatz und dem Referenzzinssatz und nicht die absolute Differenz zwischen beiden beibehalten werden sollte.[995] Der zentrale Grund dafür liege darin, zu vermeiden, dass die Bank vom richtigen Interessenausgleich des Vertrags durch die Beibehaltung einer fixen absoluten Marge abweicht und eine Gefahr einer negativen Verzinsung des angesparten Kapitals entsteht.[996] Diese Handhabung erscheint aber fragwürdig. Denn, wie *Krepold*/*Herrle* argumentierten, die proportionale Anpassungsmethode kann die Gewinnspanne einer Bank kontinuierlich reduzieren – unter Umständen kann ihre Gewinnspanne sogar auf Null abnehmen, wenn es keine feste Bruttogewinnspanne gibt und die Bank würde dann nicht einmal in der Lage sein, ihre Kosten durch Verzinsung zu decken.[997] Die Gefahr, dass eine sich auf den absoluten Wert gründende Anpassungsmethode auch zu negativer Verzinsung führen kann, ist an sich ein neues Phänomen, das erst unter dem

[989] BGH NJW 2010, 1742; BGH NJW-RR 2011, 625 (626).
[990] BGH NJW-RR 2011, 625 (626, 628).
[991] BGH NJW 2010, 1742 (1743).
[992] BGH NJW-RR 2011, 625 (627).
[993] BGH NJW 2010, 1742 (1743 f).
[994] BGH NJW-RR 2011, 625 (627).
[995] BGH NJW 2010, 1742 (1744).
[996] BGH NJW-RR 2011, 625 (627).
[997] Vgl. *Krepold*/*Herrle*, BKR 2018, 89, 95 f.

Stichwort „*Negativzinsen*“ diskutiert werden sollte.

Im Lichte der beiden Urteile des BGH aus dem Jahr 2010 zeigt sich, dass die Anforderung des BGH an die Konkretisierung der Regeln des Anpassungsrechts gleichsam eine sich an den konkreten Umständen orientierende individuelle Anforderung darstellt. Bemerkenswert ist ferner, dass der BGH in seinem Urteil vom 14. März 2017 den Konkretisierungsgrundsatz noch weiterentwickelt hat. Er stellte fest, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermittelnden Parameter für eine Zinsänderung in Anknüpfung an einen Referenzzinssatz ermögliche den Parteien, „*selbstständig den jeweils geltenden Zinssatz in gleicher Weise wie bei einer Zinsgleitklausel zu bestimmen, bei der einer automatischen Zinsanpassung ohne eine Erklärung der Vertragsparteien erfolgt*.“[998] Daher ist, da dem Klauselverwender kein einseitiger Ermessensspielraum bei Zinsbestimmung eingeräumt werden sollte, bei Konkretisierung der Erfordernis der Vorhersehbarkeit und Kontrollierbarkeit von Zinsänderung, Anpassungsmaßstab und –modus durch ergänzende Vertragsauslegung der Ermessensspielraum für den Klauselverwender in der Substanz so gering wie möglich[999] zu halten oder sogar „auf null“ zu reduzieren.[1000] Letztlich wird daher die Zinsanpassungsklausel im Lichte des AGB-Gesetzes den gleichen Anforderungen und Wertungsmaßstäben unterliegen wie die Zinsgleitklausel.[1001]

b. Bemerkung

Das Prinzip zur Konkretisierung, das der BGH in seinem Urteil vom 14. März 2017 aufgestellt hat, ist zu befürworten. Dieses Prinzip gab es schon früher in der Literatur zu Zinsanpassungspraktiken bei Aktivgeschäften. *Schebesta* und *Rösler*/*Lang* schlugen vor, das „billige Ermessen“ nicht in Zinsklauseln aufzunehmen, sondern stattdessen eine „*Zinsanpassungsklausel ohne Ermessenseinräumung*“ zu formulieren, wobei die Änderung des Referenzzinssatzes für die Zinsanpassung maßgeblich ist und sich der Klauselverwender an den Referenzzinssatz bindet und er deshalb keinen Einfluss auf die Zinsanpassung mehr im Wege eines Ermessens ausüben kann.[1002] In der dogmatischen Konstruktion bleibt jedoch noch ein grundlegender Unterschied zwischen einer Zinsanpassungsklausel und einer echten Zinsgleitklausel bestehen. Damit eine Zinsanpassung erfolgen kann, muss der Verwender der Anpassungsklausel also gegenüber der Gegenpartei eine Erklärung mit *konstitutiver Bedeutung* abgeben, während bei einer Anpassungsklausel eine solche Erklärung allenfalls nur einen *deklarativen Charakter* hat.[1003]

Allgemein betrachtet hätte der BGH nach dem Urteil vom 12. April 2009 eine gerichtliche Harmonisierung der Regelungen in Bereichen der Zinsanpassungsklauseln für

---

998 BGH NJW-RR 2017, 942 (944).
999 Vgl. Staudinger/*Omlor*, 2021, § 246, Rn. 66.
1000 Vgl. BGH NJW-RR 2017, 942 (944); *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214, 217.
1001 *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214, 217.
1002 Vgl. *Schebesta*, BKR 2005, 217, 220, 224; *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214, 218.
1003 *Schebesta*, BKR 2005, 217, 224 f.

Aktiv- und Passivgeschäfte erreichen müssen. Nach der Entscheidung vom 17. Februar 2004 wurde in der Literatur bereits vertreten, diese Entscheidung könne Auswirkungen auf die Rechtsprechung in Bezug auf die Zinsanpassungsklauseln in Darlehensverträgen haben.[1004] Daneben wurde auch teilweise dafür plädiert, die Regelung in diesem Bereich zu harmonisieren, weil das Passivgeschäft nichts anders als die Kehrseite des Aktivgeschäfts darstelle und *vice versa*, weil der Kunde in beiden Fällen auf eine rasche Information zur Sicherung seiner finanziellen Interessen angewiesen sei und weil Darlehensnehmer und Sparer gleichermaßen schutzwürdig seien.[1005] Die Ansicht, die den Darlehensnehmer als den „Armen" und „Schutzbedürftigen" ansieht und denjenigen, der Geld anlege, als den „Reichen" und daher deutlich weniger „Schutzwürdigen", könne nicht ernst genommen werden.[1006]

4. Die besondere Behandlung von Kaufleuten?

Dem Vorstehenden nach lässt sich resümieren, dass eine Zinsanpassungsklausel im Idealfalle wie eine Zinsgleitklausel mit einem ausdrücklichen Referenzsatz funktionieren sollte und zwar sowohl bei Aktiv- als auch bei Passivgeschäften. Damit ist eine Grundrichtung für die Anforderung an die Konkretisierung einer Zinsanpassungsklausel vorgegeben. Es stellt sich jedoch die heikle Frage, ob für Privatpersonen, Verbraucher und Kaufleute unterschiedlichen Anforderungen an die Konkretisierung gestellt werden sollten.

(1) Anpassungsschwelle und -abstand

Die zunächst zu erörternden Punkte sind die Anpassungsschwelle und das Anpassungsintervall. Der 3. Zivilsenat des BGH hatte in seinem Urteil vom 6. März 1986 die fragliche Zinsanpassungsklausel zwischen einer Bank und einem Bauunternehmen zu entscheiden, während sich die Literaturansichten damit auseinandersetzten, ob das Bestimmtheitserfordernis für die Zinsanpassung von § 4 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe e des Verbraucherkreditgesetzes (jetzt § 492 Abs. 7 BGB) spezifisch berührt wird. Dem gab die Mehrheit der Literaturansichten eine zustimmende Antwort.[1007] Folgte man dieser Auffassung, so könnte die Regelung im Verbraucherkreditgesetz als Mindestanforderung an die Konkretisierung der Zinsanpassungsregelung oder als ein „Muster" hierfür angesehen werden. Vor diesem Hintergrund kann man generell – also im Einklang mit den bereits erörterten Regelungen für Zinsgleitklauseln[1008] – sagen, dass in den dynamischen Zinsklauseln erforderlich ist, das Ausmaß und das Zeitintervall der Änderung des Referenzzinssatzes anzugeben, damit dem Vertragspartner der Klausel die Möglichkeit gegeben ist, das Ergebnis der Zinsanpassung (das dem Vertragspartner der Klausel aufgrund der konstruktiven Erklärung des Verwenders bekannt ist) zu prüfen, von dessen

[1004] *Möllers*, LMK 2004, 125, 126.
[1005] *Burkiczak*, Zur Frage der Zulässigkeit uneingeschränkter Zinsänderungsklauseln in AGB bei kurzfristigen Sparprodukten, BKR 2007, 190, 193.
[1006] *Rösler*/*Lang*, ZIP 2006, 214.
[1007] Vgl. *Habersack*, WM 2001, 753, 757; *Schimansky*, WM 2001, 1169, 1170 f; *Schebesta*, BKR 2005, 217, 220.
[1008] Vgl. auch *Linden*, WM 2008, 195, 198.

Auswirkungen auf seine eigenen Rechtsstellung[1009] Kenntnis zu nehmen und eine Mitteilung über eine bestimmte Anpassungsschwelle und einen gewissen Anpassungsabstand zu erhalten. Dass heute die elektronische Datenverarbeitung weit verbreitet und verfügbar ist, schmälert die Notwendigkeit der vorgenannten Angaben nicht.

Meines Erachtens sollte Gleiches grundsätzlich auch für die den Kaufleuten gegenüber verwendeten AGB gelten. Denn die Anpassungsschwelle und das Anpassungsintervall nicht mitzuteilen, sofern der Referenzzinssatz selbst keine leicht verständlichen Informationen über seine Änderungsregelungen bietet, versetzt den Kaufmann in eine ähnliche Lage wie den Kaufmann in der Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklausel, der immer noch mit Zinsberechnungsproblemen konfrontiert ist, derer Ergebnisse nicht nur komplex, sondern für ihn auch kaum vorhersehbar sind. In dynamischen Zinsklauseln dürfte es wahrscheinlich auch so sein, dass nur eine kleine Anzahl von spezifischen Kaufleuten mit professionellen Finanzberechnungsfähigkeiten (z.B. Banken und andere Kreditinstitute) in der Lage ist, die Schwierigkeiten für die Wahrnehmung ihrer Rechtsposition zu überwinden, die sich aus der mangelnden Klarheit über Anpassungsschwelle und Anpassungsintervall ergeben.

(2) Die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses

Zweitens ist auf die Gewährleistung eines vertraglichen Äquivalenzverhältnisses einzugehen. Von dem Kontext der Rechtsprechung aus umfasst dies zwei Regelungsebenen: Zum einen ist das die Symmetrie der Anpassung selbst, d.h. das Vorhandensein nicht nur von Zinsanpassungen nach oben, sondern auch nach unten – anders gewendet, die Tatsache, dass sowohl Preiserhöhungen als auch -senkungen mit denselben sachlichen und zeitlichen Maßstäben an den Kunden weitergegeben werden sollen.[1010] Andererseits sollte die Verhältnismäßigkeit der vertraglichen Zinsen zum Referenzwert (proportionales Anpassungsausmaß) gewährleistet sein. Die Wahl des Referenzsatzes für die Anpassung übt aber auch einen Einfluss auf die Äquivalenz aus. Der Grund, warum der BGH den Referenzmaßstab „*Änderung der Refinanzierungsbedingungen*“ gewählt hat, liegt gerade in der Aufrechterhaltung der Äquivalenz des Vertrags, da dieser Maßstab nach Ansicht des BGH verhindert, dass die kreditgebende Bank ihre Rendite ausdehnt, indem sie einen Risikoaufschlag geltend macht. Wird aber nur eine symmetrische Anpassung verlangt, so kann der Klauselverwender auch dann von der Anpassung profitieren, wenn ein ungeeigneter Referenzsatz gewählt wird; unter bestimmten Umständen kann es auch ein umgekehrter Fall sein, d.h. die Anpassung ist zwar zum Nachteil des Klauselverwenders, jedoch zum Vorteil des Vertragspartners ausgestaltet. Der Möglichkeit des letztgenannten Szenarios zugunsten des Vertragspartners kommt allerdings nicht per se ein Kompensationscharakter zu, denn das Ergebnis der Anpassung besteht nach dieser groben Anpassungsmodalität immer zugunsten

[1009] Insbesondere dann, wenn die Referenzgröße selbst keine dem Schuldner ohne weiteres bekannte Information über das Ausmaß und den Zeitabstand ihrer Änderung enthält, wie etwa der Basiszinssatz in § 247 BGB schon gezeigt hat, dass sein Anpassungszeitabstand bereits in § 247 BGB klargestellt wird.

[1010] Vgl. *Thomas*, AcP 209 (2009), 84, 104.

einer Partei, alsbald die Anpassung tatsächlich durchgeführt wird. Der Grundsatz der Äquivalenz verlangt aber ferner, dass das finale Anpassungsergebnis nicht einseitig eine Partei begünstigt oder benachteiligt. Um die Äquivalenz zu gewährleisten, muss daher grundsätzlich sichergestellt werden, dass der gewählte Referenzsatz objektiv angemessen ist, d.h. dass nicht jede Änderung unmittelbar zu einer nachträglichen Verschiebung des ursprünglich vertraglich bestimmten Äquivalenzverhältnisses führen könnte.

Nach ständiger Rechtsprechung müssten einige der oben genannten Regeln zur Gewährleistung der vertraglichen Äquivalenz (insbesondere die anderen Regeln als die für die Parameter der Anpassung, wie die Regeln der Anpassungssymmetrie, der proportionalen Anpassungsmethode und der Angemessenheit des Referenzsatzes) selbstständig für Verbraucher und Privatpersonen gelten. Dabei bleibt jedoch fraglich, ob es eine Ausnahme von der Anwendung der genannten Regeln im Zusammenhang mit Kaufleuten gibt. Der Kern des genannten Äquivalenzprinzips zielt von seinem wesentlichen Zweck her auf nichts anderes ab, als darauf, eine solche Ungerechtigkeit im Ergebnis zu verhindern, dass eine Zinsanpassung zum einseitigen Vorteil einer Partei und gleichzeitig zum Nachteil einer anderen Partei ausfällt. Dieser Zweck scheint von allgemeingültiger Bedeutung zu sein, sodass bei der Verwendung von Klauseln gegenüber Kaufleuten grundsätzlich auch eine Ungültigkeit der Klauseln vermutet werden sollte, wenn die Anpassungsregeln die ursprüngliche Äquivalenz des Vertrags verschieben. Liegen jedoch sachliche Gründe vor, die eine solche Vermutung widerlegen könnten?

a. BGH-Rechtsprechung zu „Spannungsklauseln“ bezüglich des Erdgases und eine darauf basierende mögliche Schlussfolgerung

Hier kann auf die Entscheidung des BGH zu den sogenannten „*Spannungsklauseln*“ verwiesen werden, die den *Erdgaspreis* an den Preis für *extra leichtes Heizöl* koppeln. Dabei hatte der BGH sehr unterschiedliche Urteile in den Bereichen der Verbraucher- und Unternehmerbeteiligung gefällt. Bei der Konstellation einer Verbraucherbeteiligung bejahte der BGH zunächst ein berechtigtes Interesse des AGB-Verwenders an einem langfristigen Vertragsverhältnis, wenn die Spannungsklausel sicherstelle, dass der vereinbarte Preis dem Marktpreis der zu liefernden Ware entspreche, sofern er sich in einer Weise entwickle, die typischerweise dem in der Spannungsklausel festgelegten Marktpreis der Referenzware ähnle.[1011] In der Erdgaswirtschaft sei der Preis für leichtes Heizöl jedoch nicht der einzige Bildungsfaktor des Erdgaspreises; den Preis für leichtes Heizöl gleichwohl als einzigen Faktor für die Entwicklung des Erdgaspreises festzulegen, sei nicht nur losgelöst von dem Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage in der Erdgaswirtschaft, sondern berge auch die missbräuchliche Gefahr *einer verdeckten Gewinnmaximierung* für Klauselverwender.[1012] Bei der Verwendung vertretbarer Klauseln

[1011] BGH NJW 2010, 2789 (2793).
[1012] BGH NJW 2010, 2789 (2793).

gegenüber einem Unternehmer verwies der BGH allerdings darauf, dass der Preis für leichtes Heizöl keinen *Kostenfaktor* im Gaspreis darstelle, sondern nur ein *Wertmesser* für die vom Klauselverwender erbrachte Leistung sei und argumentierte gleichzeitig, dass die Frage, ob eine Bindung des Gaspreises an den Preis für leichtes Heizöl im unternehmerischen Geschäftsverkehr sachgerecht sei, letztendlich dem Urteil des Kaufmanns und des als Unternehmer tätigenden Gaskunden falle.[1013] Wurde die Entscheidung, die betreffende Klausel zu akzeptieren, vom Unternehmen in einer „*selbstverantwortlichen*" Weise getroffen, sei das Gericht daher nicht befugt, diese Entscheidung zu korrigieren.[1014]

Verallgemeinert man die Argumentation des BGH in der letztgenannten Entscheidung, so scheint das Äquivalenzprinzip bei Kaufleuten und Unternehmern aufgehoben (oder genauer gesagt: „*kompensiert*"[1015]) zu sein, da das „Ob" der Akzeptanz einer Klausel (konkreter gesagt: Akzeptanz eines Referenzmaßstabs für die Preisanpassung), die das bei Vertragsschluss bestehende Äquivalenzverhältnis stören kann, in den ausschließlichen Angelegenheitsbereich von Kaufleuten und Unternehmen fällt, in deren Entscheidungen einzugreifen die Gerichte nicht berechtigt sind. Danach müssten Preisanpassungsklauseln (einschließlich Zinsanpassungsklauseln) bei Kaufleuten und Unternehmen nur dem Bestimmtheitsgebot (einschließlich des Transparenzgebots im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) genügen, ohne dass gewährleistet wird, dass das Anpassungsergebnis nicht einseitig den Klauselverwender begünstigt. Daraufhin könnte unter den Preisanpassungsklauseln für Kaufleute ein beliebiger Referenzsatz gewählt werden, der nicht unbedingt mit der Preisbildung des vertraglichen Leistungsaustauschs zusammenhängt. Ginge man ferner davon aus, dass das Äquivalenzprinzip auch bei Zinsanpassungsklauseln im Bereich der Kaufleute und Unternehmen verletzt werden könnte, dann sollte diese Auffassung in Anbetracht der Tatsache, dass „*Zinsanpassungsklauseln ohne Ermessensspielraum*" den Zinsgleitklauseln in Bezug auf die Interessenlage ausgesprochen ähnlich sind, auch für die Zinsgleitklausel eines anderen gesetzlich vorgesehenen Referenzsatzes gelten, der sich auf das Äquivalenzverhältnis in einer den Vertragspartner benachteiligenden Weise auswirken kann.

b. Die wettbewerbsimmanenten Schranken innerhalb des Anpassungsmechanismus und der „Bestandschutz"

Es ist aber zweifelhaft, ob sich die vorgenannte allgemeine Vermutung aus der vorliegenden Entscheidung des BGH ableiten lässt. Ein konkretes Beispiel anzuführen ist für die Widerlegung dieser allgemeinen Vermutung bereits geeignet.

Im unternehmerischen Geschäftsverkehr muss der Klauselverwender häufig das

[1013] BGH NJW 2014, 3508 (3511).
[1014] BGH NJW 2014, 3508 (3511).
[1015] Die so genannte „*kaufmännische selbstbestimmende Entscheidung*" ist eher als ein Grund für den Ausschluss der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle anzusehen. Vgl. *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 71. Wird diese „kaufmännische selbstbestimmende Entscheidung" gleichwohl im Rahemen der Inhaltskontrolle eingesetzt, dann könnte sie sich vielmehr als eine Kompensation auswirken.

wirtschaftliche Risiko des Vertragspartners berücksichtigen oder sogar mittragen. Im Zusammenhang mit Preisanpassungsklauseln in Verträgen über Warenlieferungen wurde beispielsweise darauf hingewiesen, dass das Interesse des Lieferanten an erhöhten Preisen in dem Maße begrenzt ist, dass es dem Käufer den Weiterverkauf der Waren nicht erschwert. D.h., der Lieferant muss einen Teil des (Wieder-)Absatzrisikos des Käufers tragen; dies stellt eine „*wettbewerbsimmanente*" Grenze dar, die die Wettbewerbsinteressen der Käufer schützen solle.[1016] Aus wirtschaftlicher Sicht dürfte somit das vorgelagerte Unternehmen in einer Lieferkette, in der die vor- und nachgelagerten Unternehmen eher eine Interessengemeinschaft bilden, das nachgelagerte Unternehmen keinen zusätzlichen und unverhältnismäßigen Absatzrisiken aussetzen. Dies kann auch keiner „*guten Unternehmenspraxis*" entsprechen. Die Grenzen der Inhaltskontrolle sind demnach überschritten, wenn der Preisanpassungsmechanismus der fraglichen Klausel die eindeutige Gefahr mit sich bringt, dass es zum kurzfristigen Vorteil des Verwenders der Klausel auf Kosten einer Schwächung der Wettbewerbsposition des Vertragspartners kommt.

Bei Kapitalgeschäften, die die Zinsklauseln erhalten, ist das Bewertungsergebnis ein ähnliches. Bei einem gewerblichen Darlehensgeschäft erhält der unternehmerische Darlehensnehmer das Mittel für die Aufnahme oder Aufrechterhaltung seines gewerblichen Betriebs. Setzt der Darlehensgeber etwa einen Mechanismus zur dynamischen Zinsanpassung ein, so dass die Gegenleistung, die der Darlehensnehmer letztlich an ihn zurückzahlen muss, seine reguläre Ertragskraft im normalen Geschäftsverlauf deutlich übersteigt, dann bedeutet dieser Zinsanpassungsmechanismus von sich aus ein zusätzliches Risiko für den Bestand des Darlehensnehmers und macht dieses Risiko zum Vorteil des Kreditgebers. Dies ist im Hinblick auf die Beurteilung unangemessen.

All dies lässt den Schluss zu, dass die Entscheidung des BGH zur „Spannungsklausel" zwischen Erdgas und leichtem Heizöl nur eine bescheidene Folgerung für die Gültigkeit der Klausel ohne weitere sachliche und ausführliche Argumentationen zieht. Es könnte eher gefährlich sein, aus dieser Folgerung einen allgemeinen abstrakten Argumentationsansatz abzuleiten.

5. Fazit

Sowohl Zinsgleit- als auch Zinsanpassungsklauseln bestehen aus zwei Komponenten, nämlich aus einer Basisvereinbarung über die Zinsvariabilität einerseits, die keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt, und einer Zinsänderungsregelung andererseits, die einer solchen Inhaltskontrolle bedarf. Bei letzterer gibt es Unterschiede zwischen den Zinsgleit- und Zinsanpassungsklauseln im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung nach der Inhaltskontrolle, aber auch ein Annäherungspotenzial hierum.

Wird bei der Zinsgleitklausel ein Referenzsatz gewählt, der bereits im Gesetz vorgesehen ist (z.B. der Basiszinssatz in § 247 Abs. 1 BGB), dann müssen die Gleitklauseln keine

[1016] Vgl. *Thomas*, AcP 209 (2009), 84, 112.

Angaben zu Ausmaß und Intervall der Zinsänderung enthalten. Die Gleitklausel unterliegt in diesem Falle keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Wird jedoch ein alternativer Referenzstandard gewählt, der das vertraglich bestimmte Äquivalenzverhältnis in einer für den Vertragspartner ungünstigen Weise verschieben kann, muss der Verwender der Zinsgleitklausel dem Vertragspartner durch die Angaben anderer Elemente (z.B. die Quelle und wirtschaftliche Bedeutung des Referenzstandards, das Zeitintervall der Zinsänderung usw.) helfen, sich über die möglichen benachteiligenden Auswirkungen späterer Zinsänderungen zu informieren, da die Gleitklausel andernfalls möglicherweise der Inhaltskontrolle des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht standhält. Unter dem Einfluss der BGH-Entscheidung zur „Spannungsklausel“ in der Gasindustrie kann es auch nicht sein, dass eine solche Gleitklausel, selbst wenn sie gegen das Äquivalenzprinzip verstößt, ausnahmsweise unbedenklich wird, sofern sie gegenüber Kaufleuten und Unternehmen verwendet wird.

Was die Zinsanpassungsklauseln betrifft, so muss die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle auch in denselben Richtungen in Bezug auf genannte Beurteilung der Zinsgleitklauseln vorgenommen werden.

Zunächst sind die grundlegenden Voraussetzungen der Zinsanpassung festzusetzen. Die Richtung der Konkretisierung geht dahin, dass der Klauselverwender über keinen Ermessensspielraum mehr verfügt, sondern seine Anpassungsbefugnis tatsächlich durch zahlreiche Konkretisierungsfaktoren wie den Referenzsatz und das Anpassungsausmaß eingeschränkt wird. Demnach wird eine rechtlich angemessene Zinsanpassungsklausel zu einer Zinsanpassungsklausel ohne Ermessensspielraum, wobei ihr einziger formaler Unterschied zu einer Zinsgleitklausel darin besteht, dass der Klauselverwender zur Herbeiführung einer Zinsanpassung noch eine verbindliche Erklärung mit konstruktivem Charakater gegenüber dem Vertragspartner abgeben muss, während sich die Höhe der Zinsen im Falle einer Zinsgleitklausel automatisch mit der Änderung des Referenzansatzes ändert. Um der Gegenpartei des Klauselverwenders die Möglichkeit zu geben, das Ergebnis der Zinsanpassung zu überprüfen, sollen die Anforderungen an die Konkretisierung für Verbraucher und Privatpersonen gleich sein, d.h. im Prinzip soll von beiden verlangt werden, dass in der Zinsgleitklausel gewissermaßen ein Ausmaß und ein zeitliches Intervall der Zinsanpassung angegeben wird. Mit Blick auf die Grundsätze, die oben bei der Zinsgleitklausel entwickelt werden, gilt diese Regelung jedoch nur, wenn ein anderer als der gesetzlich vorgesehene Referenzstandard (z.B. § 247 Abs. 1 BGB) gewählt wird. Außerdem kann sich in diesem Falle die Anforderung an eine Konkretisierung erübrigen, wenn es sich bei der Gegenpartei des Klauselverwenders um einen Kaufmann mit fachkundiger finanzieller Berechnungsfähigkeit wie eine Bank oder ein anderes Finanzinstitut handelt.

Zweitens sollen die vertraglichen Zinsanpassungsregeln dem Äquivalenzprinzip unterliegen. Das Äquivalenzprinzip besteht aus drei spezifischen Regeln: Zuerst sollte ein Referenzstandard gewählt werden, der typischerweise die Preisbildung und -entwicklung des

vertraglichen Zinses widerspiegelt; daneben sollte eine Anpassungssymmetrie gewährleistet sein, wonach sich der Klauselverwender verpflichtet, die vertraglichen Zinsen auch nach unten anzupassen, alsbald sich der Referenzstandard in eine für ihn ungünstige Richtung bewegt. Schließlich sollte das Anpassungsergebnis des ursprünglich vertraglich bestimmten Äquivalenzverhältnisses zwischen Vertragszins und Referenzstandard aufrechterhalten werden und für den AGB-Verwender keine Möglichkeit der Gewinnerweiterung verbleiben. Das Äquivalenzprinzip dient dem Schutze der Gegenpartei des Klauselverwenders vor seiner einseitigen Benachteiligung. Dieses Prinzip sollte grundsätzlich auch für Kaufleute und Unternehmen gelten, es sei denn, es besteht eine Ausnahme aus „guter Unternehmenspraxis", die mit spezifischen Gründen einen Verstoß gegen ein solches Prinzip rechtfertigt.

IV. Klauseln über Bearbeitungsgebühren

1. Überblick

In der AGB-Praxis der deutschen Kreditwirtschaft ist eine Klausel über die Bearbeitungsgebühr eine der umstrittensten Klauseln in Hinblick auf ihre rechtliche Bewertung. Angesichts der Relevanz solcher Klauseln für die Darlehenszinskontrolle nach § 138 BGB und ihres engen Zusammenhangs mit dem AGB-rechtlichen „*gesetzlichen Leitbild*" bezüglich der Verzinsung in § 488 Abs. 2 BGB hält der Autor diese Klausel für ein äußerst wichtiges Thema im Zinsrecht. Das Tauziehen zwischen zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Denkansätzen bildet gerade den Kern der Kontroverse um eine solche Klausel.

2. Der Begriff der „Bearbeitungsgebühr"

Nach h.M. handelt es sich bei der Bearbeitungsgebühr im Gegensatz zu den Zinsen im rechtlichen Sinne um eine „*laufzeitunabhängige*" Darlehensvergütung, die das Entgelt für die „*Beschaffung und Hingabe des Kapitals*" durch den Darlehensgeber bildet.[1017]

Die „*Laufzeitunabhängigkeit*" der Bearbeitungsgebühr zeigt sich vor allem darin, dass der Darlehensnehmer bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrags, wenn der Darlehensgeber bereits die Leistung „*Beschaffung und Hingabe des Kapitals*" erbracht hat, keinen Anspruch auf Rückzahlung der übersteigenden Bearbeitungsgebühr gegenüber dem Darlehensgeber auf Zeitbasis über die gültige Kapitalnutzungsdauer hat; im Gegensatz dazu hat der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrags die über den rechtswirksamen Zeitraum der Kapitalnutzung erhobenen „laufzeitabhängigen" Zinsen im Rechtssinne zurückzuzahlen.[1018]

Es stellt sich die Frage, was mit „Beschaffung und Hingabe des Kapitals" gemeint ist. Was genau ist die „Gegenleistung", die der Bearbeitungsgebühr entspricht? Die so genannte „Beschaffung und Hingabe des Kapitals" ist nicht nur begrifflich unscharf, sondern scheint

[1017] *Gorniak*, NJW 1969, 2124, 2125; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 289, Rn. 7. Siehe auch die BGH-Entscheidung in den 1960er Jahren wie BGH NJW 1964, 294.

[1018] Der so genannte „*funktionale Zinsbegriff*", vgl. *Linden*, WM 2008, 195, 199.

sich auch inhaltlich mit der Hingabepflicht des Darlehensgebers nach § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB zu überschneiden. Denn von dem Verständnis eines Alltagsgeschäfts aus sollte der Vorgang der Erfüllung der Hingabepflicht des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer selbst auch in die „Hingabepflicht" einbezogen werden; die der „Hingabepflicht" gegenüberstehende vertragliche Vergütung wäre also bereits gesetzlich als Zins vorgesehen. Bejaht man die Vergütungsmöglichkeit der „Beschaffung und Hingabe des Kapitals", die logischerweise bereits in der „Hingabepflicht" enthalten zu sein scheint, so könnte dies in der Praxis dazu führen, dass dieselbe Tätigkeit zweimal unter verschiedenen Bezeichnungen, aber mit demselben Charakter vergütet wird (die sogenannte „*Doppeltbepreisung*"[1019]).

Um das vorgenannte Dilemma, das sich schon bei der Begriffsdefinition auftut, aufzulösen, wäre auf den ersten Blick nur ein begriffsjuristischer Schnitt denkbar, wodurch man die „Hingabepflicht" als „*Folge*" der Erlangung der Kaufkraft des Geldkapitals für den Darlehensnehmer und der Duldung seiner Nutzung des Geldkapitals interpretiert und die konkrete Tätigkeit während der „Beschaffung und Hingabe des Kapitals" hierbei als vorbereitenden, untergeordneten „*Prozess*" zur Herbeiführung der genannten „Folge" konstruiert. Dieser Ansatz stünde zwar oberflächlich betrachtet im Einklang mit dem Gesetzestext, wirft jedoch aus wirtschaftlicher Sicht Zweifel auf: Kann die Tätigkeit oder Dienstleistung im Rahmen der „Beschaffung und Hingabe des Kapitals" als eine Sonderleistung im rechtlichen Sinne betrachtet werden? Entspricht sie der gefestigten Rechtsdefinition der „Leistung"? Diese Fragen betreffen weitere Bedenken an der Angemessenheit einer Bearbeitungsgebühr-Klausel in Bezug auf die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle. Ob im Hinblick auf die Angemessenheit solcher Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine unterschiedliche Beurteilung vorgenommen werden sollte als bei Verbrauchergeschäften, ist eine weitere Frage.

3. Der entscheidende Ansatz der Judikatur

Was die Frage anbelangt, wie die Angemessenheit einer Bearbeitungsgebühr-Klausel zu beurteilen ist, erfordert zunächst eine Überschau über die Ansicht der Rechtsprechung.

(1) Abgrenzung zwischen Preishauptabreden und Nebenabreden

In § 310 Abs. 3 BGB ist der Anwendungsbereich des AGB-Rechts festgelegt, wonach Leistungsbeschreibungsklauseln (typischerweise wie preisbestimmende Klauseln) und rechtsdeklaratorische Klauseln nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307-309 BGB unterliegen und dagegen lediglich die Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, der Inhaltskontrolle bedürfen sollen. Außerdem schränkt die deutsche Rechtsprechung den Umfang von „Leistungsklauseln" weiter ein, indem sie feststellt, dass Klauseln, die Art und Umfang der Leistung unmittelbar bestimmen, nicht der Inhaltskontrolle

[1019] Für eine Beschreibung der Bankpraxis, nach der zusätzlich zu den Zinsen eine weitere Vergütung berechnet wird, als „*Doppeltbepreisung*", siehe *Servatius*, Kontrollfähigkeit und Angemessenheit AGB-mäßig vereinbarter Teil- und Zusatzentgelte im Bankwesen, ZIP 2017, 745.

unterliegen, während die „Preisnebenabreden“, die nicht einer gesetzlich nicht vorgesehenen zusätzlichen Leistung entsprechen, sondern lediglich die Abwälzung der Erfüllungskosten eigener gesetzlicher Pflichten oder der Kosten für die Durchführung der Tätigkeit ausschließlich zu eigenem Nutzen auf die Gegenpartei der Klausel bezwecken, der Inhaltskontrolle bedürfen.[1020] Daraus ergibt sich die erste zu klärende Frage, ob eine Bearbeitungsgebühr-Klausel überhaupt eine „*Preishauptabrede*“ ist, die der Inhaltskontrolle nicht unterfällt oder, ob es sich dabei um eine kontrollfähige „*Preisnebenabrede*“ handelt.

(2) Auf dem Weg zu einer strengeren Justiz

Die deutsche Rechtsprechung verschiedener Instanzen war zu der oben genannten Frage lange gespalten.

Einige Gerichte glaubten, eine Klausel über die „Bearbeitungsgebühr" sei in der Tat eine „Preisklausel“, die zu den „Hauptpreisabreden“ des Vertrags gehöre und deshalb nicht kontrollfähig sei.[1021] Auf der Grundlage dieser Ansicht wurde zugleich die einfache Folgerung gezogen, eine Bearbeitungsgebühr-Klausel sei auch gültig, da der Klauselverwender die Gestaltungsfreiheit habe, den Wert seiner Leistung zu bestimmen und ihn nach Belieben aufzuteilen.[1022] Der Klauselverwender hätte auch einfach einen höheren Nominalzinssatz zur Bewertung dieser Vergütung festlegen können.[1023] Eine solche Vergütung sei geschäftsüblich und könne wirtschaftlich als Gegenleistung für verschaffene Kapitalvaluta verstanden werden.[1024] Es handele sich um eine gesonderte Dienstleistung zugunsten des Kunden, bei der der Darlehensgeber (die Bank) die Darlehensbedingungen so wähle, dass die verschiedenen Risiken entsprechend dem Einkommen und dem Beruf des Darlehensnehmers „*bepreist*“[1025] werden und der Darlehensnehmer wisse, ob er sich die Rückzahlung der Darlehenssumme entsprechend seinem Einkommensniveau leisten könne.[1026] Diese Vergütung stelle somit einen Teil der Hauptleistung dar.[1027] Diese Auffassung stammt ihrem Kern nach von *Canaris*. Nach ihm seien Vertragsbedingungen, die Effektivzinsen festlegen, nicht kontrollfähig; dazu gehören auch die Bearbeitungsgebühr-Klauseln. Der Grund dafür liege darin, dass die Gestaltung solcher Klauseln im Kontext eines

---

[1020] Es ist auch möglich, beide getrennt zu erörtern; Einzelheiten siehe Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 307, Rn. 47.

[1021] LG München I, ZIP 2014, 20 (21 f); LG Berlin, WM 2010, 709; AG Düsseldorf, BKR 2013, 500 (501 f); AG München, WM 2013, 1946 f; LG Essen, Beschluss vom 30. August 2013 - 13 S 91/13, Rn. 15 ff (juris); LG Aachen, Beschluss vom 26. August 2013 - 6 S 107/13, NJW-RR 2014, 495 (496), Rn. 12 (juris).

[1022] AG München, WM 2013, 1946 (1947).

[1023] AG Düsseldorf, BKR 2013, 500 (501 f).

[1024] AG München, WM 2013, 1946 (1947).

[1025] OLG Celle WM 2010, 355 ff; LG Essen, Beschluss vom 30. August 2013 - 13 S 91/13, Rn. 18 (juris); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2013 - I-14 U 133/13, Rn. 6 (juris).

[1026] Siehe die Berufungsgründe des Beklagten in: OLG Dresden, Urteil vom 29. September 2011 - 8 U 562/11, WM 2011, 2320, Rn. 7 (juris); OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2013 - I-6 U 32/13, Rn. 15 (juris). Andere ähnlichen Ansichten, siehe LG Essen, Beschluss vom 30. August 2013 - 13 S 91/13, Rn. 18 (juris); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Oktober 2013 - I-14 U 133/13, Rn. 6 (juris).

[1027] LG München I, ZIP 2014, 20 (21); LG Berlin, WM 2010, 709; AG Düsseldorf, BKR 2013, 500 (501 f); AG München, WM 2013, 1946 (1947). Siehe auch den Vortrag des Beklagten in OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2013 - I-6 U 32/13, Rn. 13 (juris).

effizienten Funktionierens der Marktordnung und der Wettbewerbsmechanismen angefertigt werde.[1028]

Andere Gerichte waren jedoch der Meinung, die Bearbeitungsgebühr-Klausel unterliege gleichwohl der Inhaltskontrolle, weil sie von der Vorschrift des § 488 Abs. 1 Nr. 2 BGB abweiche oder diese ergänze und daher keine nicht kontrollfähige „Hauptpreisabrede" darstelle, sondern eine kontrollfähige „(Preis)Nebenabrede" bilde, und das Ergebnis ihrer Kontrolle laufe immer auf die Nichtigkeit der Klausel hinaus.[1029] Der BGH wiederum hatte diese Auffassung in seiner bekannten Entscheidung vom 13. Mai 2014 zur Bearbeitungsgebühr-Klausel in Verbraucherdarlehensverträgen bestätigt. Er stellte fest, die Bearbeitungsgebühr-Klausel stelle nicht nur eine Nebenabrede dar und unterliege somit der Inhaltskontrolle, sondern, die Inhaltskontrolle dieser Abrede führe auch zur Nichtigkeit der Klausel, vor allem mit der Begründung, dass sie nicht einer echten, selbstständigen Leistung gegenüberstehe und daher eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders darstelle.[1030] Im Jahr 2017 hielt sich der BGH im Hinblick auf die Bewertung von Bearbeitungsgebühr-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr an die vorgenannten Kernargumente des Urteils vom 13. Mai 2014 und versagte den inzwischen populär werdenden Befund, dass die Besonderheit des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu einem anderen Schluss der Beurteilung der Klausel führen könne und solle.

Die letztgenannte gerichtliche Auffassung, die Bearbeitungsgebühr-Klausel stehe keiner echten Leistung gegenüber und sei unwirksam, kam darin zum Ausdruck, dass diese Klausel von dem in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten „*gesetzlichen Leitbild*" abweiche, da der Rechtsgedanke dieser Vorschrift darin bestehe, dass Aufwendungen, die bei Erfüllung der Verpflichtung zur Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit entstehen, nur in laufzeitabhängiger Weise (Zinsen im Rechtssinne) vergütet werden können.[1031] Im Wesentlichen wird diese Auffassung wie folgt entwickelt: Die Bearbeitungsgebühr stehe weder einer „*Sonderleistung*"[1032] noch einer echten Leistung auf der Grundlage eines Vertrags „zugunsten des Kunden" gegenüber[1033] und diese Gebühr sei daher anders als die

---

[1028] *Canaris*, NJW 1987, 609, 613 f.

[1029] Worin eine „*Abweichung*" von der Vorschrift des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB für gegeben gehalten wird, ist in folgenden Urteilen zu erkennen: OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951 (953); OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2013 - I-6 U 32/13, Rn. 11, 34 f, 40 (juris). Hier wird nicht ausdrücklich auf § 488 Abs. 1 Satz 2 verwiesen, aber der gleiche oder ein ähnlicher Gedanke kommt zum Ausdruck: BGH NJW 1994, 318 (319 f); AG Frankfurt am Main BKR 2013, 502 (503 f). Für eine Entscheidung, die eine „*Ergänzung*" von § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB für gegeben hält, siehe OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951 (953). Hier wird eine „Ergänzung" im vorligenden Sinne zwar nicht ausdrücklich genannt, aber es wird im Wesentlichen der gleiche Gedanke vertreten. Vgl. OLG Dresden WM 2011, 2320 (2321).

[1030] BGH NJW 2014, 1325 (1326). Nachfolgende Entscheidungen: BGH WM 2017, 87 (90); BGH NJW 2017, 2986 (2988).

[1031] BGH NJW 2014, 1325 (1326).

[1032] BGH NJW 2014,1325 f; BGH NJW 2016, 1875 (1877).

[1033] AG Frankfurt am Main BKR 2013, 502 (503 f).

gesetzlich vorgesehene Form (Zinsen im Rechtssinne) der Vergütung für dieselbe Leistung (Hingabe des Kapitals); kürzer gesagt, handele es sich um eine zusätzliche Vergütung für das Zur-Verfügung-Stellen des Darlehens.[1034] Die Bearbeitungsgebühr umfasse zwar die Kosten, die der kreditgebenden Bank durch die Kreditwürdigkeitsprüfung des Kunden, die Vorbereitung der Vertragsunterlagen, die Erfassung von Kundengesprächen und -unterlagen, die Bearbeitung von Darlehensanträgen, die Prüfung von Vertragsunterlagen, die Beschaffung von als hinzugebendes Kapital geltenden Mitteln, die Nachbereitung der Kundenbeziehung[1035] und die Kundenberatung vor Vertragsabschluss entstehen;[1036] diese Tätigkeiten dienen jedoch ausschließlich oder überwiegend dem eigenen Vorteil des Darlehensgebers, wie z.B. der Sicherheit des Systems der kreditgebenden Bank[1037], der Beeinflussung der Bereitschaft zu seiner Vertragsentscheidung[1038] und dessen Interesse an der planmäßigen Rückzahlung des gesamten geliehenen Kapitalbetrags[1039]. Obwohl diese Tätigkeiten eine reflexive (vorteilhafte) Nebenwirkung auf den Kunden haben können, reichen diese nur reflexiven Vorteile nicht aus, die Eigenschaft dieser Tätigkeiten zugunsten des Kunden zu beweisen.[1040] Das Interesse des nachfragenden Darlehensnehmers bestehe lediglich darin, ein günstigeres Zinsangebot zu erhalten.[1041] Der Darlehensnehmer beteilige sich auch nicht an der vorgelagerten Beratung vor Vertragsabschluss mit der Vorstellung, für die Bezahlung eines solchen Beratungsgesprächs bereit zu sein, sondern wolle lediglich davon Kenntnis nehmen, ob er kreditwürdig sei und ob die Bank bereit sei, mit ihm einen Darlehensvertrag abzuschließen[1042], wobei seine Ausgangslage bei Eingehen eines Gesprächs vor Vertragsschluss unsicher sei. [1043] Daher entsprechen die genannten Tätigkeiten der kreditgebenden Bank nicht der klassischen Definition einer „*Leistung*“ – „*die bewusste und zielgerichtete Vermehrung des Fremdvermögens*“. [1044] Im Lichte der ständigen Rechtsprechung des BGH zu Entgeltklauseln im Bankwesen ist die Bearbeitungsgebühr-Klausel daher als eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders auf Ebene des AGB-Rechts zu beurteilen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der Bearbeitungsgebühr-Klausel, ohne dass noch andere Argumente auszuführen sind, die

---

[1034] LG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2014 - 22 O 208/12, Rn. 104 (juris).
[1035] OLG Zweibrücken, MDR 2011, 1125 (1126).
[1036] Zur konkreten Aufzählung dieser Tätigkeiten vgl. BGH NJW 2014, 1325, 1331 f; OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951, 953; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Februar 2011 - I-6 U 162/10, Rn. 14 (juris); OLG Zweibrücken, MDR 2011, 1125 (1126).
[1037] OLG Dresden WM 2011, 2320 (2321 f).
[1038] OLG Dresden WM 2011, 2320 (2321 f).
[1039] OLG Zweibrücken MDR 2011, 1125 (1126).
[1040] BGH NJW 2017, 2986 (2988); OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2013 - I-6 U 32/13, Rn. 23, 47 f (juris).
[1041] Ähnliche Ansicht siehe auch LG Berlin WM 2013, 1710 (1712).
[1042] OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951 (953); LG Berlin WM 2013, 1710 (1712).
[1043] *Strube*/*Fandel*, Unzulässige Bearbeitungsentgelte bei Darlehensverträgen – Streifragen und Praxishinweise, BKR 2014, 133, 136.
[1044] OLG Düsseldorf, Urteil vom 26. September 2013 - I-6 U 32/13, Rn. 47 (juris).

Antwort auf die Frage, ob die „Bearbeitungsgebühr“ selbst einer „Sonderleistung“ oder einer „echten und selbstständigen Leistung“ entspricht, den entscheidenden Punkt darstellt, der das Beurteilungsergebnis unmittelbar bestimmt. Die deutsche Rechtsprechung konkretisiert diese Frage bei ihrer Beantwortung weiter: Dient die Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr als Darlehensvergütung bezieht, hauptsächlich den Interessen des Kunden (Darlehensnehmer) oder den Interessen der Bank (Darlehensgeber)?[1045] Die derzeitige deutsche Rechtsprechung beantwortet, wie erwähnt, die Frage mit überwältigender Mehrheit mit dem Befund, dass die Bank im eigenen Interesse tätig wird.

4. Die Überlegung für die bestehende Rechtsprechung

Das Kernargument der deutschen Rechtsprechung gegen die Angemessenheit der Bearbeitungsgebühr-Klausel ist insofern allgemeiner Natur, als eine Bearbeitungsgebühr-Klausel deshalb eine unangemessene Benachteiligung darstellt, weil die Bearbeitungsgebühr keiner selbstständigen und echten Gegenleistung gegenübersteht. Diese Allgemeinheit zeigt sich in zweierlei Hinsicht: Einerseits setzt die deutsche Rechtsprechung ein allgemeines Prüfungskriterium für die Inhaltskontrolle, nach welchem die Entgeltabrede über eine unechte Leistung als nichtig vermutet wird; andererseits wird die Bearbeitungsgebühr-Klausel allgemein als mit diesem Prüfungskriterium unvereinbar gewertet. Ungeachtet der Angemessenheit des genannten Prüfungskriteriums selbst kann die letztgenannte Folgerung bei der Bearbeitungsgebühr jedoch schon in Frage gestellt werden. Eine weitere wichtige Frage, die ebenfalls zu klären sein sollte, ist, ob es sachgerecht ist, Bearbeitungsgebühr-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr weiterhin für generell unwirksam zu halten.

(1) Keine Vergütung für „Sonderleistung“?

Wie bereits betont, ist das Argument, dass eine Bearbeitungsgebühr-Klausel kein Entgelt für eine „Sonderleistung“ darstelle, der entscheidende Grund für die gerichtliche Entscheidung, dass eine solche Klausel eine unangemessene Benachteiligung der Gegenpartei der Klausel bedeutet. Im Folgenden ist zunächst auf die Haltbarkeit dieser verbreiteten Argumentation einzugehen.

a. Zwei mögliche, der Bearbeitungsgebühr gegenüberstehende Tätigkeiten

Erstens könnte die Auffassung, es gebe keine echte „Leistung“, der die „Bearbeitungsgebühr“ entspreche, in denjenigen Fällen gerechtfertigt sein, in denen die Dienstleistung, der die Bearbeitungsgebühr entspricht, eine vorvertragliche und vorbereitende Tätigkeit zum Vertragsschluss ist. Der einfachste Grund, warum dabei keine Leistung stattfindet, liegt jedoch nicht in der Beantwortung der Frage, ob diese vorbereitenden Tätigkeiten (z.B. die interne Verwaltung des Kreditinstituts, die Prüfung der Solvenz des

[1045] „*Entscheidend ist, in wessen Interessenkreis die bepreiste Tätigkeit erbracht wird*.“ Siehe BGH NJW 2017, 2986, (2988). In der Literatur waren früher bereits einige in ihrer Analyse dem Gedankengang gefolgt, dass „*vor allem die Prüfung der Bonität des Kreditnehmers … keine Dienstleistung für den Kunden*“ darstellt, sondern „*den Vermögensinteressen der Bank*“ dient. Vgl. *Nobbe*, Zulässigkeit von Bankenentgelten, WM 2008, 185, 193.

potenziellen Darlehensnehmers, die Vorbereitung der Vertragsunterlagen, die Aufnahme von Kundengesprächen und -materialien, die Bearbeitung des Darlehensantrags, die Vorbereitung und Prüfung der Vertragsurkunden usw.) für den Kunden „*vorteilhaft*“ sind. Vielmehr können solche „*Hilfstätigkeiten*“ vor Vertragsschluss schon begrifflich keine „Leistung“ darstellen. Das Vorliegen einer rechtlich relevanten „Leistung“ setzt immer voraus, dass vor der Erbringung der möglicherweise als „Leistung“ gedachten Tätigkeit bereits ein Vertrag besteht oder dass diese möglicherweise als „Leistung“ gedachte Tätigkeit zum Zwecke eines direkten Vertragsabschlusses und zugleich zur Vertragserfüllung erbracht werden soll, wie dies sich bei der „*Realofferte*“ zeigt[1046], da sich eine „Leistung“ nach dem richtet, was bereits das ursächliche Schuldverhältnis (*causa*) darstellt (z.B. Kauf, Schenkung). Eine Reihe von Tätigkeiten, die von einem kreditgebenden Institut im vorvertraglichen Stadium aufgenommen werden, würden dagegen schon ihrem Wesen nach nicht den Inhalt eines von den Parteien angestrebten Schuldverhältnisses ausmachen dürfen und können natürlich auch keine „Leistung“, die begrifflich eine spezifische rechtliche Bedeutung innehat, darstellen. In diesem Sinne entspricht es der Regel, dass der Darlehensgeber die Darlehensvaluta „*bereitstellt*“ und sie dem Darlehensnehmer überlässt. Dabei handelt es sich allerdings immer um eine Tatsachenbehauptung, die als solche schon zu der Feststellung beitragen kann, ob eine bestimmte Tätigkeit eine „Leistung“ darstellen kann, ohne diese Tatsachenbehauptung selbst – im Sinne von *Ockham's Rasiermesser* – zum „*gesetzlichen Leitbild*“ des § 488 Abs. 1 BGB zu erheben.[1047]

Handelt es sich jedoch bei der Gegenleistung, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, nicht mehr um eine bloße Hilfstätigkeit zum Vertragsschluss, sondern um eine Hilfstätigkeit zur Vertragserfüllung, so lässt sich schwerlich leugnen, dass die Möglichkeit, eine solche Tätigkeit als Teil des Inhalts eines Schuldverhältnisses auszumachen, nicht zu verneinen ist. So wird etwa die Beschaffung von Mitteln zwar in der Regel als schon in die Kreditvergabe des Darlehensgebers einbezogen betrachtet und in der Rechtsprechung zu AGB grundsätzlich nicht als selbstständige Leistung angesehen. Es gibt aber einige fragwürdige Situationen.

Beispiel: Der Darlehensgeber und der Darlehensnehmer schließen einen Darlehensvertrag, der mit der Einigung der beiden Parteien zustande kommt. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist der Darlehensgeber jedoch aufgrund eines Engpasses seiner Liquidität nicht in der Lage, den vollen Betrag der Darlehensvaluta sogleich an den Darlehensnehmer auszuzahlen, sondern benötigt eine gewisse Mühewaltung um die Kapitalfinanzierungsmaßnahmen. Die Parteien vereinbaren dann, dass der Darlehensnehmer

---

[1046] Vgl. *Brox*/*Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl., München 2019, § 4, Rn. 22.

[1047] *Strube*/*Fandel*, BKR 2014, 133, 137. Ähnlich verhält es sich mit der Ansicht in der Rechtsprechung, die das in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommende gesetzliche Leitbild als das bezeichnet, nach dem „*der Darlehensgeber für das Bereitstellen des Darlehenbetrages den geschuldeten laufzeitabhängigen Zins erhält*.“ Vgl. OLG Dresden, Urteil vom 3. August 2016 - 5 U 138/16, WM 2016, 1980 (1982), Rn. 33 (juris).

zunächst eine Bearbeitungsgebühr an den Darlehensgeber zahlt und dass die vertragliche Kreditauszahlung erst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums (z.B. vier Monate) nach Vertragsschluss geplant wird.

In diesem Falle entspricht die „Bearbeitungsgebühr" einer Dienstleistung, die einen ähnlichen wirtschaftlichen Charakter wie eine Geschäftsführung im Sinne von § 670 BGB[1048] hat. In Anbetracht des in der deutschen Rechtsprechung entwickelten Kriteriums – ob die Dienstleistung, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, überwiegend dem Kreditinstitut und zwar insbesondere der Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten dient – scheint es jedoch schwierig zu sein, zu dem Schluss zu kommen, dass der Dienstleistung, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, eine selbstständige rechtliche Bedeutung zukommen solle.

b. „Objektiver Vorteil" als angemessener Anknüpfungspunkt?

Laut der Argumentation des BGH kommt es für die Feststellung, ob die Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, eine „Leistung" darstellt, auf einen „*objektiven Vorteil*" an.[1049] Bei Verbraucherkrediten und sogar im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird, wie bekannt, die mit der Bearbeitungsgebühr zusammenhängende Tätigkeit von der Rechtsprechung als objektiv nicht vorteilhaft für den Kunden angesehen. Bei spezifischen Darlehensverträgen (z.B. bei *Förderdarlehen*[1050], *Konsortialdarlehen*[1051] und bei der „Abschlussgebühr" der *Bauspardarlehen*[1052]) folgen der BGH und die Literatur ebenfalls diesem Argumentationsansatz und kommen nur deshalb zum gegenteiligen Ergebnis, weil die „Bearbeitungsgebühr" einer echten „Leistung" entspricht, die überwiegend dem Darlehensnehmer zugutekommt.

In der Literatur wird die ähnliche Auffassung vertreten, dass für die Frage, wessen Interessen eine Tätigkeit überwiegend diene, nur der objektive Blick auf diese Tätigkeit entscheidend sei; andernfalls werde die Feststellung des Vorliegens einer Leistung recht willkürlich sein.[1053]

Ist es sinnvoll, den bereits genannten, auf einem „objektiven Vorteil" basierenden Maßstab als Kriterium für die Feststellung zu verwenden, ob eine „Leistung" vorliegt oder nicht? Ausgehend von dem sogenannten „*modernen Leistungsbegriff*" („*bewusste und*

[1048] *Von Westphalen* meinte, dass es bei der Frage, ob einer Bearbeitungsgebühr eine selbstständige Leistung zugrunde liege, im Wirklichen darauf ankomme, ob die betreffende Tätigkeit den Charakter einer Auftragsleistung im Sinne von § 670 BGB habe. Vgl. *Von Westphalen*, AGB-Recht im Jahr 2014, NJW 2015, 2223, 2227.

[1049] *Vollmer* verweist auf die „objektive Nützlichkeit" als Differenzierungskriterum in der Literatur und beschreibt das Kriterium des BGH als ein unzutreffendes und interessenorientiertes Kriterium. Siehe *Vollmer*, Bearbeitungsentgelte im Darlehensrecht, Berlin 2020, S. 65 ff.

[1050] Vgl. z.B. die vom BGH zitierte entsprechende Begründung des Berufungsgerichts in einem Fall über „Förderdarlehen", BGH NJW 2016, 1875 (1876).

[1051] Siehe Koch, Bearbeitungsentgelt im Kreditgeschäft – ein Blick nach vorn, WM 2016, 717, 724.

[1052] OLG Stuttgart BB 2010, 594 ff; MüKoBGB/*Wurmnest*, 6. Aufl., 2012, § 307, Rn. 202.

[1053] Vgl. *Hanke*/*Adler*, Keine Gleichbehandlung von Unternehmern und Verbrauchern bei der Rückforderung von Bearbeitungsentgelten, WM 2013, 1313, 1314.

zweckgerichtete Vermehrung des Fremdvermögens“) entspricht der „objektive Vorteil“ gleichsam dem Element der Leistung, der „*Vermehrung des Fremdvermögens*“.[1054] Anders gewendet: Das Kriterium des „objektiven Vorteils“ klingt im Zusammenhang mit der Bearbeitungsgebühr-Klausel so, als ob die „Bearbeitungsgebühr“ nur dann eine echte, selbstständige Gegenleistung hat, wenn eine Hilfstätigkeit zur Vertragserfüllung, die gerade durch die Bearbeitungsgebühr abgegolten werden soll, eine Vermehrung des Vermögens des Darlehensnehmers bewirkt.

Zwar erscheint es von dem sogenannten „modernen Leistungsbegriff“ aus sachgerecht, den „objektiven Vorteil“ als zentralen Maßstab für die Feststellung zu verwenden, ob eine Leistung vorliegt oder nicht. Betrachtet man den begrifflichen Inhaltskern der „Leistung“, so läuft die obige Folgerung aber wiederum Gefahr, unhaltbar zu sein.

(a) Der Begriff der „Leistung“

Der „moderne Leistungsbegriff“ im Bereicherungsrecht ist bis heute Gegenstand heftiger Kritik. Eine der kritischen Stimmen bezieht sich dabei auf ein bestimmtes Element der Leistung, die „*Vermehrung fremden Vermögens*“.

Einige deuteten darauf hin, dass die „Vermehrung fremden Vermögens“ kein notwendiger Bestandteil einer „Leistung“ sei, denn, sofern man unter der „Vermehrung fremden Vermögens“ die tatsächliche Bewirkung eines Ergebnisses durch Zuwendung verstehe, so überschneide sich dieses begriffliche Element schon mit dem Merkmal „*etwas erlangt*“ im Hinblick auf die Anspruchsbegründung aus dem Bereicherungsrecht, was bereits zeige, dass das Element der „Vermehrung fremden Vermögens“ überflüssig sei.[1055] Und wenn man, wie es viele[1056] zu tun versuchten, die „Leistung“ im Bereicherungsrecht mit der „*Erfüllungsleistung*“ im Erfüllungsrecht vereinheitlichen will, dann würde man auch im Erfüllungsrecht herausfinden, dass die Begriffe „Erfüllungshandlung“ und „Erfüllungsergebnis“ ebenfalls begrifflich voneinander getrennt werden können.[1057] Zudem ist diese Unterscheidung im Erfüllungsrecht auch gewissermaßen nützlich, weil man beispielsweise in der Regel der Meinung sein kann, dass der Schuldner nicht für einen Leistungsverzug einzustehen hat, der in der Zeit nach der Leistung des Schuldners und vor

---

[1054] BGHZ 40, 272 (277). Für eine ähnliche Ansicht in der Rechtsprechung siehe auch BGHZ 58, 184 (188); BGH NJW 2005, 60; BGH NJW 2005, 1356; BGH WM 2007, 731. Für gleiche Literaturansichten siehe Staudinger/*Lorenz*, 2007, § 812, Rn. 4; *Brox*/*Walker*, Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl., München 2010, § 37, Rn. 6; *Wieling*, Bereicherungsrecht, 4. Aufl., Berlin [u.a], 2007, S. 13; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., München 2015, § 52, Rn. 1022. *Kötter* war hinsichtlich dieser Darstellung wohl der Vorreiter. Vgl. *Kötter*, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP (153) 1954, 193, 195 ff.

[1055] MüKoBGB/*Schwab*, 2013, § 812, Rn. 41; *Thomale*, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012, S. 171.

[1056] Siehe wie *Stolte*, Der Leistungsbegriff: Ein Gespenst des Bereicherungsrechts?, JZ 1990, 220, 222.

[1057] *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 2008, § 23, Rn. 267; *Muscheler*/*Bloch*, Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, 729. *Thomale* definierte in seinem Versuch, die Leistung im Bereicherungsrecht und die Erfüllungsleistung zu vereinheitlichen, die Leistung letztlich als einen Akt der Zweckbestimmung oder Tilgungsbestimmung, während er das Stadium, in dem die Übertragung des Leistungsgegenstandes erfolgt (z.B. die Übertragung des Eigentums an der verkauften Sache), unter den Begriff der sogenannten „*Bewirkung*“ subsumierte. Vgl. *Thomale*, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012, S. 168-171, 212 f, 367.

Eintritt der Erfüllungsfolgen eingetreten ist.[1058]

Aber das „Erfüllungsergebnis" wird *per definitionem* zwangsläufig durch die „Erfüllungshandlung" („*unmittelbare Kausalität*" im Bereicherungsrecht) herbeigeführt. Es ist nicht nur wenig überzeugend, sondern auch im begriffsjuristischen Sinne aufwendig, einen wirtschaftlich einheitlichen Erfüllungsvorgang allein aufgrund des Gesetztextes in Teile zu spalten. Die zentrale Kontroverse über die Existenzberechtigung des Tatbestandmerkmals „Vermehrung fremden Vermögens" müsste sich vielmehr zu folgender Frage verdichten: Kann mit dem Begriff der „Leistung" nur eine Tätigkeit gemeint sein, die objektiv zu einer (betragsmäßigen) Erhöhung des Vermögensstandes eines anderen führt?

Von den Versuchen der neuen Definition des Leistungsbegriffs in der Literatur aus – etwa, die Leistung stelle „*die zweckgerichtete Hingabe von Vermögensvorteilen*"[1059] dar, oder die Leistung biete „*die Zuwendung eines wirklichen oder vermeintlichen Vorteils, der typischerweise einen Vermögenswert habe*"[1060] – scheint eine Bejahung der vorstehenden Frage naheliegend zu sein. Richtigerweise muss jedoch gesagt werden, dass eine „Leistung" auch etwas liefern kann, das keinen (geldwerten) Vermögenswert hat.[1061] In modernen Zivilrechtsordnungen ist es im Allgemeinen zulässig, eine Vergütung für eine Leistung zu berechnen, die nur einen subjektiven Wert für den Leistungsempfänger hat, sofern sie sich innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit bewegt. Denn im deutschen Recht ist die objektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung nicht mehr der Vertragsbestandteil wie im angelsächsischen Recht („*consideration*"), sondern kann grundsätzlich von den Parteien gewissermaßen willkürlich gestaltet werden und dürfte nur ausnahmsweise einer Kontrolle (z.B. gemäß § 138 Abs. 1 BGB) unterliegen.[1062] Im deutschen Recht reicht ein bloßes „Leistungsmissverhältnis" selbst dann nicht aus, um die Wirksamkeit eines Vertrags aufzuheben, wie es bei Schenkung und Freundschaftsverkäufen der Fall ist.[1063]

Eine „Leistung" setzt also nicht voraus, dass ein objektiver Vermögenszuwachs beim Leistungsempfänger vorliegt. Eine kategorische Verneinung des „Leistungscharakters" einer Tätigkeit auf der Grundlage der Frage, ob sie einen „objektiven Vorteil" für die Gegenpartei des AGB-Verwenders mit sich bringt oder nicht, bildet kein sich streng an den normativen Leistungsbegriff haltendes Urteil.

(b) Reichweite des Erfahrungssatzes

Die Ablehnung, dass eine Bearbeitungsgebühr einer selbständigen Gegenleistung

---

[1058] *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010, § 38, Rn. 465.
[1059] MüKoBGB/*Schwab*, 2013, § 812, Rn. 41.
[1060] Vgl. *Krepold*/*Herrle*, BKR 2018, 89, 90.
[1061] Vgl. auch *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, Berlin 2008, S. 333 f.
[1062] Die Befreiung der Äquivalenz vom Synallagma wird nicht nur der Anforderung der Privatautonomie, sondern auch dem Gebot der Rechtssicherheit gerecht. Nähere Ausführungen vgl. *Klinke*, Causa und genetische Synallagma, Berlin 1983, S. 157 f.
[1063] Vgl. *Koziol*, AcP (188) 1988, 183, 193 ff.

entspricht, mit der Begründung, dass die Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, keinen „objektiven Vorteil“ für die Gegenpartei des Verwenders der Bearbeitungsgebühr-Klausel mit sich bringt, kann sich eher auf eine erfahrungsgemäße *Faustregel* stützen. Als Faustregel gilt, dass der Darlehensgeber bei Erhebung der Bearbeitungsgebühr tatsächlich keine nennenswerte Tätigkeit für den Darlehensnehmer ausübt. Dieses empirische Urteil könnte insbesondere im Zusammenhang mit Massengeschäften wie Verbraucherkrediten sachdienlich sein. Damit beschränkt sich der eigentliche Streitfall auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr, wo der genannte Erfahrungssatz eher sachwidrig wäre. Wenn die Begriffsbestimmung in den vom BGH aufgestellten Kontrollmaßstäben, ob die Entgelterhebung einer „selbstständigen Leistung“ entspricht, lediglich von empirischer Natur ist, sind diese Maßstäbe aber schon rechtsunsicher und ihre Vertretbarkeit[1064] hätte somit von vorherein in Frage gestellt werden müssen.

(2) „Gesetzliches Leitbild“

In der Judikatur ist es allerdings nach wie vor üblich, dass die Gerichte im Zusammenhang mit der Bearbeitungsgebühr die Diskussion kaum auf eine empirische Feststellung der Tatsachen erstrecken, sondern immer unabhängig von den fallbezogenen Umständen feststellen, dass die Bearbeitungsgebühr-Klausel vom „gesetzlichen Leitbild“ des § 488 BGB abweicht oder dieses „ergänzt“[1065]. Das daraus entstandene „gesetzliche Leitbild“, wonach grundsätzlich nur die Möglichkeit besteht, den Darlehensgeber mit laufzeitabhängigen Zinsen zu vergüten, gilt schon an sich als fragwürdig.

Zuerst ist es höchst fraglich, ob die gesetzliche Festlegung des Entgeltmodells des Darlehensgeschäfts durch den Gesetzgeber aus § 488 BGB hervorgeht.[1066] Zwar ist es richtig, dass die geschäftsmäßige Üblichkeit einer Bearbeitungsgebühr-Klausel in der Praxis und die Erwähnung einer Bearbeitungsgebühr-Klausel im Gesetztext nicht automatisch als Anerkennung der Wirksamkeit einer solchen Klausel angesehen werden sollte, wie es die Rechtsprechung und die Lehre nahelegen.[1067] Unergründet bleibt jedoch, ob sich die grundsätzliche Absicht des Gesetzgebers, dass ein Darlehensgeschäft grundsätzlich nur auf eine laufzeitabhängige Weise einheitlich vergütet werden darf, in den § 488 Abs. 1 BGB hineininterpretiert werden kann.

Würde man auf den „*Gerechtigkeitsgehalt*“[1068] des § 488 BGB als „gesetzliches

---

[1064] Für eine ausführliche kritische Würdigung mit weiteren Nachweisen siehe auch *Vollmer*, Bearbeitungsentgelte im Darlehensrecht, Berlin 2020, S. 61 ff.

[1065] Vgl. OLG Karlsruhe ZIP 2011, 951 (953); *Schmieder*, Formulärmäßig erhobene Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen, WM 2012, 2360, 2361. Hier wird die „Ergänzung“ zwar nicht ausdrücklich genannt, aber man gelangt im Wesentlichen zu demselben Ergebnis: OLG Dresden, WM 2011, 2320 (2321).

[1066] Vgl. auch *Pfeiffer*, Entwicklung und akutelle Fragestellungen des AGB-Recht, NJW 2017, 914, 917.

[1067] Vgl. *Tiffe*, VuR 2012, 127, 130; *Schmieder*, WM 2012, 2360, 2362; *Weber*, Inhaltskontrolle von Bearbeitungsentgelten im Kreditgeschäft – von der Dogmatik zur Interessenlage und zurück, BKR 2013, 450, 451 f.

[1068] Hier wird das dispositve Recht, das zugleich der „*Zweckmäßigkeit*“ und dem „*Gerechtigkeitsgehalt*“ dient, als

Leitbild“ eingehen, könnte man meines Erachtens eher zu *einem geschäftsfreundlichen Ergebnis* kommen. Wie bereits erwähnt (B. II. 1. (2) C.), legt § 488 BGB den „synallagmatischen“ Charakter der Zinsschuld im Darlehensgeschäft fest. Dieses „Synallagma“ gilt nach geltendem Recht für alle Arten von Darlehensgeschäften, einschließlich für Verbraucherdarlehensverträge. Anhand dieses gesetzlichen Verständnisses des „Synallagmas“ lässt das Darlehensrecht vielmehr die „*Zinsfiktion*“ und eine Vielzahl von mit dieser Fiktion zusammenhängenden Tilgungsmodalitäten des Darlehensgeschäfts grundsätzlich zu. Demnach wäre es sogar auch zulässig, dass schon vor dem tatsächlichen Eingang des Kapitalbetrags bei dem Darlehensnehmer die vertraglichen Zinsen zu zahlen sind. Daraus folgt, dass das Darlehensrecht auf die *Nivellierung der „Zinsvernunft“* verschiedener Bevölkerungsgruppen gestützt ist. Angesichts dessen geht das Darlehensrecht seinerseits bereits ein wenig über eine Art menschlicher inhärenter empirischen Intuitionen hinaus und erweitert die „Vertragsfreiheit“ entsprechend den Bedürfnissen eines beschleunigten kaufmännischen Geschäftsverkehrs („*Neoliberalismus*“[1069] im § 488 BGB). Gleichzeitig wird auch die kaum überzeugende Ansicht vertreten, dass § 488 BGB einen restriktiven, paternalistischen Stil des Entgeltmodells enthalte. Vielmehr kann man sagen, dass § 488 BGB schon seinem innerlichen Gedanken nach durchaus offen für die Möglichkeit der Vereinbarung einer „Bearbeitungsgebühr“ ist, da § 488 BGB seinem eigenen Antrieb zur Ausweitung der „Vertragsfreiheit“ im Darlehensgeschäft andernfalls zuwiderlaufen würde.

Hält man demnach die in § 488 BGB implizierte Vorstellung zur Ausweitung der „Vertragsfreiheit“ für verständlich, so hätte man zu dem Schluss kommen können, dass sich die empirische Einschätzung, dass eine Bearbeitungsgebühr im Verbraucherdarlehensgeschäft in der Regel keiner echten Gegenleistung gegenübersteht, darauf zu beschränken scheint, dass die Tätigkeit zum Vertragsschluss, die durch die Bearbeitungsgebühr abgegolten werden soll, nur eine „Hilfstätigkeit“ zum Vertragsschluss sein kann. Soweit dies zutrifft, würde die „*neoliberale*“ Wertetendenz des § 488 BGB dafür sprechen, dass der Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, eine rechtliche Selbständigkeit beigemessen werden sollte.

Die deutsche Rechtsprechung hatte zuvor eine offene Haltung gegenüber dem Bankentgelt in Form von Bearbeitungsgebühren und erst nach der weltweiten Finanzkrise 2007/2008 wurde die Rechtmäßigkeit von Bankentgeltklauseln plötzlich von der Wissenschaft (z.B. in dem berühmten Aufsatz von *Nobbe*[1070]) in Frage gestellt.[1071] Letzteres

---

geeigenter Prüfmaßstab angesehen: *Niebling*, WM 1992, 845, 846. Dagegen wurde auch vertreten, dass eine Unterscheidung zwischen „Zweckmäßigkeit“ und „Gerechtigkeitsgehalt“ nicht nötig sei, da ein dispositives Recht, das sich den wesentlichen Schutzbedürfnissen der Vertragspartei des Klauselverwenders widmet, schon als geeigneter Maßstab für die Inhaltskontrolle dienen kann. Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 307, Rn. 30.

[1069] „*Der Grundvertrag aller Geldgeschäfte, das Darlehen, wird in einer Rechtsform gewährt, die die Natur des Darlehens in § 488 BGB auf die Gewinnerzielung reduziert. Seine zeitlichen und kooperativen Funktionen werden als rechtlich unwichtig in die Motive und Geschäftsgrundlagen verwiesen*.“ Vgl. *Reifner*, Das Geld Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017, S. 84 f.

[1070] Vgl. *Nobbe*, WM 2008, 185 ff.

[1071] Vgl. *Feldhusen*, WM 2015, 1397.

könnte vielleicht sogar eher eine von der ursprünglichen Absicht des Gesetzes losgelöste Stressreaktion[1072] darstellen. Hierbei besteht zwar wenig Anlass für etwaige Zweifel, denn es lassen sich immer gute Gründe finden, den Darlehensnehmern bei Verbraucherkrediten zusätzlichen Schutz zu gewähren. Außerdem lassen sich die Nachteile einer Bearbeitungsgebühr-Klausel auch nicht durch eine bloße Offenlegung des effektiven Zinssatzes weitgehend beheben (die Preisangabenverordnung bzw. die §§ 491a ff BGB haben insoweit keinen „*Normzweckvorbehalt*“[1073]), da eine solche Klausel auch unabhängig von der Frage, ob sie einer selbstständigen Leistung entspricht, eine Reihe von Benachteiligungsfaktoren hat, die eindeutig über das Problem der bloßen Zinstransparenz hinausgehen, wie die Finanzierung und Valutierung der Bearbeitungsgebühr selbst[1074], nachteilige Folgen bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrags[1075], unangemessene Berechnungsmethoden der Bearbeitungsgebühr auf der Grundlage eines Prozentsatzes des Nettokapitalvolumens[1076] usw. Es lohnt sich allerdings, über den rechtstechnischen Weg der Rechtsbehelfe näher nachzudenken, den die deutsche Rechtsprechung eingeschlagen hat.

Mit der Einfügung des genannten „*gesetzlichen Leitbilds*“ in § 488 BGB hätte die deutsche Rechtsprechung möglicherweise versuchen können, die Entfaltung des „Neoliberalismus“ dieser Vorschrift in Bezug auf die Vereinbarung einer Darlehensvergütung zu beschränken. Selbst im geltenden deutschen Recht findet dieses neu eingeführte „gesetzliche Leitbild“, nach welchem Vergütungszahlungen an Darlehensgeber durch Darlehensnehmer grundsätzlich nur als Leistung der laufzeitabhängigen Zinsen gestaltet werden können, aber keine solide Grundlage im Gesetztext; im Gegenteil, der Gedanke des „Neoliberalismus“ tritt deutlich durch die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes hervor. Bei der Erstreckung der Rechtsprechung zur Bearbeitungsgebühr-Klausel auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr durch das Gericht handelt es sich also nicht um eine Rechtsauslegung, sondern um eine nicht gänzlich erfolgreiche, sondern vielmehr unglückliche Rechtssetzung.

Im Übrigen hat diese Setzung eines „gesetzlichen Leitbilds“ einen äußerst rigiden AGB-rechtlichen Kontrollmaßstab mit geschaffen, der für Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen gilt und zu einer Überreaktion auf die gesamte Bankpraxis der Entgeltklauseln geführt hat. Die Justiz hätte sorgfältiger und engagierter ein feineres „gesetzliches Leitbild“ oder einen „wesentlichen Grundgedanken“ konstruieren können, der spezifisch auf dem Gedanken des Verbraucherschutzes basiert und anschließend den unternehmerischen

---

[1072] Eine im Ergebnis ähnliche Beobachtung ohne historischen Kontext ist, dass das durch den BGH aufgestellte Verbot der gesonderten Erhebung eines Entgelts für Tätigkeiten im eigenen Interesse nur „eine Reaktion auf die von AGB ausgelöste Schutzbedürftigkeit“ darstellt. Siehe *Vollmer*, Bearbeitungsentgelte im Darlehensrecht, Berlin 2020, S. 70.

[1073] Gegenmeinung, vgl. *Weber*, BKR 2013, 450, 456; *Stoffels*, AGB-Recht, 4. Aufl., München 2021, Rn. 452.

[1074] Vgl. *Schmieder*, WM 2012, 2360, 2361.

[1075] Vgl. *Tiffe*, VuR 2012, 127, 129 f; *Strube*/*Fandel*, BKR 2014, 133, 139.

[1076] Vgl. *Tiffe*, VuR 2012, 127, 129; *Strube*/*Fandel*, BKR 2014, 133, 138 f.

Geschäftsverkehr flexibel und in einer differenzierten Weise behandeln können, ohne dass es auf allgemeine positivistische Regeln des bestehenden Darlehensrechts ankommt.

(3) Übertragbarkeit des BGH-Urteils vom 13. Mai 2014 auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr?

Nach dem BGH-Urteil vom 13. Mai 2014 zur Wirksamkeit der Bearbeitungsgebühr-Klausel bei Verbraucherkrediten hat die Wissenschaft schnell Bedenken geäußert, ob dieses Urteil auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr übertragbar sein soll. Viele Stimmen sprachen sich dagegen aus.[1077] Im Ergebnis lehnte der BGH diese Literaturansichten jedoch ab und entschied sich für eine Übertragung, die aber nachträglich gleichwohl mit starker Kritik konfrontiert wurde.[1078]

Wie bereits erwähnt, stellt die Feststellung, ob eine Bearbeitungsgebühr einer echten Leistung gegenübersteht, im Wesentlichen eine sich nicht streng am normativen Leistungsbegriff orientierende, empirische Tatsachenentscheidung dar. Solange die Leistung, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, den Charakter einer Hilfstätigkeit zur Vertragserfüllung hat, hätte nach dem neuliberalen Gedanken des § 488 BGB eine so großzügige Auslegung erfolgen müssen, dass die Klausel der Bearbeitungsgebühr zulässig sein sollte. Wie viele ausdrücken, könne ein prinzipielles Verbot von Bearbeitungsgebühr-Klauseln, die seit Jahrzehnten im unternehmerischen Geschäftsverkehr üblich sind, negative Folgen für den Wettbewerb auf sowohl wirtschaftlicher als auch rechtlicher Ebene haben.[1079] Als jedoch der BGH in seinem Urteil vom 13. Mai 2014 das „gesetzliche Leitbild" des § 488 BGB (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) klarstellte, wonach die Leistung des Darlehensgeber grundsätzlich nur durch laufzeitabhängige Zinsen vergütet werden kann, änderte sich die Rechtslage. Die Inhaltskontrolle von Bearbeitungsgebühr-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr unterliegt auch dem bestehenden Prüfungsrahmen des AGB-Rechts, der aber Probleme birgt. Daher ist eine Darstellung der möglichen juristischen und gesetzgeberischen Lösungen notwendig.

a. Das Versagen der „Elastizität": „Dispositives Recht" als einheitlicher und einziger Prüfungsmaßstab

Bei der Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr gilt die Regel, dass der zweite Halbsatz des § 310 Abs. 1 BGB („*auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen*") in der Praxis von nur begrenzter Bedeutung ist. Der Begriff „*Gebräuche*" ist nahezu gleichgesetzt worden mit den *Handelsbräuchen* in § 346 HGB, die in der Regel aufgrund des Mangels an der „*subjektiven*

[1077] Vgl. *Herweg*/*Fürtjes*, Bearbeitungsentgeltklauseln von Banken gegenüber Unternehmern, ZIP 2015, 1261 ff; *Hanke*/*Adler*, WM 2013, 1313ff; *Casper*/*Möllers*, WM 2015, 1689 ff; *Bevern*/*Schmitt*, Bearbeitungsentgelte bei gewerblichen Darlehensverträgen – ist die BGH-Rechtsprechung zu Verbraucherdarlehen übertragbar, BKR 2015, 323 ff.

[1078] Vgl. *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 84.

[1079] Vgl. *Bevern*/*Schmitt*, BKR 2015, 323, 330.

Überzeugung“ (d.h. der Handelsbrauch wird bei fehlender Vereinbarung automatisch zum Inhalt der Vereinbarung der Parteien) öfters schwerlich feststellbar sind.[1080] Daher kommt es für die Inhaltskontrolle von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr in der Regel auf § 307 BGB (insbesondere § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) an.[1081]

Obwohl das deutsche AGB-Recht bereits von seiner Entstehung an stark vom Verbraucherrecht und dem Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt wurde, zielte es auf den Schutz der *relativen Vertragsfreiheit im allgemeinen Sinne* statt auf den Schutz eines *rollenspezifisch „Schwächeren“ ab*.[1082] Dementsprechend wurde der Kontrollmaßstab der Inhaltskontrolle von vornherein allgemein anhand *der Gerechtigkeit des dispositiven Rechts* und der Gebote von Treu und Glauben des § 242 BGB festgelegt, der sich auf die Beseitigung einseitiger „*Fremdbestimmung*“ richtet.[1083] Dabei hat die Entwicklung des deutschen AGB-Rechts somit nicht den Anschein erweckt, dass die Verbraucherschutzbestimmungen ohne Weiteres „im Gleichschritt“ auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgedehnt werden können.[1084] Demnach ist der „wesentliche Grundgedanke des dispositiven Rechts“ in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB von Anfang an als ein eher starrer Kontrollmaßstab angelegt, da er selbst *eine überindividuell-generalisierende abstrakte Denkweise* voraussetzt.[1085] In dieser Denkweise fehlt der kategorischen Gruppierung von Parteien bei AGB-Geschäften ein Anhaltspunkt[1086] und zudem ist diese Kategorisierung voller Gefahren.[1087] Die Besonderheit von unternehmerischen oder kaufmännischen Geschäften wird nur dann herangezogen, wenn sie allgemein und typisch für die Art des Vertrags und für die Zugehörigkeit der an AGB beteiligten Parteien in bestimmten Gruppen sind.[1088] Im Falle des unternehmerischen Geschäftsverkehrs verhindert jedoch die Komplexität der Transaktionslandschaft eine solche Verallgemeinerung. Dies hat zur Folge, dass § 307 BGB fast immer gleichermaßen auf B2B- und B2C-Geschäfte Anwendung findet.[1089]

Damit fällt die im zweiten Halbsatz des § 310 Abs. 1 BGB beabsichtigte „*Elastizität*“ deutlich weg und wird dann durch den eklatanten Vorschlag zur „*Kapitulation*“ vor § 307 BGB ersetzt.[1090]

Auch aus rechtsvergleichender Sicht stellt die Rigidität und Starrheit der deutschen

---

[1080] Vgl. *Müller*/*Griebeler*/*Pfeil*, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, 2655, 2658.
[1081] *Von Westphalen*, Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmenverkehr, NJW 2009, 2977, 2978 ff.
[1082] Vgl. *Dauner-Lieb*/*Axer*, ZIP 2010, 309, 310; *Hommelhoff*/*Widenmann*, ZIP 1993, 562, 565.
[1083] Vgl. *Von Westphalen*, BB 2011, 195, 200.
[1084] Vgl. *Von Westphalen*, BB 2011, 195, 199.
[1085] Vgl. auch *Hommelhoff*/*Widenmann*, ZIP 1993, 562, 568.
[1086] Vgl. *Von Westphalen*, NJW 2009, 2977, 2980.
[1087] Vgl. *Koch*, WM 2016, 717, 723.
[1088] *Von Westphalen*, Trennlinie zwischen AGB-Klauseln im Verbraucherrecht und im unternehmerischen Bereich, BB 2017, 2051, 2055.
[1089] Vgl. *Müller*/*Schilling*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, BB 2012, 2319, 2320; *Dauner-Lieb*/*Axer*, ZIP 2010, 309, 310 f.
[1090] Vgl. *Von Westphalen*, BB 2017, 2051, 2057.

AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine markante Ausnahme[1091] dar, da eine Vielzahl anderer Rechtsordnungen entweder keinen (UK, Schweiz, USA, Japan) oder nur einen restriktiven (Brasilien, Spanien) bzw. flexiblen (Österreich) allgemeinen inhaltlichen Kontrollrahmen für AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr kennen.[1092] Auch die Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2 der EG-Klausel-Richtlinie legten individuelle, spezifische Inhaltskontrollmaßstäbe für „missbräuchliche Klauseln" anstelle des „überindividuell-generalisierten" Maßstabs des deutschen Rechts fest.[1093] In der Literatur bestand sogar die Sorge, die Starrheit des deutschen AGB-Rechts könne zur Gefahr einer „*Flucht aus dem deutschen Recht*" führen[1094], wobei allerdings auch die Gegenansicht vertreten wurde, die empirische Gültigkeit eines solchen Gefahrbefundes sei eher bedenklich.[1095]

b. Die Reaktion der Rechtsprechung

Wie bereits ausgeführt, kann die Verweigerung einer selbstständigen Gegenleistung für eine Bearbeitungsgebühr mit der Begründung, dass die Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, keinen „objektiven Vorteil" für die Gegenpartei des Klauselverwenders mit sich bringe, hauptsächlich auf einer empirischen Faustregel basieren. Dieser Faustregel nach hätte man eine flexiblere allgemeine Bestimmung der Art der Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ermöglicht. Allerdings hat der BGH diesen Erfahrungssatz bei der Inhaltskontrolle von Bearbeitungsgebühr-Klauseln nicht angewandt, sondern stattdessen ein „gesetzliches Leitbild" mit äußerst allgemeiner Wirkung in die dispositive Vorschrift des § 488 BGB eingeführt. Zwar wurde vertreten, dass das gesetzliche *Leitbild* im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB – *aus einer konkreteren Sicht im Sinne der materiellen Vertragsfreiheit* – entsprechend *dem hypothetischen Parteiwillen der beteiligten Verkehrskreise* zu betrachten ist.[1096] Wie oben erwähnt, wird aber eine Auffassung verbreitet, die eher dem Grundkonzept des geltenden deutschen AGB-Rechts treu bleibt, wonach das Leitbild in einer überindividuell-verallgemeinernden Denkweise betrachtet werden sollte. Diese Denkweise wurde eine zeitlang ständig in der Rechtsprechung im Hinblick auf die Bearbeitungsgebühr-Klausel verfolgt. Pragmatisch gesagt wäre es daher äußerst schwierig, weiterhin Änderungen in der derzeitigen Rechtsprechung anzustreben.

[1091] Wie behauptet wird, „*eine in ihrer Strenge und Inflexibilität dem deutschen Recht vergleichbare Rechtsordnung gibt es jedoch – soweit ersichtlich – nirgends.*" Vgl. *Müller*/*Schilling*, BB 2012, 2319. Dies wird auch durch Stoffels bestätigt, siehe Staudinger/*Stoffels*, 2020, § 305, Rn. 18.

[1092] Vgl. *Müller*/*Schilling*, BB 2012, 2319, 2320 ff.

[1093] Vgl. *Hommelhoff*/*Widenmann*, ZIP 1993, 562, 569.

[1094] Vgl. *Reimer*, NJW 2017, 1, 4; *Pfeiffer*, NJW 2017, 913, 918; *Bevern*/*Schmitt*, BKR 2015, 323, 330.

[1095] Wie beispielsweise: „*Auch die öfter behauptete Flucht ins Schweizer Recht begründet keine andere Sicht der Dinge. Es ist schon sehr zweifelhaft, ob es diese überhaupt in nennenswertem Umfang gibt. Valides statistisches Material hierzu gibt es nicht*." Vgl. *Schäfer*, Anerkannt, gut und bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte", BB 2012, 1231, 1232.

[1096] Vgl. *Dauner-Lieb*/*Axer*, ZIP 2010, 309, 313 f.

c. Die gesetzgeberischen Reformvorschläge

Ein besserer möglicher Ausweg zur Auflösung der Rigidität des AGB-Rechts in der Zukunft könnte nur auf einer umfassenden gesetzgeberischen Reform basieren. Der Grundgedanke der Reform sollte insbesondere darin bestehen, Abschied von der überindividuell-generalisierenden abstrakten Denkweise bei der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu nehmen.

In den letzten Jahren ist die Reform des AGB-Rechts im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs zu einem der wichtigsten Themen in der Literatur geworden. Technisch gesehen entfaltet sich diese Diskussion in dreierlei Hinsicht:

1. Die Identifizierung von Individualverträgen im Gegensatz zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (die Lockerung des Maßstabs „*Aushandeln*“ im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB etwa durch die Ersetzung mittels einer „*angemessenen Verhandlung*“[1097]; die weitere Konkretisierung des „Aushandelns“ etwa durch einen *Klauselkatalog*[1098]);

2. Die Bestimmungskriterien für die Kontrollfähigkeit nach §§ 307 ff BGB (z.B. die Höhe des Vertragsvolumens als Prüfmaßstab für die Kontrollfähigkeit [1099]; die „selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung“ als Ausschlusskriterium zur Inhaltskontrolle[1100]; je mehr die fragliche AGB von gesetzlichen Vertragstypen abweicht, desto stärker stellt man auf die „relationalen Erwartungen“ der Parteien und die damit verbundene „Branchenpraxis“ als Prüfungsmaßstab ab [1101]; die so genannte „*Abwärtsschranke*“, d.h. die Notwendigkeit einer Inhaltskontrolle, richtet sich nach Größe und Volumen der Partei des Klauselverwenders im Vergleich zur der Größe und dem Volumen der Gegenpartei[1102] und

3. Konkrete Kriterien für die Inhaltskontrolle (z.B. Einfügung des Erfordernisses der „Bedürfnisse des Handelsverkehrs“ [1103], der „guten Unternehmenspraxis“ [1104] oder der „vernünftigen Handelsgewohnheiten“[1105]).

Aufgrund der Begrenztheit des Themas dieser Arbeit wird der Autor hier keine eigene generelle Stellungnahme zu einem zukünftigen Konzept der AGB-Rechtsreform darstellen. Im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle wäre jedoch dem Vorschlag zur Einführung

---

[1097] Vgl. *Berger*, Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, 465, 468.

[1098] Vgl. *Müller*/*Griebeler*/*Pfeil*, BB 2009, 2655, 2661.

[1099] Vgl. *Leuschner*, Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle, AcP 207 (2007), 490, 515 ff; *ders*, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, JZ 2010, 875 ff; *ders*, Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, ZIP 2015, 1045 ff.

[1100] Vgl. *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 71.

[1101] Vgl. *Renner*, Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 BGB, AcP 213 (2013), 677, 710 f.

[1102] Vgl. *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 95 f.

[1103] Vgl. *Müller*/*Griebeler*/*Pfeil*, BB 2009, 2655, 2658 f.

[1104] Vgl. *Kondring*, Die „Gute unternehmerische Praxis“ in einem möglichen künftigen AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr, BB 2013, 73 ff.

[1105] Siehe die Empfehlung des Zivilrechtsausschlusses des Deutschen Anwaltsvereins in AnwBl 2012, 402. Zitiert nach *Kondring*, BB 2013, 73.

des neuen Prüfmaßstabs der „guten Unternehmenspraxis“ in einem bestimmten Bereich[1106] des Geschäftsverkehrs, um eine individuell-konkrete Inhaltskontrolle[1107] der AGB in diesem Bereich zu ermöglichen, zu folgen. Vorweg tendierte § 488 BGB bereits dazu, das Leistungsverhältnis in Darlehensverträgen großzügiger zu gestalten. Diese Liberalisierung hat zwar ihre Nachteile, aber die dazu vorgestellten gerichtlichen Rechtsbehelfe sind überreaktiv und fügen letztendlich ein starres, abstraktes „gesetzliches Leitbild“ in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle ein, das in den Händen der Richter nur schwer zu begrenzen ist. Der allgemeine, abstrakte Prüfungsrahmen, der der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zugrunde liegt, verstärkt sogar den starren Charakter dieses „gesetzlichen Leitbildes“ und seine destruktiven Auswirkungen auf die Marktpraxis weiter. Der unternehmerische Geschäftsverkehr ist ein wettbewerbsorientierter, innovativer und oft komplexer Bereich der Marktordnung. Und die allgemeinen, starren gesetzlichen Leitbilder des dispositiven Rechts, die wegen ihrer Regelungslogik eine paternalistische Form aufweisen („*Prokrustesbett*“[1108]), sind kein geeignetes Instrument für die Inhaltskontrolle, so dass der Richter zurückhaltend sein sollte, wenn er ein gesetzliches Leitbild für bestehende oder neuartige Formen von Transaktionen zu setzen versucht.[1109] In aller Regel wäre es besser, die Fähigkeiten eines Richters, zur Findung und Identifizierung positiver Kräfte, für eine nachhaltige Marktentwicklung einzusetzen.

d. Rechtsvergleichende Sichtweise: Die Würdigung des festlandchinesischen Rechts

Bei der rechtlichen Beurteilung der Bearbeitungsgebühr-Klausel hat Festlandchina einen eigenständigen Weg beschritten, bei dem jedoch eine Perspektive der differenzierten Behandlung beibehalten wird, die ein Gegenstück zur deutschen Rechtsprechung bildet.

(a) Die „Dualität“ des Regulierungssystems der Darlehenszinssätze

Das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China (VCZGB) enthält allgemeine Bestimmungen über Darlehensverträge (§§ 667-680). Das chinesische Festland hat aber, wie schon ausgeführt[1110], seit langem eine besondere Sichtweise in Bezug auf die Regulierung von Zinsen durchgesetzt. Es gelten ausdrücklich unterschiedliche Rechtsvorschriften für „*kreditinstitutionelle Kredite*“ und „*private Kredite*“. Auf regulatorischer Ebene gelten die

[1106] Obwohl es nach wie vor eher konservative und vorsichtige Ansichten zur Reform der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle gibt, weist z.B. *Schäfer* darauf hin, dass jede Aufweichung der Kontrolle immer nur wenigen durchsetzungsstarken (Groß-)Unternehmen zugutekomme, wodurch die Vertragsfreiheit der Mehrheit auf dem Markt ausgehebelt werde und die Dominanz weniger Großunternehmen weiterhin gefestigt werde, auf Kosten der Millionen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Um den genannten Missstand zu beseitigen, solle das AGB-Recht als ein „Ersatzkartellrecht“ wirken. Hierzu wies *Schäfer* aber weiter darauf hin, dass es dort noch Spielraum für eine Reform des AGB-Rechts gebe, wo keine Gefahr der Ausnutzung durch marktbeherrschende Akteuere bestehe und die Funktion des „Ersatzkartellrechts“ nicht gefährdet sei. Vgl. *Schäfer*, BB 2012, 1231, 1233 f.

[1107] Vgl. *Kondring*, BB 2013, 73; *Herresthal*, Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020, S. 79 ff.

[1108] *Reimer*, NJW 2017, 1, 4.

[1109] Vgl. *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 710.

[1110] Siehe oben E. IV. 2. (3) b.

Zinsvorschriften der Zentralbank für erstere, während die gerichtliche Erläuterung des Obersten Volksgerichts für letztere gilt, so dass dadurch ein „*duales*“ System für die Zinskontrolle besteht.[1111] Obwohl die chinesische Zentralbank seit Oktober 2004 keine verbindliche Obergrenze für Zinssätze der Kredite durch Finanzinstitute (mit Ausnahme von städtischen und ländlichen Kreditgenossenschaften) mehr festgelegt hatte, hob die chinesische Zentralbank im Juli 2013 die variable Untergrenze für Zinssätze der Kredite durch Finanzinstitute auf, wodurch es im Bereich der kreditinstitutionellen Kredite plötzlich keine klaren Rechtsregeln für Zinsobergrenzen mehr gab.[1112] In anderen Bereichen der Zinsregulierung, sowohl in der Rechtsprechung als auch auf normativer Ebene, wurde das „dualistische“ System jedoch weitgehend beibehalten, was sich auch in der Beurteilung der Bearbeitungsgebühr-Klausel widerspiegelt.

(b) Die begriffliche Selbstständigkeit der laufzeitunabhängigen Einmalkosten

Was die derzeitige normative Grundlage betrifft, so erkennt das geltende festlandchinesische Recht die begriffliche Selbstständigkeit von Bearbeitungsgebühren an.

Für die privaten Kredite heißt es in der BPKVG 2018 und in der AVG 2019, dass „*die Einhaltung der rechtlichen roten Linie des Zinssatzes streng geprüft werden soll*“ und dass „*die Geltendmachung von Darlehensvergütungen, die mit Bezeichnungen wie ‚Zinsen‘, ‚Vertragsstrafe‘, ‚Dienstleistungsgebühr‘, ‚Vermittlungsgebühr‘, ‚Sicherungsgeld‘, ‚Verlängerungsgebühr‘ usw. die rechtliche rote Linie des Zinssatzes überschreiten oder seine Überschreitung verschleiern, kraft Gesetz nicht gestattet werden sollen*.“ Diese Bestimmung impliziert aber gleichsam, dass es (in extremen Ausnahmefällen) auch Einmalkosten geben kann, die nicht der rechtlichen Zinsobergrenze („rechtliche rote Linie der Zinssätze“) widersprechen.

Im Falle von kreditinstitutionellen Krediten hat der Oberste Volksgerichtshof in seinem TZHVG 2019 vom 14. November 2019 klargestellt, dass „*bei Streitigkeiten über kreditinstitutionelle Kredite, wenn der Darlehensnehmer der Ansicht ist, dass das Finanzinstitut unter dem Deckmantel von Dienstleistungs-, Nachfrage-, Beratungs- oder Verwaltungsgebühren Zinsen erhebt und dass diese vom Finanzinstitut oder seinem Beauftragten erhobenen Gebühren unangemessen sind, das Volksgericht unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umständen der Erbringung der Dienstleistung nach eigenem Ermessen zu entscheiden hat, ob der Darlehensnehmer diese Gebühren zu zahlen oder nur in reduziertem Umfang zu zahlen hat*“. Der Ton hier ist viel gemäßigter als bei der privaten Kreditvergabe und der Oberste Volksgerichtshof erkennt eindeutig die begriffliche Selbstständigkeit der Einmalkosten im Darlehensgeschäft an.

Bei der Abgrenzung von Zinsen und Einmalkosten wird außerdem die Möglichkeit, bei

---

[1111] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (172).

[1112] Vgl. *LIU Yong*, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen), in: The Jurist 2021/1, S. 171 (174).

vorzeitiger Beendigung des Darlehensverhältnisses eine Rückzahlung zu verlangen, zu einem entscheidenden Beurteilungskriterium. In der Praxis wurde beispielsweise eine solche Bearbeitungsgebührenvereinbarung im Darlehensvertrag vom Obersten Volksgerichtshof als Vereinbarung über Einmalkosten identifiziert, wonach „*nach Wirksamwerden dieses Vertrags die Bearbeitungsgebühr unter keinen Umständen zurückerstattet werden soll*“.[1113]

(c) Die Würdigung von Einmalkosten

Das chinesische Recht unterscheidet bei der Würdigung der Gültigkeit einer Vereinbarung über Einmalkosten nicht zwischen AGB und Individualklauseln, sondern stellt unterschiedliche Regeln für kreditinstitutionelle Kredite und private Kredite auf.

aa) Kreditinstitutionelle Kredite

Der Oberste Volksgerichtshof hat in seinem am 14. November 2019 veröffentlichten TZHVG 2019 erklärt, dass es bei der Würdigung von Einmalkosten in kreditinstitutionellen Krediten „*unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände der Erbringung der Dienstleistung*“ bestimmt werden soll, ob die zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber vereinbarten Einmalkosten in vollständigem Umfang oder nur in einem gerichtlich reduzierten Umfang zu zahlen sind. Dieses gerichtliche Dokument ist in der Tat eine Konkretisierung des ersten Satzes von § 50 *Geschäftsbankgesetz der Volksrepublik China (VCGBG)*[1114] und des zweiten Absatzes von § 3 der *Verwaltungsmaßnahmen der Preise von Dienstleistungen* der *Geschäftsbank* von 2014[1115], die beide im Einzelfall eine konkrete Feststellung verlangen, ob die Bank, soweit sie „*Gebühren*“ für ihre „*Dienstleistungen*“ berechnet, wirklich eine nennenswerte Dienstleistung erbracht hat. Diese beide Bestimmungen sind eindeutig das Ergebnis, welches durch die gängige Praxis durch Banken geschaffen wurde. Die Bestimmungen begründen daher keine pauschale Vermutungsregel, nach der bei einem kreditinstitutionellen Kredit zwingend mit den berechneten Gebühren eine real entsprechende Gegenleistung einhergeht.

bb) Private Kredite

Bei privaten Krediten verhält es sich anders. Der Oberste Volksgerichtshof hat in seiner BPKVG 2018 und AVG 2019 nachdrücklich erwähnt, dass Einmalkosten, die dazu verwendet werden, die rechtliche rote Linie der Zinssätze zu brechen oder zu verschleiern, stark zu reglementieren sind. Auf den ersten Blick kann dies so verstanden werden, als werde hier eine strengere rechtliche Anforderung an die Vereinbarung von Einmalkosten gestellt als dies bei kreditinstitutionellen Krediten der Fall ist. Bei genauerer Betrachtung scheint dies jedoch nicht der Fall zu sein. Hier prüft der Oberste Volksgerichtshof nicht mehr im Einzelfall,

---

[1113] Vgl. Streitfall über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen der Shanxi Wu Sheng Neu Materialien GmbH und der Chang Cheng Guo Xing Finanzleasing GmbH (最高人民法院(2019)最高法民终 484 号).

[1114] § 50 Satz 1 VCGBG lautet: „*Die Geschäftsbank erhebt für ihre Tätigkeit und ihre Dienstleistungen Bearbeitungsgebühren nach den Vorschriften*.“

[1115] § 3 Abs. 2 Verwaltungsmaßnahmen der Preise von Dienstleistungen der Geschäftsbank lautet: „*Der Preis von Dienstleistungen, auf den in diesen Maßnahmen Bezug genommen wird, bezieht sich auf die von den Geschäftsbanken für die Erbringung von Dienstleistungen erhobenen Gebühren*.“

ob die Bearbeitungsgebühr-Klausel im Darlehensvertrag einer wirklichen Gegenleistung entspricht, sondern geht pauschal davon aus, dass es sich bei dieser Klausel um eine Vereinbarung über Zinsen im Rechtssinne handelt. Somit scheidet die Möglichkeit gänzlich aus, bei einem privaten Kredit laufzeitunabhängige Einmalkosten zu vereinbaren. Stattdessen verlangt der Oberste Volksgerichtshof, dass die Vergütungsleistung der Darlehensnehmer nach einheitlichen Kriterien mit (laufzeitabhängigen) Zinsen erfolgt. Da der Begriff „private Kredite" im chinesischen Recht sowohl Kredite zwischen Privatpersonen als auch Kredite zwischen Unternehmen umfasst (d.h. unter Ausschluss von Krediten, die von Finanzinstituten gewährt werden, die von Rechts wegen zur Tätigkeit des Kreditgeschäfts qualifiziert sind), deckt diese Regelung auch die meisten Arten von Darlehensgeschäften im Sinne des „unternehmerischen Geschäftsverkehrs" im Rechtskontext des deutschen und europäischen Rechts ab.

Im Ergebnis sorgt die genannte Regelung jedoch für mehr Klarheit bei Vergütung für Darlehensgeschäfte, ohne die Vergütungsmöglichkeiten des Darlehensgebers im Einzelfall zu schmälern. Denn die chinesischen Gerichte – wie aus den oben zitierten Gerichtsdokumenten hervorgeht – haben entschieden, dass die Vereinbarung der Einmalkosten bei einem privaten Kredit unter typischen Umständen eine gewisse „*Umgehung*" der gesetzlichen Zinsobergrenze darstellt. Mit anderen Worten: Das chinesische Recht geht davon aus, die Einmalkosten haben wirtschaftlich gesehen die gleiche Funktion wie die Zinsen im rechtlichen Sinne, so dass erstere an dieser Stelle direkt wie Zinsen im rechtlichen Sinne behandelt werden könne. Einige Richter aus unteren Instanzen folgen einer individuell-konkreten Denkweise bei der Identifizierung von Einmalkosten und Zinsen, wie das folgende Beispiel zeigt: „*Wenn es sich nur um eine sporadische oder betragsmäßig relativ kleine Gebühr handelt, mit deren Tragung die Parteien einverstanden sind, dann soll die Geltendmachung dieser Gebühr zulässig sein; wenn aber die Gebühr einen übermäßigen Anteil der Darlehenssumme ausmacht, ist sie als Zins (im Rechtssinne) zu betrachten*".[1116] Diese Regelung ähnelt der deutschen Judikatur. So hat der BGH beispielsweise entschieden, dass die dem Charakter nach streitige „Bearbeitungsgebühr" in Höhe von 4 % der Darlehenssumme „ungewöhnlich hoch" und als Zins im rechtlichen Sinne zu betrachten sei.[1117] Andere chinesische Gerichte haben jedoch allgemein erklärt, dass „*die (Darlehens)Gebühren im Zweifelsfall als Zinsen anzusehen sind*"[1118], woraus abgeleitet werden könnte, dass die Einmalkosten, die wertungsgemäß eine gewisse Unangemessenheit aufweisen, praktisch als Zinsen umgedeutet werden sollten. Der Oberste Volksgerichtshof ist mit der letztgenannten Auffassung eindeutig einen Schritt weiter gegangen und deutet in den

[1116] Vgl. *Fallentwicklungsforschungszentrum des National Judges College*, Chinas Gerichtshof - Fälle des Jahres 2018: Streit um Private Kredite, Peking 2018, S. 17.
[1117] Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 6 ff.
[1118] Vgl. Zivilrechtliches Urteil in erster Instanz wegen eines Streits über einen kreditinstitutionellen Kreditvertrag zwischen Wie Guicheng und Qin Youxi (广西壮族自治区河池市中级人民法院(2020)桂 12 民终 263 号). Für eine ähnliche Ansicht im deutschen Recht, siehe auch Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 9.

oben zitierten Gerichtsdokumenten dezidiert an, dass bei privaten Krediten die Vergütungsleistung durch Darlehensnehmer nur in laufzeitabhängiger Weise berechnet werden dürfe.

Nach den vorangehenden Ausführungen liegt auf der Hand, dass die Überlegung des chinesischen Obersten Volksgerichtshofs einem wichtigen Argument der Rechtsprechung des deutschen BGH zur Bearbeitungsgebühr-AGB, wonach ein Darlehensvertrag grundsätzlich nur durch die laufzeitabhängigen Zinsen im Rechtssinne vergütet werden kann, sehr ähnlich ist.[1119] Aber die Folgerungen, die der Oberste Volksgerichtshof aus seiner Überlegung gezogen hat, nämlich dass die Einmalkosten im Ergebnis als Zinsen im rechtlichen Sinne zu behandeln seien, anstatt diese einfach als nicht wirksam vereinbart anzusehen, unterscheiden sich deutlich von der deutschen Judikatur. Man nehme an, dass beispielsweise in einem einjährigen privaten Festkreditvertrag ein Darlehen zwischen zwei Geschäftsführern im Namen ihrer Unternehmen mit einer AGB über einen Nominalzinssatz von 10 % p.a. und einer einmaligen „Bearbeitungsgebühr“ von 2 % in Höhe der Valuta vereinbart wurde, während die rechtliche Zinsobergrenze zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses 15% pro Jahr betrug. Stellt sich später heraus, dass es sich bei der vertraglich vereinbarten „Bearbeitungsgebühr“ um laufzeitunabhängige Einmalkosten handelt, obgleich sie keiner echten Gegenleistung gegenübersteht, wird sie nach chinesischem Recht wie wirksam vereinbarte Zinsen im Rechtssinne behandelt, womit der Darlehensnehmer letztendlich eine Vergütungsleistung, berechnet aus dem nominalen Zinssatz von 12 %, zu erbringen hat. Nach den Regeln des BGH wird der „Bearbeitungsgebühr“ ihre Wirksamkeit hingegen ganz versagt und der Darlehensnehmer muss letztlich nur eine Vergütung anhand des nominalen Zinssatzes von 10 % p.a. leisten.

(d) Zwischenbemerkung

Zusammenfassend nimmt das festlandchinesische Recht eine differenzierte Sichtweise bei der Würdigung von Bearbeitungsgebühr-Klauseln ein. Bei kreditinstitutionellen Krediten spielt die Gewohnheit der Bankpraxis eine beträchtliche Rolle für die gerichtliche Bewertung, indem das Gericht nach gerichtlichen Dokumenten des Obersten Volksgerichtshofs die Angemessenheit der Bearbeitungsgebühr in jedem Einzelfall näher beurteilen muss; bei privaten Krediten hingegen lässt das Gericht zwar die Vereinbarung einer einmaligen, nicht laufzeitabhängigen Gebühr nicht zu, aber wenn sich die Parteien auf eine solche Gebühr geeinigt haben, muss eine solche dann „umgedeutet“ werden und als rechtswirksam vereinbarter laufzeitabhängiger Zins im rechtlichen Sinne gesehen werden. Trotz der Annahme eines differenzierten Ansatzes je nach dem spezifischen „*Status*“, nämlich ob der Darlehensgeber eine behördliche Genehmigung für die geschäftliche Kreditvergabe erhält oder nicht und der Tatsache, dass diese Betrachtungsweise nach wie vor in der Literatur als

[1119] Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 9.

Verstoß gegen das Gleichheitsprinzip heftig kritisiert[1120] wurde, will die chinesische Justiz die ursprünglich zu planende Vergütungsgestaltung des Darlehensgebers im Einzelfall nicht erheblich verschieben.

5. Fazit

Es gibt zwei Bedeutungen einer Bearbeitungsgebühr, nämlich die „Hilfstätigkeit zum Vertragsschluss" und die „Hilfstätigkeit zur Vertragserfüllung". Erstere kann schon begrifflich keine „Leistung" darstellen, während letztere unter dem begrifflichen Gesichtspunkt dann eine „Leistung" ausdrücken kann, wenn es der Gegenpartei des Klauselverwenders keinen objektiven Vermögensvorteil bringt, weil die Feststellung, ob eine „Leistung" als „bewusste und zielgerichtete Vermehrung fremden Vermögens" besteht oder nicht, von den konkreten Gestaltungen der Klauseln und dem Parteienwillen im Einzelfall abhängt.

Der den synallagmatischen Charakter von Zinsschulden bekräftigende § 488 BGB selbst ist eine Rechtsvorschrift mit einer impliziten neoliberalen Wertvorstellung. Im Lichte des § 488 BGB hätte die Selbständigkeit der Tätigkeit, auf die sich die Bearbeitungsgebühr bezieht, nicht mit großer Vorsicht beurteilt werden müssen. Es wäre jedoch im Ergebnis verständlich, eine strenge Bewertung der Bearbeitungsgebühr-Klausel im Zusammenhang mit Verbraucherkrediten unter Berücksichtigung der Notwendigkeit des Verbraucherschutzes einzuführen.

Die deutsche Rechtsprechung hätte auf die Ressourcen des Verbraucherschutzrechts zurückgreifen können, um einen spezifischen, gezielten und zurückhaltenden Kontrollrahmen für Bearbeitungsgebühr-Klauseln zu erzeugen. Stattdessen hat sie sich aber dafür entschieden, ein allgemeines „gesetzliches Leitbild" in § 488 BGB einzufügen, das Darlehensgebern nur erlaubt, laufzeitabhängige Zinsen im Rechtssinne einzurichten. Dieses mit einer allgemeinen und weiterreichenden Wirkung ausgerüstete „gesetzliche Leitbild" widerspräche aber dem impliziten neoliberalen Gedanken in § 488 BGB. Gleichzeitig ist die Ausgestaltung dieses neuen gesetzlichen Leitbildes deswegen fragwürdig, weil dieses Leitbild aufgrund des allgemeinen, abstrakten Kontrollrahmens der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB auch verheerende Auswirkungen auf die Praxis der Bearbeitungsgebühr-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr haben könnte, die nur durch eine zeitlich nach hinten zu verschiebende Gesetzesreform behoben werden könnten.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich die vorangegangene Analyse der AGB-Klauseln über die Verzinsung des fiktiven Kapitals, über die Dynamisierung des vertraglichen Zinssatzes und über die Bearbeitungsgebühr gemeinsam auf den Bereich der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle konzentriert. Pointiert ausgedrückt können einige Schlüsselbegriffe als

[1120] Vgl. *GUO Xingli*, Ein Aufbau über die rechtliche Regulierung der privaten Kredite, in: Jin Ling Law Review 2012/2, S. 18 (22).

Hinweis verwendet und daraus die rechtlichen Bewertungen für die jeweiligen einzelnen Klauseln abgeleitet werden.

1. Bei zinsbezogenen Klauseln über die Verzinsung anhand fiktiven Kapitals stellt sich die Frage, ob diese Klauseln der „Zinstransparenz“ genügen, die zentrale Frage im Rahmen der Inhaltskontrolle dar. Nur wenn die Klausel ihre Auswirkungen auf den „wahren Preis“ des Kapitals klar und deutlich erkennen lässt, wird sie einer Inhaltskontrolle standhalten. Ob die Frage, ob eine Zinsklausel der „Zinstransparenz“ genügt, auch auf Situationen übertragen werden kann, in denen die Gegenpartei des Klauselverwenders ein Kaufmann ist, sollte mit Vorsicht beantwortet werden. Die „Zinstransparenz“ ist ein Grundsatz, der unerfahrene und unterlegene Darlehensnehmer schützen soll. Mit „Unerfahrenheit“ oder „Unterlegenheit“ ist die situative Unterlegenheit in Bezug auf die Verhandlungsmacht gemeint. Wenn der Vertragspartner des Klauselverwenders ein Kaufmann ist, aber bei einer AGB-Praxis in einer unterlegenen Position steht, stellt die Statuseigenschaft als Kaufmann selbst keine Rechtfertigung für die Zinsintransparenz dar. Es kann aber Ausnahmen von dieser Transparenzregel geben: Wenn die Gegenpartei des Klauselverwenders ein Finanzinstitut ist, das über professionelle Finanzberechnungskompetenzen verfügt, dann ist nicht unwahrscheinlich, dass die angebliche situative Schwäche der Gegenpartei in Bezug auf die Zinsberechnung von vornherein nicht besteht und eine Inhaltskontrolle der AGB von Anfang an nicht nötig ist.

2. Bei variablen Zinsklauseln bildet die „Äquivalenz“ den grundlegenden Wert, der bei der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zu wahren ist. Dieser Wert darf nicht willkürlich ausgehöhlt werden. Technisch gesehen muss dieser Wert jedoch durch „Bestimmtheit“ gewährleistet werden, indem der Verwender einer Zinsgleit- oder Zinsanpassungsklausel sicherstellt, dass die Parameter, der Zeitpunkt und die zeitlichen Abstände der dynamischen Zinsänderung für die Gegenpartei überschaubar sind. Nachdem diese „Bestimmtheit“ gewährleistet ist, wird das Recht auf Zinsanpassung im Falle von Zinsanpassungsklauseln durch einen Mechanismus der „automatischen Anpassung ohne Ermessensspielraum“ fast vollständig ersetzt. Es bleibt jedoch offen, ob das Äquivalenzprinzip auch für Fälle mit Beteiligung von Kaufleuten gelten soll. Die BGH-Rechtsprechung zu den sogenannten Spannungsklauseln, die den Erdgaspreis an den Preis für extra leichtes Heizöl koppelt, scheint die Absolutheit des Äquivalenzprinzips in Geschäften, an denen Kaufleute beteiligt sind, aufzugeben, was aber voraussetzt, dass eine selbstbestimmende kaufmännische Entscheidung vorliegt. Allerdings fehlt dieser Entscheidung noch die entscheidende konkrete Argumentation, um sie ohne weiteres und generell auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr übertragen zu können. Der hier vertretenen Ansicht nach sollte das Äquivalenzprinzip im unternehmerischen Geschäftsverkehr grundsätzlich eingehalten werden, sofern es keine „gute Unternehmenspraxis“ als Rechtfertigung gibt.

3. Was die Inhaltskontrolle der Bearbeitungsgebühr-Klausel anbelangt, so wird eines der Kernprobleme des AGB-Rechts berührt, ob und wie die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs bei der Inhaltskontrolle angemessen zu berücksichtigen sind. Die ständige Rechtsprechung des BGH entnimmt dem § 488 Abs. 1 Nr. 2 BGB ein „gesetzliches Leitbild“, nach welchem das Fremdkapital grundsätzlich nur in laufzeitabhängiger Weise vergütet werden soll. Dieses „gesetzliche Leitbild“ hat jedoch den Sinn gewonnen, nämlich dieses Leitbild einheitlich auf kaufmännische und nichtkaufmännische Geschäfte anzuwenden, da § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nur auf dispositives Recht als einheitlicher und einziger Prüfungsmaßstab abstellt. Auch die Suche nach anderen Rechtfertigungen im kaufmännischen Verkehr wurde durch den BGH abgelehnt. Die Kontroverse geht indessen weiter. Dem vom BGH konstruierten „gesetzlichen Leitbild“, nach welchem Darlehen grundsätzlich nur durch laufzeitabhängige Zinsen zu vergüten sind, kann man jedoch schwerlich folgen. Dieses „gesetzliche Leitbild“ widerspricht zuerst der „neoliberalen“ Ideologie des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB, der Zinsschulden als bloße synallagmatische Schulden behandelt. Da aber § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB selbst keinen Spielraum bei der Ausgestaltung der „gesetzlichen Leitbilder“ lässt, sollte kaum erwartet werden, dass der BGH in absehbarer Zukunft seine Rechtsprechung zu den Bearbeitungsgebühr-Klauseln verändern wird. Mögliche sinnvolle Änderungen können nur von einer zukünftigen Gesetzesreform des gesamten AGB-Rechts erwartet werden, auch wenn die Kaufmannseigenschaft im geltenden deutschen AGB-Recht im Großen und Ganzen oft nicht ipso facto einen Grund für die Sonderbehandlung bei der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle darstellt. Der bestehende Rahmen für die Inhaltskontrolle des AGB-Rechts ist jedoch auf der Ebene *de lege lata* und *de lege ferenda* vielfach kritisiert worden. Einer der Hauptkritikpunkte ist die Untauglichkeit dieses Rahmens in der Praxis wirklich auf die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs einzugehen und ihn grundsätzlich dem gleichen Prüfungsmaßstab zu unterwerfen wie bei Verbrauchern und Privatpersonen. Wie Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Reform vorantreiben können, damit die Inhaltskontrolle des AGB-Rechts flexibel erfolgen kann, indem den Besonderheiten des Handelsverkehrs hinreichend Rechnung getragen wird, ist in der Literatur ebenfalls ein Hauptgegenstand der Diskussion geworden. Dazu gibt es eine Reihe erwähnenswerter Reformvorschläge. Somit ist absehbar, dass diese Diskussion auch in Zukunft unter demselben Ansatz der Differenzierung von Zivil- und Handelssachen geführt werden wird. Das heißt, dass das Zinsrecht in dem Teil, der die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle betrifft, seitens der Literatur unter dem starken Ruf steht, unternehmerische und kaufmännische Subjekte anders als Verbraucher oder Privatpersonen zu behandeln. Bei näherem Hinsehen ist der Grund hierfür ein so banaler, dass das aktuelle System der AGB-Kontrolle, das weitgehend auf dem Gedanken des Verbraucherschutzes basiert, den Bedürfnissen des aktuellen Handelsverkehrs nicht mehr gerecht wird.

G. Zinseszinsverbot

I. Überblick

Einen weiteren wichtigen Bestandteil des Zinsrechts bilden die Zinseszinsverbote in den §§ 248 Abs. 1, 289 Satz 1 BGB. Aufgrund dieser Verbote ist eine im Voraus getroffene Vereinbarung über Zinseszinsen unwirksam (§ 248 Abs. 1 BGB), und es sind keine gesetzlichen Verzugszinsen (§ 288 BGB) auf die Zinsen zu entrichten (§ 289 Satz 1 BGB). Zugleich sind in § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB gesetzliche Ausnahmen vom Zinseszinsverbot jedoch ausdrücklich vorgesehen. Das geltende deutsche Recht weist also bereits ein gewisses differenziertes Regelungsmuster im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von Zinseszinsen auf.

Die wichtigste Frage im Zusammenhang mit den Zinseszinsverboten beschäftigt sich nach wie vor mit der Rechtsanwendung dieser Verbote und insbesondere mit der Bestimmung ihrer Reichweite. Denkt man über diese Frage nach, kann man sich dem Einfluss des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht nicht entziehen. So gab es in der Literatur in den letzten Jahren zahlreiche Forderungen nach einer „*Lockerung*“ des Zinseszinsverbots, die sich vielfach auf Überlegungen stützten, die den Handelsverkehr betrafen. Es sollte jedoch auch geprüft werden, ob es möglich ist, über eine bloße „Lockerung“ hinauszugehen und somit das Zinseszinsverbot in eine ganzheitliche Struktur durch eine einheitliche Form umzugestalten und ob sich eine solche Umgestaltung des Zinseszinsverbots der Betrachtungsweise anhand der Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelsrecht entziehen kann.

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf zwei Hauptaspekte: Erstens sollte die spezifische Reichweite des Zinseszinsverbots geklärt werden und es sollte versucht werden, das Zusammenspiel von Zivil- und Handelsrecht in diesem Bereich anhand der Details aufzuzeigen. Zweitens soll die Möglichkeit einer Neugestaltung des Zinseszinsverbots erwogen und danach untersucht werden, ob das Ergebnis einer solchen Neugestaltung den differenzierten Ansatz zwischen Zivil- und Handelsrecht noch beibehält. Zu diesem Zweck wird im Folgenden zunächst der Begriff des Zinseszinses überblicksartig geklärt (II.), um dann die Normzwecke der Zinseszinsverbote (III.), ihren Anwendungsbereich (IV.) und ihre gesetzlichen Ausnahmen zu erörtern (V.). Nach Abschluss dieser Ausführungen ist auf die Frage der Umgestaltungsmöglichkeiten des Zinseszinsverbots einzugehen (VI.).

II. Begriff des Zinseszinses

Bei *Zinseszinsvereinbarungen*[1121] greift § 248 Abs. 1 BGB ein; für Ansprüche auf gesetzliche Verzugszinsen[1122] im Sinne des § 288 Abs. 1 BGB, für Ansprüche auf

[1121] Staudinger/*Omlor*, 2021, § 248, Rn. 1, 4; MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 2.
[1122] Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 289, Rn. 1; MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 289, Rn. 1.

kaufmännische Fälligkeitszinsen im Sinne des § 353 HGB und für den „Nutzungszins“ im Sinne des § 641 Abs. 4 BGB sowie für Darlehenszinsen nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB[1123] gilt das Zinseszinsverbot nach § 289 Satz 1 BGB. Bei beiden Verboten handelt es sich um Zinsen im Rechtssinne und zwar um eine laufzeitabhängige, gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Kapitalnutzungsmöglichkeit.[1124] Im Zusammenhang mit § 248 Abs. 1 BGB dürfte man insbesondere beachten, dass die „Zinsen“ hier noch eine weitere Bedeutung haben, nämlich die Bedeutung einer Zinsschuld, deren Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt „willkürlich“[1125] durch den Ansatz des Nominalzinssatzes bestimmt wird. Bei den in § 248 Abs. 1 BGB genannten Zinsen wird die „Zinseszins“-Struktur der Zinsen im finanzmathematischen Sinne somit unbeachtlich.[1126] Letzteres ist, wie oben schon ausgeführt, grundsätzlich nur wirtschaftlich und rechnerisch erkennbar, stellt keine eigenständige Anspruchsgrundlage im rechtlichen Sinne dar und ist somit irrelevant für die Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes von Zinsschulden.

Da die §§ 248 Abs. 1 und 289 Satz 1 BGB nur für „Zinsen im Rechtssinne“ gelten, sind laufzeitunabhängige Einmalkosten wie Bearbeitungsgebühren, Vermittlungsgebühren und Versicherungsprämien schon unter dem begrifflichen Gesichtspunkt grundsätzlich von dem Anwendungsbereich der Zinseszinsverbote ausgenommen.[1127]

III. Der Normzweck des Zinseszinsverbots

Um die Reichweite der Zinseszinsverbote zu klären, ist zunächst erforderlich, auf ihren Normzweck einzugehen. Dies ist jedoch schon Gegenstand einer Kontroverse in der Literatur gewesen. Außerdem verbindet die Lehre häufig die Erörterungen von §§ 248 und 289 BGB, wodurch aber nicht beachtet wird, dass sich diese zwei Bestimmungen in ihren jeweiligen Normzwecken schon unter dem Gesichtspunkt ihrer Entstehungsgeschichte voneinander unterscheiden.

1. Die vorstehenden Überlegungen

Über den Inhalt der Normzwecke der Zinseszinsverbote gibt es im Wesentlichen zwei Ansichten. Die erste beschränkt die Normzwecke der Zinseszinsverbote auf die sogenannte „*Zinsklarheit*“, die die Aufklärung über die vertraglichen Nominalzinssätze bezweckt. Diese Sichtweise kann als „*Gestaltungstheorie*“ benannt werden. Eine andere Auffassung besagt, dass das Zinseszinsverbot den schutzbedürftigen Schuldner vor Ausbeutung schützt, konkreter gesagt, entweder unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des unterlegenen Schuldners vor *Ausbeutung* oder aus der sozioökonomischen Perspektive, dass der Schuldner vor schädlicher *Überschuldung* geschützt wird. Diese Sichtweise kann als

[1123] MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 289, Rn. 4.
[1124] *Schmidt*, Das “Zinseszinsverbot“ – Sinnwandel, Geltungsanspruch und Geltungsgrenzen, JZ 1982, 829, 831. Im Umkehrschluss auch aus MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 7.
[1125] Vgl. Reifner, AcP 214 (2014), 695, 711.
[1126] Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 710.
[1127] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 8; MüKoBGB/*Ernst*, 2019, § 289, Rn. 4.

„*Inhaltstheorie*“ bezeichnet werden.

(1) „Gestaltungstheorie“

Nach der „Gestaltungstheorie“ ist das Zinseszinsverbot eine *Schuldnerschutzvorschrift*[1128], deren Normzweck nur darin besteht, die so genannte „Zinsklarheit“[1129](oder „Rechtsklarheit“[1130], „Transparenz“[1131]) zu gewährleisten. Mit anderen Worten: Das Zinseszinsverbot sei demnach *eine reine „Transparenzregel“*[1132], die darauf abziele, dass der endlose Weiterlauf der im Voraus getroffenen Zinseszinsvereinbarungen verhindert[1133] und somit der Schuldner vor der nicht vorhersehbaren Belastung[1134] von Zinskumulation[1135] geschützt wird, da diese Zinseszinsvereinbarungen für den Schuldner *ein schwer zu kalkulierendes Risiko* darstellen.[1136] Das Zinseszinsverbot ziele nicht darauf ab, den endgültigen Betrag der Zinsbelastung zu begrenzen.[1137] Dieses Verbot kenne keine ausbeuterische Vorstellung.[1138]

Die Gestaltungstheorie geht auf einen wichtigen Aufsatz von *Karsten Schmidt* aus den späten 1970en Jahren zurück.[1139] *Schmidt*s Hauptargument liegt darin, dass sich das Zinseszinsverbot zwar aus dem Gedanken der „Zinsklarheit“ und dem „Ausbeutungsverbot“ ableiten lasse, der Unterschied zwischen beiden Gedanken aber darin bestehe, ob der durch eine Zinseszinsvereinbarung geschaffene Anspruch durch den Vertragsinhalt oder dadurch verneint werde, dass die Rechtfertigungstatbestände für die Vertragsgestaltung nicht erfüllt seien.[1140]

Da das Zinseszinsverbot nur im Voraus getroffene Zinseszinsvereinbarungen verbiete[1141], also Zinseszinsvereinbarungen, die nach Fälligkeitseintritt der Zinsschuld getroffen werden, zulässig seien[1142], bedeute dies nach *Schmidt*, dass das Zinseszinsverbot nicht *das Nehmen oder Geben von Zinsen* verbieten solle[1143] und dass die Zinseszinsvereinbarung *per se* – oder genauer gesagt, der Inhalt des Zinseszinses selbst – nicht als unzulässig betrachtet werde.[1144]

[1128] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 3; Jauernig/*Mansel*, 2009, § 248, Rn. 1. Jauernig/*Berger*, 2018, § 248, Rn. 1; Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 248, Rn. 1.

[1129] Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 248, Rn. 1.

[1130] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 1; Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 1; Erman/*Schaub*, 2011, § 248, Rn. 1.

[1131] Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 248, Rn. 1.

[1132] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 246, Rn. 29.

[1133] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 1.

[1134] *Looschelders*, Schuldrecht allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 2013, § 15, Rn. 319; Jauernig/*Mansel*, 2009, § 248, Rn. 1.

[1135] *Weber*, Gedanken zur Verzugsschadenregelung bei Geldschulden, FS Max Keller 1989, 323, 325.

[1136] *Brömmelmeyer*, Schuldrecht allgemeiner Teil, München 2014, § 3, Rn. 72.

[1137] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 1.

[1138] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

[1139] Siehe *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830 f.

[1140] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

[1141] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.

[1142] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.

[1143] *Schmidt*, Kontokorrent und Zinseszinsverbot, JZ 1981, 126, 127.

[1144] Für eine ähnliche Ansicht siehe auch *Volkholz*, PIK-Darlehen und das Zinseszinsverbot, FS Dieter Reuter 2010, 413, 416.

Verboten sei durch das Zinseszinsverbot nur die vorherig getroffene Zinseszinsvereinbarung als eine spezifische Gestalt von Zinseszinsvereinbarungen; es sei das Vorhandensein einer im Voraus getroffenen Zinseszinsvereinbarung, die den Schuldner einem schwerwiegenden und unkalkulierbaren Risiko aussetze, das der Gestaltung eines Vertrags die Rechtfertigung versage und deshalb das Eingreifen des Zinseszinsverbots in diesem Falle rechtfertige.[1145] Der einzig entscheidende Grund für die Anwendung der Zinseszinsschranke sei daher die „Zinsunklarheit".[1146] Für eine inhaltliche Überprüfung verbleibe hier kein Raum.[1147]

Da die Gestaltungstheorie das Zinseszinsverbot nur als einen Sicherungsmechanismus der „Zinsklarheit" betrachtet und nichts mit dem Ausbeutungsgedanken zu tun hat, wird sie teilweise auch als *eine enge Auslegung* des Zinseszinsverbots bezeichnet.[1148] Da die Gestaltungstheorie nicht den Inhalt von Zinseszinsvereinbarungen, sondern nur den vorherigen Abschluss solcher Vereinbarungen regelt, können Inhaltskontrollnormen wie § 134 BGB dem Zinseszinsverbot gegenüber „*ergänzend angewendet*" werden.[1149]

(2) „Inhaltstheorie"

Die früheren Vertreter der Inhaltstheorie argumentierten, das Zinseszinsverbot sei „*ein bescheidener Rest aus dem reichen Arsenal von Verzinsungsschranken*" und sein Zweck richte sich nach dem „*allgemeinen Wohl*" und danach, die *schädliche Zwangslage des Schuldners zu vermeiden*.[1150] *Reifner* entwickelte das Argument der Inhaltstheorie weiter. Nach ihm sei der Zweck des § 248 BGB ein zweigleisiger: Zum einen solle das Zinseszinsverbot den Missbrauch der wirtschaftlich schwächeren Lage von Verbrauchern verhindern, zum Abschluss von Kettenkrediten mit Schneeballeffekten genötigt zu werden[1151]. Ferner solle es die wirtschaftliche Vertragsfreiheit des Kreditnehmers erhalten, indem es für die notwendige Transparenz des Zinses als Darlehensentgelt sorge[1152]. Zum anderen könne das Geld (als Zins auf Geld, auch bekannt als „*Kredit gegen Kredit*"[1153]) nur als Spiegelbild der realen Produktivität funktionieren, während die Zinseszinsen keinen realen Produktionsprozess widerspiegeln und den am Markt erst zu erzielenden Gewinn künstlich erhöhen[1154], so dass ein weiterer Grund für das Zinseszinsverbot darin liege, dass Zinseszinsen wirtschaftlich zu einer „*unproduktiven*" Geldvermehrung führen und dass einer übermäßigen Verschuldung, die aus einer solchen „*unproduktiven*" Geldvermehrung resultiere, ihre Wirksamkeit zu versagen sei.[1155] Auf der letztgenannten Ebene verbinde das Zinseszinsverbot das „soziale Prinzip",

[1145] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.
[1146] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.
[1147] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 3.
[1148] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 1.
[1149] Jauernig/*Berger*, 2018, § 248, Rn. 1.
[1150] *Belke*, JZ 1969, 586, 594.
[1151] *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.
[1152] *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.
[1153] *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.
[1154] *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.
[1155] *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.

eine übermäßige Verschuldung des Darlehensnehmers zu verhindern, mit dem „wirtschaftlichen Prinzip“, den Geldwert stabil zu halten.[1156]

Allgemein betrachtet folgt die neuere, von *Reifner* vertretene Inhaltstheorie nicht völlig dem von *Schmidt* erschlossenen Analyseansatz[1157], nach welchem *Schmidt* für den Normzweck des Zinseszinsverbots ausdrücklich zwischen den Begriffen „Zinsklarheit“ und „Ausbeutungsverbot“ in einer alternativen Weise wählte. Vielmehr ist *Reifner*’s Verständnis vom Normzweck des Zinseszinsverbots weiter gefasst, da er in seinem Untersuchungsrahmen einen ähnlichen Zweck wie den der „Zinsklarheit“ in Betracht gezogen haben könnte. Der einzige wesentliche Unterschied zur Gestaltungstheorie besteht darin, dass die Inhaltstheorie davon ausgeht, dass die Zinseszinsvereinbarung per se schon ein „*unproduktives*“ Instrument für Schuldner darstellt, das zum Ergebnis der Überschuldung führen kann. Mit anderen Worten ist nach der Inhaltstheorie die Zinseszinsvereinbarung selbst bereits als ausbeuterisch anzusehen. Das Zinseszinsverbot sollte daher an dieser Stelle eher als „*Inhaltskontrolle*“ anstatt als „*Gestaltungskontrolle*“ fungieren.

Es lässt sich ebenfalls die Ansicht vertreten, dass das materielle Argument der Inhaltstheorie auch die Gestaltung der Zinseszinsvereinbarung selbst als Verbotsgrund einbeziehen kann, aber dieser Grund ist nur von untergeordneter Bedeutung. Der von dieser Theorie für eigentlich und entscheidend gehaltene Normzweck besteht lediglich darin, dem Zinsschuldner einen materiellen Schutz zu gewähren.[1158]

2. Neue Überlegungen

Demgegenüber scheint die Gestaltungstheorie, nach der das Zinseszinsverbot nur die „Zinsklarheit“ gewährleisten soll, den Status als herrschende Meinung gewonnen zu haben. Hierzu gibt es indessen auch die vermittelnde Ansicht, nach der das Zinseszinsverbot sowohl der Zinsklarheit als auch der Bekämpfung von Ausbeutung dient.[1159] Insgesamt erscheint jedoch die Auslegung der Gestaltungstheorie am naheliegendsten, da die nachträglich getroffene Zinseszinsvereinbarung oder die erst später ans Licht tretenden Zinseszinseffekte nicht unter § 248 Abs. 1 BGB fallen und aufgrund des Prinzips der „*Zinsfreiheit*“ grundsätzlich zulässig sind[1160], während die Gestaltungstheorie eine spezifische Zinseszinsvereinbarung als rechtswidrig behandelt. Daraus ergibt sich, dass die Inhaltstheorie, die die Zinseszinsvereinbarung an sich als rechtswidrig ansieht, mehr einleuchtende Argumente zur Begründung der Theorie zu liefern scheint.

Allerdings muss der zentrale Teil der Gestaltungstheorie in Bezug auf die Formulierung noch begrenzt werden. Wie bereits erwähnt, unterscheidet die Argumentation der Gestaltungstheorie zwischen den beiden verschiedenen Arten der vertraglichen Legitimität:

1156 *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.
1157 *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.
1158 Vgl. Erman/*Schaub*, 2011, § 248, Rn. 1. Dagegen Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 1.
1159 Vgl. *Hingst*/*Neumann*, BKR 2016, 95, 99.
1160 Vgl. *Mülbert*/*Sajnovits*, WM 2019, 1813, 1818.

zwischen der „*Inhaltsrechtfertigung*“ und der „*Gestaltungsrechtfertigung*“. Diese Argumentation führt jedoch weiter aus, dass der Grund, warum eine Zinseszinsvereinbarung die „Gestaltungsrechtfertigung“ nicht erfülle, darin liege, dass sie nicht gerechtfertigt werden könne, weil sie ein unvorhergesehenes Risiko für die Anhäufung von Zinsen in der Zukunft schaffe. Diese Aussage hält sich gleichsam nicht völlig an die selbst aufgestellte Prämisse, dass zwischen der „Inhaltsrechtfertigung“ und der „Gestaltungsrechtfertigung“ zu unterscheiden ist, sondern zieht letztendlich eine inhaltliche Rechtfertigung – das unvorhersehbare Risiko der Anhäufung von Zinsen, das während der Laufzeit des Vertrags bestehen kann – heran. Der Ausdruck „Zinsklarheit“ ist an sich schon prägnant und treffend, doch sollte sein spezifischer Kern genauer herausgearbeitet werden.

Angesichts der langen Geschichte des Zinseszinsverbots in der Gesellschaft und der zahlreichen kulturellen Faktoren, die in dieses Verbot eingeflossen sind, konnte die Lehre vom Zinseszinsverbot zumindest lange Zeit als eine der „*unveränderlichen Lehren*“[1161] angesehen werden. Die sozioökonomische Dimension ist für die Überlegungen des Normzwecks des Zinseszinsverbots somit von wesentlicher Bedeutung. Letztlich sollten solche Überlegungen aber auf ihre Angemessenheit im Rahmen des Rechtssystems geprüft werden. Somit ist erwähnenswert, dass die Inhaltstheorie die soziale Legitimität des Zinseszinses bestreitet, indem sie die wirtschaftliche Realität betrachtet, dass der Zinseszins eine Gewinnsteigerung fingiert. Es sollte insbesondere auf die rechtliche Vernunft eingegangen werden, dass die Inhaltstheorie das Zinseszinsverbot als einen Mechanismus ansieht, der die Expansionsrate von Zinsschulden im Vergleich zur herkömmlichen Situation deutlich erhöht.

Schließlich werden die Ausführungen zu der Gestaltungstheorie und zu der Inhaltstheorie fast ausnahmslos im Zusammenspiel mit den §§ 248 Abs. 1 und 289 BGB betrachtet. Dabei wird möglicherweise der Unterschied zwischen den beiden Rechtsvorschriften in Bezug auf ihren Normzweck übersehen. Der Autor wird vorliegend mit der Entstehungsgeschichte dieser Rechtsvorschriften beginnen, die Argumentationsdefizite der Gestaltungstheorie und der Inhaltstheorie reflektieren und diese zu beheben versuchen. Anschließend werden der Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB neu formuliert und eine eigenständige Auslegung des § 289 Satz 1 BGB vorgenommen.

(1) Überlegung zur Entstehungsgeschichte des § 248 Abs. 1 BGB

Im 19. Jahrhundert, vor der Kodifizierung des deutschen BGB, wurde das strikte Zinseszinsverbot gemäß Pandektenrecht[1162] mit überwältigender Mehrheit befürwortet[1163]; im Gegensatz dazu sahen einige Partikularrechte[1164] vor, dass nur im Voraus getroffene

[1161] Meines Erachtens nach ähnelt dies der Diskussion von *Franz Leonhard* über die Leistung an Erfüllungs statt. Siehe *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, 593.

[1162] Vgl. *Windscheid*/*Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (Neudrucke 1963), § 261, S. 82 ff.

[1163] Vgl. HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 24.

[1164] Vgl. Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch, § 680; Entwurf eines Gesetzbuchs für das Königreich Bayern,

Vereinbarungen über Zinseszinsen nicht zulässig seien, während die späteren ausdrücklichen Vereinbarungen über die Valutierung von Zinsrückständen auf verzinsliches Kapital jedoch zulässig waren.[1165] Im *Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867*, das die Abschaffung des gesetzlichen Höchstzinssatzes und die Einführung der Zinsfreiheit brachte, wurde auch das Zinseszinsverbot an einigen Stellen aufgehoben.[1166] Im späteren *Kübel*'schen Entwurf für das Schuldrecht stützte *Kübel* seine Ablehnung des Zinseszinsverbots hauptsächlich auf das Prinzip der Zinsfreiheit und den wohltätigen und im kaufmännischen Verkehr üblichen Charakter der im Voraus getroffenen Zinseszinsvereinbarungen.[1167] Vor dem Gesetz von 1867 gab es jedoch bereits handelsrechtliche Vorschriften, die Zinseszinsvereinbarungen im Rahmen von Kontokorrenten ausschließlich zwischen Kaufleuten (§ 291 ADHGB) oder zwischen Kaufleuten und Nicht-Kaufleuten (§ 681 des Sächsichen Bürgerlichen Gesetzbuch) zuließen.[1168] Im Allgemeinen betrachtet war der Gesetzgebungsstand über das Zinseszinsverbot in Partikularrechten vor Entstehung des BGB eher uneinheitlich.[1169] Nach Ansicht des Gesetzgebers des BGB hatte das Gesetz von 1867 die damaligen Rechtsvorschriften über das Zinszinsverbot aber auch nicht geändert.[1170]

Ursprünglich wollte das BGB mit dem Zinseszinsverbot einerseits möglichst im Einklang „*mit dem im größten Teil Deutschlands bestehenden Rechtszustande*" stehen[1171] und andererseits das gemeinrechtliche Zinseszinsverbot einschränken.[1172] Der Verfasser des BGB berücksichtigte bei der Bestimmung des Zinseszinsverbots jedoch weder die Rechtsnatur der Zinsen noch die damals vorherrschende Anschauung von Zinsentnahmen.[1173] Mit anderen Worten: Der im 19. Jahrhundert weit verbreitete naturrechtliche Gedanke, dass der Zins als Produkt des Kapitals den Zins nicht selbst reproduzieren kann, wurde bei der Schaffung des Zinseszinsverbots im BGB nicht aufgegriffen.[1174] Ebenso wenig hatte der Verfasser des BGB die Gültigkeitsgrundlage für das Zinseszinsverbot überdacht.[1175]

§ 358 Abs. 1 Satz 2 des ersten Entwurfs des BGB sah vor, eine Vereinbarung über

---

Theil I, II, München 1861, Art. 629, 630, 632.

[1165] HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 24.

[1166] HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 24.

[1167] Vgl. die Motive *Kübels* zu § 2 TE-OR (Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse), Nr. 11 und zu § 14 TE-OR, Nr. 11, in: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Teil 1, Allgemeiner Teil), 1980, S. 807 f, 289.

[1168] Vgl. HKK/*Dorn*, 2007, § 246-248, Rn. 24.

[1169] Motive Band II, 1888, S. 196 f.

[1170] Motive Band II, 1888, S. 196 f.

[1171] Motive Band II, 1888, S. 197.

[1172] „*Die Festhaltung oder Wiedereinführung des gemeinrechtlichen Verbots des Anatozismus kann nicht in Frage kommen, da das Verbot in dieser Gestalt weder in der rechtlichen Natur der Zinsen noch in den heutigen Anschauungen begründet ist*." Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896, S. 43. Siehe auch *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

[1173] Motive Band II, 1888, S. 197.

[1174] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

[1175] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

Zinsrückstände sei zulässig, soweit sie nicht dem einschlägigen Recht des Reichsrechts über Wucher widerspreche. Absatz 2 desselben Paragraphs schrieb hingegen vor, eine im Voraus getroffene Vereinbarung, wonach im Falle der Nichtzahlung die Fälligkeitszinsen wieder verzinst werden sollen, sei unwirksam.[1176] Die Zweite Kommission vertrat die Auffassung, der Inhalt des § 358 Absatz 1 Satz 2 des ersten Entwurfs sei im Lichte des „*argumentum a contrario*" zu Absatz 2 desselben Paragraphs selbstverständlich und strich den Absatz 2.[1177] Im zweiten Entwurf wurde in § 212 Absatz 1 der Hauptinhalt von § 358 Absatz 2 des ersten Entwurfs beibehalten, wobei die Einschränkung „*im Falle der Nichtzahlung*" in § 358 Absatz 1 Satz 2 des ersten Entwurfs gestrichen wurde; gleichzeitig wurde § 212 Absatz 1 des zweiten Entwurfs ein zweiter Absatz hinzugefügt, der es einem bestimmten Handelsinstitut gestattet, für die Geschäfte, an denen es beteiligt ist, Zinseszinsen zu vereinbaren.[1178] § 242 des dritten Entwurfs hingegen änderte hauptsächlich den Begriff „*Bankier*" in „*Inhaber eines Bankgeschäfts*", ist aber ansonsten fast identisch mit § 212 des zweiten Entwurfs.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Gesetzgeber des BGB zwei Erwägungen für die Begründung des Zinseszinsverbots aufgestellt hatte: Zum einen die Beseitigung der Rechtsspaltung in den Bundesländern und zum anderen die Abkehr vom bisherigen gewohnheitsrechtlichen Ansatz der Zinseszinsregulierung.[1179] Es scheint aber klar zu sein, dass nur die zweite dieser Erwägungen technisch relevant ist, um den Normzweck von § 248 Abs. 1 BGB zu ermitteln:

Anscheinend führte der Gesetzgeber auch bewusst ein neues Verständnis zur Regelung von Zinseszinsen ein. Er unterscheidet die als „Zufälligkeit"[1180] genannte, erst später zu treffende Abrede, in der die rückständigen Zinsen wiederum Zinsen tragen sollen von der im Voraus getroffenen Vereinbarung, in der festgelegt wird, dass die zulässigen Zinsen bei Nichtbezahlung wieder Zinsen tragen. Laut der hauptsächlich von *Karsten Schmidt* vertretenen Gestaltungstheorie unterscheiden sind diese zwei einander gegenübergestellten Fälle darin, ob die „*Zinsklarheit*" erfüllt sei oder nicht[1181], da der Gesetzgeber des neuen Zinseszinsverbots eindeutig den Wuchergedanken ablehne, da die Zinseszinsen nicht per se als unzulässig angesehen werden.[1182]

(2) Die kritische Würdigung der Gestaltungstheorie und der Inhaltstheorie

In Verbindung mit der Darlegung der Entstehungsgeschichte des § 248 Abs. 1 BGB ist die im Vorstehenden genannte Gestaltungstheorie zu korrigieren. Hier ist diese Analyse nicht zu wiederholen, wonach die „Gestaltungsungerechtigkeit" der Zinseszinsvereinbarung durch

---

[1176] Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888, S. 79.
[1177] Protokolle, Band I, 1897, S. 473.
[1178] Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, XXXIV.
[1179] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.
[1180] Siehe Protokolle, Band I, 1897, S. 473.
[1181] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.
[1182] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.

die zukünftige zufällige „Inhaltsungerechtigkeit“ – nämlich die Zinseszinsvereinbarung könnte ein unübersichtliches Risiko einer Zinskumulation darstellen – gerechtfertigt wird. In der anschließenden Diskussion wird auch die Plausibilität der jeweiligen inhaltlichen Interpretation im Kontext der unterschiedlichen Wahrnehmungen der Wirtschaftsstruktur des Zinses selbst reflektiert.

a. Die Modifizierung der Gestaltungstheorie: Nur Schutz vor abstrakter Gefahr wegen fehlender Privatautonomie

Die Korrektur der Gestaltungstheorie sollte mit der Diskussion von *Schmidt* über den Zinsbegriff beginnen, für den das Zinseszinsverbot gilt.

Schmidt argumentiert unter Heranziehung der Gestaltungstheorie, dass der von § 248 BGB geregelte Zins durch das *ratio legis* des Zinseszinsverbots – also die „Zinsklarheit“ – abgestimmt werden sollte.[1183] D.h. nur die „*wiederkehrende Leistung für den Gebrauch eines Kapitals ..., die nach Bruchteilen dieses Kapitals berechnet wird*“, bildet den Gegenstand des § 248 BGB.[1184] Mit anderen Worten: Die Zinsen im generellen Sinne des § 246 BGB sind bei der Anwendung des § 248 BGB einzuschränken.[1185] Das heißt, der Zinsbegriff im Sinne des § 248 BGB hat einen spezifischeren und engeren Bedeutungsgehalt.

Der Begriff „Zins“ bezeichnet hier nur *einen noch in einer Verrechnungsperiode befindlichen, noch nicht verrechneten Zins*, nämlich nicht die bereits verrechneten oder gar fällig gestellten Zinsen.[1186] Außerdem müssen diese Zinsen auch als „*Bruchteile*“ des Kapitals ausgewiesen werden. Die verbotene Zinseszinsvereinbarung nämlich, die nicht als „zinsklar“ gilt, ist eine Vereinbarung über die erneute Verzinsung solcher nicht verrechneter Zinsen, die in Bruchteilen des Kapitals ausgedrückt sind. Aufgrund dessen ist hier zu präzisieren, dass eigentlich nur der Zinseszins von dem Verbot erfasst werden soll, der auf einer „in Prozent“ ausgedrückten Zinssatzklausel basiert und daher „in Prozent“ angegeben wird. *Bezzenberger* weist darauf hin, dass das Zinseszinsverbot einen gewissen abstrakten „*Gefährdungstatbestand*“[1187] aufweist, dessen konkrete Eigenschaft er jedoch nicht näher erläutert. Der hier vertretenen Ansicht nach handelt es sich bei diesem Gefährdungstatbestand um eine Kombination aus „*ausstehendem/unverrechnetem Zins*“ und „*doppelten Prozenten*“. Diese Kombination birgt nach Auffassung des Gesetzgebers die abstrakte Gefährdung der Privatautonomie des Zinsschuldners.

Wurden die Zinsen zuvor bereits als ein absoluter Betrag bestimmt, treten die darauf vereinbarten Zinseszinsen damit als eine einfache Verzinsung auf, so dass die Regelung keine abstrakte Gefährdung der selbstbestimmten Parteiwillens darstellen dürfte. Erst durch den nachgelagerten Prozess der „*Valutierung*“ nach Ablauf der Zinsverschreibungsperiode wird

[1183] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 11.
[1184] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 11.
[1185] *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 73.
[1186] Vgl. auch *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 729 f.
[1187] *Bezzenberger*, Das Verbot des Zinseszinses, WM 2002, 1617, 1624.

diese abstrakte Gefahr der Zinseszinsberechnung endgültig beseitigt und unterliegt damit nicht mehr dem Zinseszinsverbot.[1188] So geschieht es auch im Kontokorrent nach § 355 HGB. Beim Kontokorrent wirkt die Ausnahmeregelung des Zinseszinsverbots in § 355 HGB nur dort, wo *im Voraus* vereinbart ist, den im (kausalen oder abstrakten) *Saldo* enthaltenen Zinsanteil zu verzinsen.[1189] Eine nachträgliche Verzinsung eines schon festgestellten Saldo, der einen Zinsanteil erhält, ist ohnehin zulässig.[1190] Außerdem wird durch die anschließende „*Stundung*" der Zinseszinsvereinbarung lediglich der Zeitraum der Zinsverschreibung in homogener Weise verlängert und dabei bleibt die abstrakte Gefährdung der Parteiautonomie bestehen, ohne dass sich die Interessenlage im Vergleich zu derjenigen, die zum Abschlusszeitpunkt der ursprünglichen Zinseszinsvereinbarung bestand, grundsätzlich ändert.

Daher ist die Konnotation der „Zinsklarheit" weiter einzuschränken: Sie sollte nicht auf das Risiko einer zukünftigen Zinskumulation gerichtet werden, sondern nur auf die mangelnde Privatautonomie, die in einer spezifischen Zinsberechnungsmodalität zum Ausdruck kommt. An dieser Stelle, wie *Bezzenberger* ausdrückt, widmet sie sich also einer „*Vertragseingangskontrolle*", d.h. der Situation, dass „*die Kosten des Darlehens in der Zukunft verschwimmen*", soweit die ausstehenden Zinsen mit „doppelten Prozenten" weiter berechnet werden. Diese Art der Kontrolle „*veranlasst den Schuldner beim Vertragsschluss, die kommenden Vertragspflichten stärker zu bedenken*."[1191] Die von *Reifner* vertretene Ansicht, dass „*§ 248 BGB der Erhaltung der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit des Kreditnehmers dient, indem er die notwendige Transparenz für das Entgelt verlangt*",[1192] kann auch von diesem Gesichtspunkt aus verstanden werden.

Dass angesichts der mangelnden Privatautonomie das Zinseszinsverbot die Zinseszinsvereinbarung unmittelbar als nichtig beurteilt, ohne dass es sich in Bezug auf die Rechtsfolgen auf die Regeln für Willensmängel (z.B. Irrtum nach § 119 BGB; arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung nach § 123 BGB, etc.) bezieht, könnte deshalb wahrscheinlich auf einer rechtspolitischen Überlegung[1193] basieren, welche auf die Entstehungsgeschichte des § 248 Abs. 1 BGB zurückgeführt werden kann. Als der Gesetzgeber bereit war, ein Zinseszinsverbot zu schaffen, sollte die partikularrechtliche Rechtszersplitterung zu diesem Zeitpunkt aufzuheben sein. Die klar aufzustellenden rechtlichen Konsequenzen des Zinseszinsverbots haben eindeutig zu dieser Rechtsvereinheitlichung beigetragen.

[1188] Ähnlich siehe *Weber*, FS Max Keller 1989, 323, 326.

[1189] Siehe unten V. 2. (1).

[1190] Vgl. Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 355, Rn. 32; *ders*, Funktion und Rechtsnatur des Kontokorrents, FS Hämmerle 1972, 55, 60; *Schmidt*, JZ 1981, 126, 127.

[1191] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1620.

[1192] *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.

[1193] Für mögliche Bedenken gegen eine solche rechtspolitische Überlegung, siehe jedoch *Mülbert*/*Sajnovits*, WM 2019, 1813, 1819.

b. Die Überlegung zur Inhaltstheorie: Ist nur der das Tempo der Aufhäufung von Schulden beschleunigende Mechanismus verboten?

Reifner geht davon aus, dass das Zinseszinsverbot einen „Kredit gegen Kredit" verbietet. In diesem Falle würde der auf ein Kapital geschuldete Zins getilgt und dann sofort dem Kapital zugeschlagen werden und mit ihm verzinslich werden, obwohl er gar nicht entstanden ist. Somit erhöht der Zinseszins die Zinspflicht.[1194] Was einige als Zinseszinsvereinbarung bezeichnen, ist die (im Voraus getroffene) Vereinbarung, dass die Zinsen dem Kapital wieder gutgeschrieben werden sollten; diese Vereinbarung unterscheidet sich im Wesentlichen nicht von dem, was *Reifner* ausdrückt.[1195] *Reifner* ist jedoch der Ansicht, dass der wesentliche Grund gegen diese Zinseszinsvereinbarung darin besteht, dass der Zinseszins nicht die wahre Produktivität widerspiegelt und den Zusammenhang zwischen Kapital und Zinsen pervertiert.[1196] Die Funktion dieser fiktionalen Produktion und Verschuldung von Zinseszinsen zu verbieten, sollte daher der Gegenstand des Verbots von Zinseszinsen sein.[1197]

(a) Die Begründung der fiktiven Schulderweiterung

Reifner versteht die Funktion des Zinseszinsverbots von einem ökonomischen Gesichtspunkt aus. Das Zinseszinsverbot, so erklärt er, weist auf einen Mechanismus hin, der die Expansionsrate von Zinsschulden im Vergleich zur herkömmlichen Situation deutlich erhöht, da die unverrechneten Zinsen im Voraus als Kapital ausgezahlt werden und in Zinsen weiterwachsen. Dogmatisch wäre ein solcher Mechanismus doch sicherlich denkbar.

aa) Aushöhlung der Hingabepflicht in § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB

Zunächst kann die Vereinbarung, dass die unverrechneten Zinsen im Voraus als Kapital ausgezahlt werden und in Zinsen weiterwachsen, die Hingabepflicht des Darlehensgebers aus § 488 Abs.1 Satz 1 BGB verzerren. Denn bei *Novation* werden die ungetilgten, vertraglich vereinbarten Zinsen unter vereinbarter Bedingung unmittelbar ins Kapital umgewandelt, was eigentlich dazu führt, dass dieser Prozess, wonach der Darlehensgeber die gezahlte Leistung dem Darlehensnehmer gegenüber wiederum „auszahlt", nachdem der Darlehensnehmer die Leistung erfolgreich bewirkt, vereinfacht oder sogar ganz aufgehoben wird. Ähnlich verhält es sich beim Kontokorrent, bei dem ein im Zinsanteil[1198] enthaltener Saldo durch gemeinsame „*Saldierung*" der ins Konto eingestellten Haupt- und Zinsforderungen entsteht („*Vereinfachungsfunktion*"[1199] und „*Kreditierungsfunktion*"[1200] des Kontokorrents).[1201] Die „Saldierung", also die *Verrechnung*, die zum Erlöschen der in das Kontokorrent eingestellten

[1194] *Reifner*, NJW 1992, 337, 338.
[1195] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 13.
[1196] *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.
[1197] *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.
[1198] Die Kontokorrentfähigkeit der Zinsforderung, siehe unten V. 2. (1).
[1199] MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 4.
[1200] Kontokorrent hat auch eine Kreditierungsfunktion, soweit bis zum Abschluss der Rechnungsperiode diejenige Partei, zu deren Gunsten sich ein Überschuss ergibt, der anderen einen Kredit gewährt. Vgl. MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 6.
[1201] Siehe auch unten V. 2. (1).

Ansprüche und somit zu einem kausalen Saldo führt, hat auch eine Erfüllungswirkung.[1202]

Nach Abschluss dieses fast automatisch erfolgten *Zins-Valutierung-Prozesses* hat der Darlehensnehmer seine verzinsliche Verpflichtung aber nicht wirklich abgegolten, während der Darlehensgeber seine Pflicht zur Auszahlung auch nicht mehr erfüllen kann. Im Rahmen dieses Prozesses hätte das Geld, das der Darlehensgeber auszahlen muss, jedoch aus der tatsächlichen Zahlung des Darlehensnehmers abgeleitet werden sollen. Danach ist der Darlehensnehmer allerdings zu einer neuen Rückzahlungspflicht verpflichtet. Nimmt man hier eine sachliche Sichtweise ein, wird das Problem klar: Wenn der Darlehensnehmer zur Zinszahlung einfach nicht in der Lage ist, als der Prozess der „Valutierung" startet, dann könnte die „Valutierung" dazu führen, dass der Darlehensnehmer mit einer fiktiven Schuld belastet wird.

Diese Möglichkeit fiktiver Schulden kann aus besonderen Gründen im Zusammenhang mit dem kaufmännischen Kontokorrent gerechtfertigt sein.[1203] Andernorts sind jedoch besondere Begründungen erforderlich. Der Gesetzgeber hat dies auch zur Kenntnis genommen, aber nur unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes beim Verbraucherdarlehen: Zinsen, die nach Eintritt des Verzugs anfallen, sind auf einem gesonderten Konto zu verbuchen und dürfen nicht in ein Kontokorrent mit dem geschuldeten Betrag oder anderen Forderungen des Darlehensgebers eingestellt werden, § 497 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Rechtsprechung versteht § 497 Abs. 2 Satz 1 BGB auch im Sinne der Vermeidung von fiktiven Schulden.[1204]

bb) Abstandnahme von der Bestimmtheit als Voraussetzung für die Begründung eines Verfügungsgeschäfts

Anschließend könnte der Fall, in dem die Zinsen in Form von vertretbaren Sachen statt direkt in Form von Geld vereinbart sind, unter Umständen die spezifische Anforderung des Verfügungsgeschäfts an die *Bestimmbarkeit* durchbrochen haben. Genauer gesagt wird die oben erwähnte Fiktion von Kapitalschulden dogmatisch auf folgende Weise realisiert: Je nach Abschluss der Zinsrechnungsperiode (wenn also die Zinsen dem Kapital zugeschlagen werden) kann davon ausgegangen werden, dass zu einem solchen Zeitpunkt die Zinsleistung durch den Darlehensnehmer durch ein *Besitzkonstitut* (§ 930 BGB) weiterhin bei diesem verbleibt, mit der Rechtsfolge, dass die Zinspflicht zugleich getilgt wird; später wird das Eigentum an den Zinsen durch eine sogenannte „*Übergabe kurzer Hand*" (§ 929 Satz 2 BGB) an den Darlehensnehmer übertragen und dadurch wird auch der Auszahlungspflicht des Darlehensgebers nachgekommen.[1205] In einer solchen Konstellation gibt es zwei

[1202] MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 70. Heutige Ansichten lehnen aber die novierende Wirkung der Verrechnung beim Kontokorrent ab und spricht für die Lehre von der quasi-Aufrechnungswirkung. Siehe *Blaurock*, Das Kontokorrent, JA 1980, 691, 692 f; Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 46 ff.

[1203] Siehe unten V. 2. (2).

[1204] Vgl. BGH NJW, 1993, 1260 (1261).

[1205] Vgl. auch *Schmidt*, JZ 1982, 829.

Verfügungsgeschäfte; allerdings bleibt der Zins als zu verfügender Gegenstand stets bei dem Darlehensnehmer und könnte wahrscheinlich bei demjenigen, bei dem die Zinsen automatisch zum Kapital geschlagen werden, überhaupt nicht bestimmt werden. D.h. beide Verfügungen könnten auf Grund der mangelnden Bestimmbarkeit der *dinglichen Einigungen* gar nicht entstehen.[1206] Dies bekräftigt wiederum den Befund, dass der Darlehensnehmer durch die Zinseszinsvereinbarung tatsächlich eine fiktive Schuld eingegangen ist.

(b) Die bedingte Novation

Rechtsdogmatisch kann die oben genannte Konstellation auch inhaltlich als eine „*bedingte Novation*" gestaltet werden, die wie folgt lautet: „*Nach Ablauf der Rechnungsperiode werden die fällig werdenden, alten Zinsschulden und die Kapitalschuld gelöscht. Stattdessen ist eine neue Kapitalschuld festzulegen, die der Höhe nach dem Gesamtbetrag aus ursprünglichem Kapital und dem Zinsrückstand entspricht*." In diesem Falle besteht lediglich eine Einigung der Parteien für eine Novation, und die Novation hat einen Erfüllungszweck (*solvendi causa*)[1207], da der Schuldner die ursprüngliche Leistung durch eine neue Schuld ersetzt, die an sich schon *eine neue Leistung* darstellt.[1208] Dabei muss der Darlehensgeber also weder seine Pflicht zur Auszahlung erfüllen, noch handelt es sich um ein dingliches Verfügungsgeschäft [1209], so dass sich das Problem des Bestimmtheitserfordernisses des Verfügungsgeschäfts für die Sache erübrigt. Dies scheint eine Absage mit der Struktur des von *Reifner* erörterten Zinseszinsmechanismus zu sein, der wegen ihrer fiktiven Ausweitung der Zinsen verboten werden sollte. Denn es könnte durchaus schwierig sein, die Vereinbarung der Novation selbst als direkten schuldenerhöhenden Mechanismus anzusehen. Sicherlich gibt es schon seit langem eine heftige Debatte darüber, ob eine solche Novation im Rahmen des Zinseszinsverbots verboten oder erlaubt sein sollte.[1210] Es wurde auch vertreten, eine solche „*Umgehungsstrategie*" solle ganz verboten werden.[1211] In jedem Fall muss aber eingeräumt werden, dass die von *Reifner* vertretene Auffassung des tatsächlichen Verbotsgrundes der Zinseszinsvereinbarung nicht zwingend ist. Die verbotene Zinseszinsvereinbarung könnte auch eine bloße Vereinbarung für die Novation sein. Bei dieser Auslegung würde das Zinseszinsverbot jedoch ein Verbot der spezifischen Art von Novationen darstellen. Wie *Schmidt* argumentierte, handele es sich bei dieser Interpretation um eine *institutionelle Neuerung*, während der mögliche Sinneswandel, der dahintersteht, noch unklar bleibt.[1212]

[1206] *Wolf*/*Wellenhofer*, Sachenrecht, 27. Aufl., München 2012, § 7, Rn. 6.

[1207] Manche betrachten sie als einen besonderen Fall der Leistung an Erfüllungs statt. Vgl. Erman/*Buck-Heeb*, 2020, § 364, Rn. 7; Staudinger/*Olzen*, BGB, 2011, § 364, Rn. 42. Dagegen spricht Staudinger/*Kern*, 2022, § 364, Rn. 44.

[1208] *Fikentscher*/*Heinemann*, Schuldrecht, 11.Aufl., Berlin 2006, § 38 II, Rn. 322.

[1209] *Esser*/*Weyers*, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teil 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 21 II, S. 334.

[1210] *Schmidt*, JZ 1982, 829.

[1211] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

[1212] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 830.

(c) Zwischenergebnis

Generell gesagt solle das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB, wie in der Inhaltstheorie ausgeführt, einen Schutzmechanismus vor einer Schuldfiktion darstellen. Die Wahl dieser Interpretation ist aber dogmatisch nicht zwingend und schon gar nicht unumstritten. Demgegenüber erscheint die Gestaltungstheorie, die den zu verbietenden Gegenstand des Zinseszinsverbots in einem bestimmten Tatbestand („unverrechnete Zinsen", „doppelte Prozente") identifiziert, in Bezug auf die Gesetzauslegung präziser und klarer und vermeidet die Streitigkeit über die Auswahl der konkreten Konstellationen.

3. Begrenzte Ähnlichkeit der §§ 289 und 248 Abs. 1 BGB in Bezug auf den Normzweck

In der Literatur werden bei der Erörterung des Normzwecks des Zinseszinsverbots die §§ 248 Absatz 1 und 289 Satz 1 BGB immer kombiniert diskutiert. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte, sollten sich beide Paragraphen jedoch voneinander unterscheiden. Die §§ 289 und 291 BGB stammen von § 249 im ersten Entwurf des BGB, der Folgendes vorschrieb: „*Von Zinsen, welche auf dem Gesetz beruhen, sind Verzugszinsen nicht zu entrichten; von Zinsen, welche sich in einem Rechtsgeschäft gründen, sind erst von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an Verzugszinsen zu entrichten. Das Recht des Gläubigers, den Ersatz des durch den Verzug erweislich erlittenen Schadens zu fordern, bleibt unberührt*."[1213] Im Gegensatz zu § 358 im ersten Entwurf des BGB, der auf die Aufhebung der Zinseszinsregel im gemeinen Recht abzielte, ist der § 249 im ersten Entwurf auf ein beschränktes Beibehalten des Zinseszinsverbots im gemeinen Recht gerichtet. Das heißt, es dürfen keine Verzugszinsen von Zinsen erhoben werden; zudem schließt der Gesetzgeber auch den Verzugsschaden von Zinsen nicht aus.[1214] Eine solche Beschränkung gewährt dem Schuldner einen zureichenden Schutz und stellt keinen Nachteil für den Gläubiger dar.[1215] Zwar hat der Gesetzgeber zugleich kurz darauf hingewiesen, dass die §§ 249, 358 des ersten Entwurfs des BGB miteinander vereinbar sind, was der hier vertretenen Ansicht nach aber bloß im Hinblick auf die Funktion des Schuldnerschutzes haltbar wäre.[1216]

Ist der Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB jedoch nur auf den Schutz der Privatautonomie der Vertragsparteien vor der abstrakten Zinseszinsberechnungsmethode (Korrektur der Gestaltungstheorie) beschränkt, sollte der konkrete normative Inhalt des § 289 Satz 1 BGB etwas anders sein, da dieser Satz ausschließlich auf die gesetzlichen Verzugszinsen von Zinsen ausgerichtet ist[1217], was nichts mit der „Privatautonomie" zu tun hat. Somit könnten die folgenden Aussagen zweifelhaft sein – § 289 Satz 1 BGB „folge"[1218]

[1213] Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888, S. 56.
[1214] Motive Band II, S. 63.
[1215] Motive Band II, S. 63.
[1216] Motive Band II, S. 63.
[1217] *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010, § 18, Rn. 192.
[1218] *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 73.

§ 248 Absatz 1 BGB, bilde einen „Unterfall“[1219] des § 248 Absatz 1 BGB oder „erweitere“[1220] § 248 Absatz 1 BGB.

Es ist indes festzustellen, dass § 289 BGB in engem Zusammenhang mit dem Verzugsschadensersatz steht. Nachfolgend wird somit darauf hingewiesen und anschließend ausgeführt, dass entsprechend dem Sinneswandel des § 288 BGB nach der Schuldrechtmodernisierung die Darstellung des Normzwecks des § 289 BGB auch einer Einstellung bedürfen könnte.

IV. Der gesetzliche Anwendungsbereich des Zinseszinsverbots

Auf den Anwendungsbereich von §§ 248 Abs. 1 BGB und 289 BGB kann nach einer erneuten Prüfung des Normzwecks eingegangen werden. Bei § 248 Abs. 1 BGB geht es hauptsächlich um die Überlegung, wie der Begriff „*im Voraus*“ auszulegen ist. Dagegen wird im Kontext von § 289 BGB die Frage gestellt, ob entsprechende Ansprüche entstehen oder nicht. Die relevante Auffassung in der Lehre müsste aber wieder durch den Normzweck und die systematische Auslegung abgestimmt werden.

1. Die Bedeutung der in § 248 Abs. 1 BGB befindlichen Begrifflichkeit „im Voraus“

Nach § 248 Abs. 1 BGB wird nur die im Voraus getroffene Zinseszinsvereinbarung unterbunden; man wies darauf hin, „im Voraus“ bedeute „*vor Fälligkeit*“.[1221] Da dem Ausdruck „vor Fälligkeit“ jedoch offensichtlich ein sehr allgemeiner und daher nicht eindeutiger Zeitraum innewohnt, sollte diese Formulierung durch die Lehre genauer beschrieben werden.

(1) Literaturansichten

Schmidt und seine Anhänger fanden, dass es nach h.M. hier zwar auf den *Fälligkeitszeitpunkt* ankomme,[1222] das Rechtsklarheitsziel des Zinseszinsverbots jedoch darüber vermöge, die Reichweite des Verbots zu messen und den Maßstab der Fälligkeit zu korrigieren.[1223] Der Begriff „im Voraus“ beruhe in Wirklichkeit nicht auf der fehlenden Fälligkeit, sondern auf der noch unbestimmten Höhe künftiger Zinsen.[1224] Da eine nachträgliche Zinseszinsvereinbarung zulässig sei, weil die Belastung des Schuldners absehbar sei[1225], stelle eine Verzinslichstellung keine *infinitkumulierte Verzinsung* dar, wenn deren endgültige Zinsbelastung ganz übersichtlich sei.[1226] Somit kommt die Ansicht von

---

[1219] *Bringezu*, Erbbauzins und Zinseszinsverbot, NJW 1971, 1168.

[1220] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 289, Rn. 1; Staudinger/*Feldmann*, 2019, § 289, Rn. 1; *Looschelders*, Schuldrecht allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 2013, § 15, Rn. 319; *Schmitz*, Zinsrecht: Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster/Hamburg 1994, S. 236.

[1221] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 24.

[1222] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.

[1223] *Schmidt*, JZ 1982, 829, 831.

[1224] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 25.

[1225] *Heermann*, Handbuch des Schuldrechts – Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003, § 4, Rn. 80.

[1226] Vgl. auch MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 5.

Schmidt dafür in Betracht, dass das Verbot des § 248 BGB eingeschränkt zu verstehen ist.[1227] *Reifner* ist dagegen der Ansicht, die Praxis führe nicht zu einem Widerspruch des § 248 BGB, wenn die Zinsen durch eingehende Zahlung sofort wieder getilgt werden.[1228] Allein bei allen im Voraus vereinbarten Zinseszinsen gewähre § 248 BGB den Schutz des Darlehensnehmers vor dem Missbrauch seiner wirtschaftlichen Schwäche.[1229] Hierbei seien die Zinseszinsen in der Erfüllungsphase als zulässig anzusehen. *Volkholz* hingegen argumentiert, dass die Parteien nach dem Ende der Zinsperiode dem Kapital die Zinsen zuschlagen dürfen.[1230] Eine vierte Auffassung besagt schließlich, es sei möglich, dass auf *rückständige* Zinsen weitere Zinsen zu leisten sind.[1231]

(2) Stellungnahme

Die Reichweite des Zinseszinsverbots soll im Einzelfall am Normzweck gemessen werden.[1232] Wie oben erwähnt, stimmt der Autor insofern nicht mit *Reifner* überein, als eine materielle Auslegung von § 248 Abs. 1 BGB hinsichtlich der sozialen und wirtschaftlichen Aspekte durchzuführen sei. Es ist eher davon auszugehen, dass § 248 Abs. 1 BGB allein dazu dient, die Verletzung der Privatautonomie des Schuldners durch den abstrakten Algorithmus von bestimmten Zinseszinsen zu verhindern. Die Ursache der Schädigung der Privatautonomie sind die Ausdrücke der „nicht verrechneten Zinsen“ und „doppelten Prozente“. Somit wird der unzulässige Faktor der Zinseszinsvereinbarung bestehen bleiben, solange der Inhalt der auszuführenden Schuldverhältnisse immer noch auf Grund des genannten spezifischen Tatbestandes berechnet wird. „*Fälligkeit*“ und „*Verrechnung*“ sind von unterschiedlicher Bedeutung.[1233] Die Zinsen können bereits verrechnet werden, aber noch nicht fällig sein. So wird z.B. bei einem einjährigen Festkredit vereinbart, dass die Zinsen vierteljährlich verrechnet werden sollen, ohne dass vereinbart wird, zu welchem Zeitpunkt die Zinsen zu entrichten sind. In diesem Falle wird die Zinspflicht gemäß § 488 Abs. 2 BGB erst nach einem Jahr fällig. Daher sollte der Ausdruck „im Voraus“ eigentlich auf den Zeitraum „*vor der Zinsverrechnung*“ beschränkt werden. Wenn also die Parteien nach Abschluss der Verrechnung des Darlehenszinses den absoluten Wert des Zinssaldos ausgerechnet haben oder berechnen können, ist die Neuberechnung der Zinsen auf dieser Grundlage, obwohl sie unter dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt immer noch eine „Zinseszinsvereinbarung“ darstellt, die „vor Fälligkeit“ geschlossen wurde, kein *abstrakter Zinseszins* mehr, der durch das gesetzliche Zinseszinsverbot verboten ist. So zeigt es sich auch in folgendem Beispiel: Am 1.2.2016 lieh A dem B 100.000 €, und der jährliche

---

[1227] Staudinger/*Schmidt*, 1982, § 248, Rn. 11.
[1228] *Reifner*, NJW 1992, 337, 341.
[1229] *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.
[1230] *Volkholz*, FS Dieter Reuter 2010, 413, 419.
[1231] *Weiler*, Schuldrecht allgemeiner Teil, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 9, Rn. 12.
[1232] Erman/*Schaub*, 2011, § 248, Rn. 2.
[1233] Die Ausnahme bleibt § 488 Abs. 2 BGB, nach welchem die Zinsschuld zum Eintritt ihrer Fälligkeit verrechnet wird, soweit die Parteien keine Verrechnungsperiode vereinbart haben. Vgl. *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 705.

normative Zinssatz betrug 10%. Die am Ende eines jeden Jahres ausstehenden, also unverrechneten Zinsen wurden nach Vereinbarung automatisch zum ursprünglichen Kapital geschlagen. Bis zum 01.02.2019 zahlte B nichts zurück. Am nächsten Tag einigten sich die Parteien deshalb darauf, den restlichen unverrechneten Gesamtbetrag des Darlehens aufgrund der ursprünglich vereinbarten Bedingung um drei Monate zu verlängern. Somit ist die Ansicht von *Volkholz* eher zutreffend, muss aber noch um einen Satz ergänzt werden: Zusammenfassend bezieht sich der Begriff „im Voraus" im Sinne des Zinseszinsverbots auf *den Zeitraum vor dem Ende der Verrechnungsperiode der abstrakten Zinseszinsen, die durch „doppelte Prozente" berechnet werden sollen*.

2. § 289 BGB

Bei § 289 BGB geht es insbesondere um den gesetzlichen Zinsanspruch. Der potentielle Streit darüber ist, wieso auf Zinsen die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB (nicht) abstrakt geltend gemacht werden können.[1234] Das konkrete Hauptproblem hierbei lautet, wieso es möglich ist oder nicht, den *Anlagezinsverlust* durch Verzug abstrakt zu behaupten oder in anderen Worten, ob die sogenannte „typisierende Schadensberechnung" [1235] beansprucht werden kann. Was hier von erheblicher Bedeutung ist, wie die Beziehung zwischen § 289 Satz 1 BGB und § 289 Satz 2 BGB gestaltet ist.

(1) Widerspruch zwischen Satz 1 und Satz 2 von § 289 BGB?

Dass § 289 Satz 1 BGB die Möglichkeit ausschließt, bei Zinsen die gesetzlichen Verzugszinsen aus § 288 BGB unmittelbar zu verlangen, ist ohne Zweifel. [1236] Im Rahmen einer konkreten Argumentation sind jedoch einige Ansichten zu beachten.

Die Lehre vor der Schuldrechtsreform zum Jahre 2002 sah die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB als nach „typisierender Denkweise"[1237] festzustellenden „abstrakten Schaden" oder „typischen Schaden" an.[1238] Mit der Erkenntnis, dass § 289 Satz 1 BGB die „typisierende Schadensberechnung" durch § 288 BGB ausschließe, hätte § 289 Satz 2 BGB dem System zufolge auch keinen Grund haben können, eine andere typisierende Schadensberechnung zu unterstützen.[1239] Trotz der vielen Kritik[1240] erkennt der BGH aber unter bestimmten Umständen an, dass Gläubiger (vor allem Banken oder Kreditinstitute[1241]) einen typischen Schadenersatz für entgangene Zinsen verlangen können.[1242] Wenn jedoch zum einen anzuerkennen ist, dass die Rechtssprechung in eine typisierende

---

[1234] BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[1235] *Löwisch*, Zinseszinsverbot und Verzugsschadensersatz, NJW 1978, 26.
[1236] BeckOK BGB/*Lorenz*, 2018, § 289, Rn. 1; *Reifner*, NJW 1992, 337, 342; *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 78.
[1237] Vgl. BGH, Urteil vom 5. November 1952 - II ZR 47/52 , NJW 1953, 337, Rn. 21 (juris); BGH NJW 1979, 1494; BGH NJW 1980, 1955 (1956); BGH NJW 1985, 2325; BGH NJW 2006, 2398.
[1238] *Belke*, JZ 1969, 586, 594.
[1239] Soergel/*Arnold*, 2014, § 289, Rn. 24.
[1240] Siehe *Kindler*, WM 1997, 2017, 2023 f.
[1241] BGH NJW 1993, 1260 (1261).
[1242] BGH NJW 1993, 1260 (1261).

Schadensberechnung (wenn auch nur beschränkt) einwilligt, zum anderen aber zugleich bestritten wird, dass § 289 Satz 1 BGB die Möglichkeit gesetzlicher Verzugszinsen ausschließt, die auch als eine typisierende Schadensberechnung betrachtet werden sollte, wäre dies widersprüchlich und daher wenig überzeugend. Der systematische Zusammenhang zwischen § 289 Satz 1 und 2 BGB bildet somit die Quelle einer potentiellen Streitigkeit.[1243]

(2) Der Sinneswandel bezüglich § 289 Satz 1 BGB

Für die Zeit vor der Schuldmodernisierung kann festgehalten werden, dass § 288 BGB aus dem römischen Recht stammt[1244], im System des Schadensersatzrechts verankert ist und darauf abziehlt, den Schaden auszufüllen,[1245] indem eine sich auf Schadensersatzrecht ausgerichtete Art von typisierender Schadensberechnung erfolgt. Wenn nun aber § 289 Satz 1 BGB die Geltendmachung eines „typischen Schadens" für Zinsen nach § 288 Abs. 1 BGB in alter Fassung verbietet, fällt es schwer, nämlich aus der möglichen Verknüpfung beider Paragraphen im Sinne des Normzwecks, nicht den Schluss zu ziehen, dass hinter § 289 Satz 1 BGB auch ein allgemeines Verbot der typisierenden Zinsschadensberechnung stehe, so dass dieses Verbot bei § 289 Satz 2 BGB für Verzugszinseszinsforderungen nach allgemeinem Schadensersatzrecht auch eingreife. Diese interpretative Möglichkeit besteht in Wirklichkeit[1246], auch wenn der BGH in der Tat eine typiserende Verzugsschadensberechnung für eine verzögerte Zinszahlung nach § 289 Satz BGB in alter Rechtslage für – zumindest bei Geldgläubigern in Form von Kreditinstituten – grundsätzlich zulässig erachtete.[1247]

Nach der Schuldrechtsreform haben sich die gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB, mit dem die EU-Richtlinie umgesetzt wurde, jedoch deutlich erhöht. Dahinter verbirgt sich eine Änderung der *legis ratio*.[1248] Wie schon ausgeführt[1249], sind die Regelungen über gesetzliche Verzugszinsen in § 288 Abs. 1 und 2 BGB als eine „*ius sui generis*"-Regelung auszulegen. Obwohl diese Regelung ohnehin die praktische Funktion übernimmt, Schäden zu ersetzen und entgangene Gewinne auszugleichen, basiert sie auf dem modernen Gedanken, dass „*der bloße Vorenthalt von Geld schon einen Schaden oder eine Bereicherung bedeutet*". Dieser Gedanke impliziert zwar eine Darstellung für „typisierende Schadensberechnung", ist aber nicht völlig gleichbedeutend damit. Vor diesem Kontext kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass § 289 Satz 1 BGB auch die Übertragbarkeit des Ansatzes des typischen Schadensersatzes auf den Verzugsschaden von Verzugszinsen verbietet, sondern lediglich, dass § 289 Satz 1 BGB den Anwendungsbereich der beiden „*sui-generis*"-Regelungen in § 288 Abs. 1 und 2 BGB in gleicher Weise wie ein „ius sui

---

1243 Soergel/*Arnold*, 2014, § 289, Rn. 24.

1244 Vgl. *Huber*, Leistungsstörungen Band II, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 1999, S. 68 f.

1245 PWW/*Schmidt-Kessel*, 2016, § 288, Rn. 1.

1246 Siehe *Reifner*, NJW 1992, 337, 342 f. m.w.N.

1247 Vgl. BGH NJW-RR 1986, 205 (207). Dem folgend, *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 74 ff. Dem nicht folgend, *Reifner*, NJW 1992, 337, 343. Die Kritik des BGH an der Ansicht von *Reifner*, siehe BGH NJW 1993, 1260.

1248 *Canaris*, FS Koziol 2010, 45, 64.

1249 Siehe oben D. II. 2. (2) b. (e).

generis“ einschränkt. Daher kommt § 289 Satz 1 BGB eine isolierte Bedeutung zu und steht in keinem sinngemäßen Zusammenhang mit dem zweiten Satz desselben Paragraphen, der zum allgemeinen System des Schadensersatzrechts zurückkehrt.

Dementsprechend wird die zweckmäßige Rekonstruktion von § 288 Abs. 1 und Abs. 2 BGB unmittelbare Auswirkungen auf die Auslegung der beiden Sätze des § 289 BGB haben. Der umgewandelte Normzweck des § 289 Satz 1 BGB lautet anhand der vorherigen Ausführungen nun, dass bei Zinsen nur die *unwiderlegbare* gesetzliche Vermutung unter Berücksichtigung die Rechtstechnik, dass „*der bloße Vorenthalt von Geld schon einen Schaden oder eine Bereicherung bedeutet*“, im Sinne von ius sui generis nicht gilt. Der Umkehrschluss hieraus ist, dass bei Zinsen eine *widerlegbare* Vermutung, dass „*die bloße Vorenthaltung von Geld schon einen Schaden oder eine Bereicherung bedeutet*“, dennoch gilt. Daher hält das Argument, § 289 Satz 2 BGB lehne bei Zinsen die „typisierende Schadensberechnung“ völlig ab, nicht mehr stand.

Verboten ist nach § 289 Satz 1 BGB daher lediglich, auf Zinsen die gesetzlichen Verzugszinsen gemäß § 288 BGB unmittelbar geltend zu machen; dies hindert § 289 Satz 2 BGB auch nicht an der Möglichkeit, den durch eine verzögerte Zahlung von Zinsen entstandenen Zinsschaden „*zinsförmig*“ darzulegen und zu beweisen.[1250] Bemerkenswert ist, dass sowohl in der Rechtsprechung[1251] als auch in der Literatur[1252] die Auffassung vertreten wurde, dass ein Gläubiger keinen „Verzugszinsschaden vom Verzugszinsschaden“ berechnen darf, indem er den Zinsschaden im Wege des Kontokorrents in eine „Schadensrechnung“ einstellt. Wie der BGH jedoch zu Recht bekräftigt, liege dies daran, dass der so berechnete Verzugszinsschaden dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht entsprechen würde.[1253] Die Literaturmeinung[1254], dass der Grund gegen diese Schadensberechnungsmethodik in der Anwendung des § 289 Satz 1 BGB liege, leuchtet daher nicht ein. Es fehlt bei einer „Schadensberechnung“ auch an dem Gefährdungstatbestand im Sinne des § 248 Abs. 1 BGB, da der in Rechnung gestellte „primäre“[1255] Verzugszinsschaden regelmäßig in absoluten Zahlen wiedergegeben werden kann.

3. Zwischenergebnis

Zunächst ist der Anwendungsbereich von § 248 Abs. 1 BGB eng mit dem Begriff „im Voraus“ verbunden. Gemäß der hier vertretenen „korrigierten Gestaltungstheorie“ entspricht der Begriff „im Voraus“ dem Zeitraum vor Abschluss der Verrechnungsperiode der noch

[1250] Vgl. *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 76, 78; BGH NJW-RR 1986, 205 (207).
[1251] *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 76, 78.
[1252] BGH NJW 1260 (1261).
[1253] Vgl. BGH NJW 1260 (1261).
[1254] *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 76.
[1255] Vgl. BGH NJW 1260 (1261); *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 76.

ausstehenden abstrakten Zinsen, die nach den „doppelten Prozenten“ berechnet werden sollen.

Zum anderen unterscheidet sich der Zweck des § 289 Satz 1 BGB von dem des § 248 Abs. 1 BGB. Mit dem Sinneswandel des § 288 Abs. 1 und 2 BGB soll sich auch der Normzweck des § 289 Abs. 1 BGB ändern und zu einer Vorschrift mit „ius generis“-Charakter werden, die der Anwendung des § 289 Abs. 2 BGB sinngemäß nicht entgegenstehen kann. § 289 Satz 2 BGB verweist auf die Regelung des § 288 Abs. 4 BGB, die dem Zinsgläubiger eine „typisierende Schadensberechnung“ für den Zinsschaden ermöglicht.

V. Die gesetzlichen Ausnahmen des Zinseszinsverbots

Auch im BGB gibt es eine Reihe von gesetzlichen Ausnahmen von § 248 Abs. 1 BGB. Es folgt somit eine Analyse dieser Ausnahmen vom Zinseszinsverbot in § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB. Diese gesetzlichen Ausnahmen können dazu beitragen, das Verständnis vom Zinseszinsverbot zu vertiefen.

1. Die spezifischen Bankgeschäfte von Kreditinstituten (§ 248 Abs. 2 BGB)

Die erste Vorschrift über eine gesetzliche Ausnahme von § 248 Abs. 1 BGB ist § 248 Abs. 2 BGB. In beiden Sätzen dieses Absatzes ist jeweils eine Ausnahme vom Zinseszinsverbot enthalten. Es stellt sich die Frage, ob diese beiden Ausnahmen einen Aufschluss über das Verständnis vom Normzweck des Zinseszinsverbots in § 248 Abs. 1 BGB geben können.

(1) Passivgeschäfte von Kreditinstituten (Satz 1)

Eine Ausnahme sieht Satz 1 des § 248 Abs. 1 BGB für Passivgeschäfte vor, die von bestimmten Kreditinstituten getätigt werden.[1256] Die in diesem Satz verwendeten Begriffe „Sparkasse“, „Kreditgeber“ und „Bankgeschäft“ sind in den §§ 1, 39 und 40 des Kreditwesensgesetzes (KWG) geregelt.[1257] Kurzum: Das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB gilt nicht, wenn es sich um das *Passivgeschäft* eines Kreditinstituts handelt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG).[1258] Es wurde teilweise vertreten, dass das Bedürfnis nach Rechtsklarheit in diesen Fällen nicht bestehe und dabei der Tatbestand des § 355 Abs. 1 HGB in der Regel auch bereits erfüllt sei, so dass § 248 Abs. 1 HGB nicht eingreife.[1259] Diese Auffassung wiederholt jedoch lediglich den Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB in einer umgekehrten Formulierung. Nach einer anderen Auffassung gehe der Schutzzweck des § 248 Abs. 1 BGB gegenüber der Zinseszinsvereinbarung nicht zu Lasten von Kreditinstituten im Einlagengeschäft.[1260] Aus dieser Auffassung scheint sich eine allgemeine einschränkende Regel ableiten zu lassen, nämlich dass der Anwendungsbereich des § 248 Abs. 1 BGB auf diejenigen

[1256] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 11.
[1257] Nk-BGB/*Bergdolt*, 2021, § 248, Rn. 5.
[1258] Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 4.
[1259] Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 5; Erman/*Schaub*, 2011, § 248, Rn. 4.
[1260] Soergel/*Arnold*, 2014, § 248, Rn. 11.

Zinseszinsvereinbarungen beschränkt werden sollte, die den Schuldner in materieller Hinsicht wirklich benachteiligen, wobei aber fraglich wäre, ob eine solche allgemeine Folgerung möglich ist. Folgt man einer Auslegung, die den Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB möglichst wenig tangiert, so kann es der hier vertretenen Ansicht nach so sein, dass Zinsen, die im Rahmen des Einlagengeschäfts von Kreditinstituten anfallen, ursprünglich nicht unter die von § 248 Abs. 1 BGB zu regelnden Zinsen fallen. Obwohl die Zinsen auf eine Einlage dogmatisch die gleichen „*drei Elemente*" aufweisen könnten wie die Zinsen auf ein reines Darlehensgeschäft, unterscheiden sie sich grundlegend in ihrer wirtschaftlichen Funktion. Nimmt ein Kreditinstitut eine Einlage an und verspricht es dem Kunden eine Zinszahlung, hat in der Realität regelmäßig nur dieses Kreditinstitut einen maßgeblichen Einfluss auf die Preisgestaltung, selbst wenn es sich um ein „*Passiv*"geschäft handelt. Dies ist jedoch bei einem typischen Darlehensgeschäft nicht der Fall, bei dem häufig der Darlehensgeber die Preismacht hat. Wenn § 248 Abs. 1 BGB lediglich die abstrakte Gefährdung der Schuldnerstellung durch einen bestimmten Kalkulationstatbestand verhindern soll, liegt die Vermutung nahe, dass er nur denjenigen schützt, der nicht die Macht hat, den Preis zu gestalten. Aber eine solche abstrakte Gefahr kann bei der Person, die die Preisgestaltung beherrscht, kaum entstehen. Wenn man in diesem Sinne noch versucht, einen allgemeingültigen Schluss aus § 248 Abs. 2 Satz 1 BGB zu ziehen, so kann die gesetzliche Ausnahme somit nur schwerlich zum Ausdruck gebracht werden, dass § 248 Abs. 1 BGB den Schuldner vor einer für ihn *materiell* nachteiligen Zinseszinsvereinbarung schützen soll, sondern es ist vielmehr davon auszugehen, § 248 Abs. 1 BGB schütze nur denjenigen, der die Preisgestaltung nicht beherrschen und damit das Risiko der abstrakten Unsicherheit über das betragsmäßige Volumen seiner künftigen Verbindlichkeiten nicht überprüfen und dann kontrollieren könne.

(2) Verzinsliche Schuldverschreibung für Aktivgeschäfte von Kreditinstituten (Satz 2)

Der zweite Satz des § 248 Abs. 2 BGB sieht eine Ausnahme für bestimmte Aktivgeschäfte von Kreditinstituten vor.[1261] Da die überwiegende Mehrheit der Aktivgeschäfte zum Nachteil des Kreditnehmers gehen, muss diese Ausnahme weiter eingeschränkt werden.[1262] Eine eingeschränkte Betrachtung führt dazu, dass ein Kreditinstitut, das einem anderen ein Darlehen gewährt und berechtigt ist, in Höhe dieses Darlehens *eine verzinsliche Schuldverschreibung* im Sinne von § 793 BGB an den Inhaber auszugeben, bei diesem Darlehen im Voraus eine Verzinsung auf Zinsrückstände versprechen kann.[1263] Ein solches Recht zur Ausgabe von verzinslichen Schuldverschreibungen auf den Darlehensbetrag benötigt das Kreditinstitut nur dann, wenn die Hingabe des Kredits von der Bestellung *einer besonderen Sicherung* abhängig gemacht wird und der gesicherte Rückzahlungsanspruch des Kreditinstituts die Zahlungsverpflichtung aus der Schuldverschreibung unmittelbar sichern

[1261] Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 4.
[1262] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 11.
[1263] Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 4; Palandt/*Grüneberg*, 2018, § 248, Rn. 3.

soll.[1264] Da es hier keine *Fristentransformation* gibt, kann das Kreditinstitut seinen Zahlungsstrom also nur durch die Ausgabe von Schuldverschreibungen refinanzieren, die mit dem bereits hingegebenen Darlehensbetrag kongruent sind, vorausgesetzt, dass die bereits bestehenden Darlehensforderungen durch die mit der Ausgabe der Verschreibungen eingegangenen Schulden gesichert sind.[1265] Damit ist die Existenzberechtigung der Zinseszinsvereinbarung gerechtfertigt, da sie die Refinanzierungspraxis des kreditgebenden Instituts mit genannter Gestaltung sichert und, da das Kreditinstitut ohne eine solche Zinseszinsvereinbarung keine Verschreibungen ausgegeben hätte, die kongruent mit dem zuvor ausgegebenen Darlehensbetrag übereinstimmt.[1266]

2. Kaufmännisches Kontokorrent (§ 355 Abs. 1 HGB)

Eine weitere Ausnahmevorschrift von § 248 Abs. 1 BGB ist § 355 Abs. 1 HGB, der vorsieht, dass das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB nicht für ein Kontokorrent gilt, bei dem mindestens eine der Parteien ein Kaufmann ist.

(1) Die Regelung des § 355 Abs. 1 HGB

§ 355 Abs. 1 HGB regelt einen *Periodenkontokorrent*, bei dem die Parteien in einer *Kontokorrentvereinbarung*[1267] bestimmen, dass die in Rechnung gestellten Einzelforderungen des jeweils anderen periodisch verrechnet werden sollen.[1268] Bis zum Ende der Rechnungsperiode verlieren die in der Rechnung eingestellten Einzelforderungen ihre jeweilige rechtliche Selbständigkeit und können vom Gläubiger nicht gesondert beansprucht werden.[1269] Nach dem Ende der Rechnungsperiode wird dagegen zunächst *ein kausaler Saldo* durch Verrechnung gebildet, dessen rechtliches Schicksal von den in der Rechnung eingestellten Einzelforderungen zusammengehalten wird. Dann erfolgt – oft „*automatisch*“, je nach Vereinbarung der Parteien – eine abstrakte Anerkennung dieses Saldos, die einen entsprechenden abstrakten Anspruch losgelöst von den zuvor in Rechnung gestellten Einzelforderungen begründet.[1270]

Die Ausnahmvorschrift des § 355 Abs. 1 HGB konzentriert sich auf die „Saldoforderung“, die durch *Verrechnung* begründet wird, d.h. es besteht hier zunächst kein Verbot für eine im Voraus getroffene Zinseszinsvereinbarung dieses *kausalen* Saldos.[1271] Der BGH war auch der Meinung, dass § 355 Abs. 1 HGB Zinseszinsen „*vom Tage des Abschlusses der jeweiligen Rechnungsperiode an*“ zulässt.[1272] Führt man diese Folgerung

[1264] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 11.
[1265] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 11.
[1266] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 11.
[1267] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 25, Rn. 18; *Brox*/*Henssler*, Handelsrecht, 22. Aufl., München 2016, Rn. 344; Geßler/Hefermehl/Hildebrandt/Schröder/*Hefermehl*, 1976, HGB § 355, Rn. 104.
[1268] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 25, Rn. 4.
[1269] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 25, Rn. 7 ff.
[1270] *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 25, Rn. 15 ff; *Brox*/*Henssler*, Handelsrecht, 22. Aufl., München 2016, Rn. 349 ff.
[1271] Vgl. Vgl. *Schmidt*, JZ 1981, 126, 127; Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 355, Rn. 32.
[1272] Vgl. BGH, Urteil vom 7. November 1985 - III ZR 129/84, Rn. 34 (juris).

weiter, so bleibt die Kontokorrentfähigkeit der innerhalb der Rechnungsperiode bestehenden Zinsforderungen immer unberührt, wenn hier ein kaufmännisches Kontokorrent besteht und somit § 248 Abs. 1 BGB nicht eingreift. Hier dürfen die Parteien durch die Verrechnung zu einem kausalen Saldo kommen, der den Zinsanteil enthält.

Demnach ist es auch folgerichtig, die im Voraus vereinbarte Zinseszinsvereinbarung des *abstrakten* Saldos, der einen Zinsanteil erhält, zuzulassen[1273], da der abstrakte Saldo lediglich durch – oft automatisches – Anerkenntnis des kausalen Saldos entsteht. Zudem ist der abstrakte Saldo selbst schon tauglich, Zinseszinsen zu erzeugen. Denn wenn die Parteien einen abstrakten Saldo erlangten, der einen Zinsanteil enthält, sollte dieser Saldo zum gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB oder § 352 HGB verzinst werden, auch wenn die Parteien dies nicht im Voraus ausdrücklich bestimmt haben, da dies dem Charakter des Kontokorrents als Regelfall in der Geschäftswelt entspricht.[1274]

(2) Entsprechende Anwendung des § 355 Abs. 1 HGB auf das nichtkaufmännische Kontokorrent?

Fraglich ist, ob die Ausnahmeregelung des § 355 Abs. 1 HGB auf das Kontokorrent unter Nichtkaufleuten anwendbar ist. Dem ist durch die herrschende Meinung eine Absage erteilt worden. Eines der Argumente ist, dass der Umstand, dass § 355 Abs. 1 HGB die Beteiligung eines Kaufmanns voraussetzt, ins Leere laufen würde, wenn die Vorschriften der §§ 355-357 HGB stets analog auf ein *beiderseitig* nichtkaufmännisches Kontokorrent angewendet werden könnten.[1275] Dabei fehlt es jedoch an einem materiellen Grund.

Demgegenüber vertrat *Canaris* die Auffassung, dass es sich um die *Besonderheit des Kontokorrents* selbst handele, nämlich, dass das Kontokorrent der Vereinfachung und Vereinheitlichung der Buchführungspraxis diene, während bei Anwendung des Zinseszinsverbots immer zwei gesonderte Rechnungen im Rahmen des Kontokorrents geführt werden müssen. Eine verzinsliche für die Hauptforderung und eine unverzinsliche für die Zinsforderung. Hieraus ergebe sich eindeutig, dass das Zinseszinsverbot ein Hindernis für die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Geschäftspraxis darstelle.[1276] Darüber hinaus erwähne die Begründung zu Art. 224[1277] im *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1857*, der historische Vorgänger des § 355 Abs. 1 HGB, einen „*allgemeinen kaufmännischen Gebrauch*“[1278] als Grund für die ausnahmsweise

---

[1273] Vgl. *Schmidt*, JZ 1981, 126, 127.

[1274] Vgl. Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 64.

[1275] Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 355, Rn. 31; Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 15; *Blaurock*, JA 1980, 691; Geßler/Hefermehl/Hildebrandt/Schröder/*Hefermehl*, 1976, HGB § 355, Rn. 9; *Maier*, Das Kontokorrent, JuS 1988, 196, 197.

[1276] Vgl. Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 355, Rn. 31.

[1277] Art. 224 Abs. 1 dieses Entwurfs lautet: „*Wenn ein Kaufmann mit einem andern Kaufmann in laufender Rechnung steht, so ist der, welchem beim Rechnungsabschluß ein Ueberschuß gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenngleich darunter Zinsen begriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt*.“ Siehe Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil: Entwurf, Berlin 1857, S. 43.

[1278] Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Zweiter Theil: Motive, Berlin 1857, S. 112.

Nichtanwendung des Zinseszinsverbots im Rahmen des Kontokorrents unter Kaufleuten. Es wäre dann mit dem *wirtschaftlichen Denken* und den *kaufmännischen Gepflogenheiten* unvereinbar, wenn der im Verechnungssaldo enthaltene Zinsanteil nicht verzinst werden dürfte, sondern nur als „*totes Kapital*" zurückbehalten werden müsste.[1279] Dieser Heranziehung von „kaufmännischen Gepflogenheiten" als Rechtfertigung für den Ausschluss des Zinseszinsverbots ist beizupflichten. Sie wird auch durch viele befürwortet.[1280]

Allerdings ist die bisher herrschende Meinung zu bedenken, dass das Zinseszinsverbot *auch* in Fällen, in denen eine Partei ein Kaufmann und die andere ein Nichtkaufmann ist, nicht eingreifen sollte.[1281] Die Übertragbarkeit des oben genannten „kaufmännischen" Arguments auf das Kontokorrent mit Beteiligung *eines* Nichtkaufmanns ist nicht selbstverständlich. Die „*kaufmännischen* Gepflogenheiten" mögen noch funktionieren, wenn die Nichtkaufleute Künstlerinnen oder Freiberufler sind; könnten aber außer Kraft treten, wenn der Nichtkaufmann *Verbraucher* ist.[1282] Dem „kaufmännischen" Argument zufolge wäre es daher sachgerecht, die Anwendung von § 355 Abs. 1 HGB im Falle des Kontokorrents mit Beteiligung des Verbrauchers auszuschließen.[1283]

Das oben vorgeschlagene Verständnis stellt aber im Lichte der aktuell herrschenden Meinung eine restriktive Interpretation des Wortes „*jemand*" in § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB dar, die weitreichende Folge mit sich bringen könnte. Es lässt sich in dem geltenden Recht jedoch noch eine gewisse Unterstützung für dieses Verständnis finden.

Man könnte beispielsweise der Meinung sein, dass im Falle des Kontokorrents der Verbraucher schutzwürdig ist. Die Anhänger der Inhaltskontrolle bezüglich des Normzwecks des Zinseszinsverbots könnten an dieser Stelle auf den Gedanken des „*Überschuldungsschutzes*" verweisen und argumentieren, die Verbraucher, die sich auf das Kontokorrent einlassen, wurden oft mit der Schwierigkeit konfrontiert, die Komplexität des Verrechnungsverhältnisses vollständig zu erfassen. Somit seien Verbraucher auch nicht kompetent genug, den Verrechnungsprozess zu überprüfen, und laufen daher Gefahr, von anderen ausgenutzt zu werden und somit die Überschuldung wegen „fiktiver Schulden"[1284] tragen zu müssen; die Aufgabe des Zinseszinsverbots liege somit in der Abwendung der Entstehung dieser Überschuldung.[1285]

Diese Sichtweise ist dadurch zu ergänzen, dass die Gefahr der Unübersichtlichkeit beim Kontokorrent mit Beteiligung des Verbrauchers – insbesondere beim Kontokorrentkredit (für

---

[1279] Vgl. Großkommentar/*Canaris*, 2004, HGB § 355, Rn. 31;

[1280] Vgl. *Bitter*/*Schumacher*, Handelsrecht, 3. Aufl., München 2018, § 8, Rn. 9.

[1281] Vgl. MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 11; Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 13, 15. Siehe auch das klare Wort „*jemand*" in § 355 Abs. 1 Satz HGB, vgl. *Schmidt*, JZ 1981, 126, 129; *Canaris*, Der Kontokorrentratenkredit – eine neue Form des Konsumentenkredits, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1987, 1, 2.

[1282] Vgl. *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.

[1283] Vgl. auch *Reifner*, NJW 1992, 337, 340 f. m.w.N.

[1284] Siehe auch oben III. 2. (2) b. (a) aa).

[1285] Siehe auch *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.

das Kontokorrent beim Passivgeschäft ist schon eine gesetzlich zugeschnittene Ausnahmeregelung des Zinseszinsverbots, nämlich § 248 Abs. 2 Satz 1 BGB, anwendbar[1286]) – eigenlich nicht einfach beseitigt werden könnte, nur weil eine der Parteien Kaufmann (z.B. eine Bank) ist. Dieser Befund ist auch schon durch § 497 Abs. 2 Satz 1 BGB im Zusammenhang mit Verzugszinsen bekräftigt.[1287] Dabei geht es – dem oben festgestellten Normzweck[1288] des Zinseszinsverbots zufolge – darum, dass bei *Verbraucherkrediten* mit *einseitiger* Beteiligung des Kaufmanns ein alleiniges verzinsliches Kontokorrent, in dem Zinsforderungen auch eingestellt werden, nicht die Intransparenz der Zinsberechnung verringert, sondern sie erhöht.[1289]

(3) „Periodizität" und Zinseszinsverbot

Es stellt sich noch die weitere Frage, ob die „Periodizität" des Kontokorrents einen gewissen Grad erreichen muss, sodass ein Ausschluss des Zinseszinsverbots ermöglicht wird. *Canaris* war der Meinung, der typischste Fall des Kontokorrents sei das Bankkontokorrent, bei dem die Verrechnungsperiode oft taggenau sei und ein solches Kontokorrent von Banken entspreche eindeutig dem Modell des § 355 Abs. 1 HGB.[1290] Vielfach wurde aber auch diese Auffassung vertreten, dass selbst bei einem Verzicht auf die Periodizität des Kontokorrents und somit bei Aufnahme des so genannten „*Staffelkontokorrents*" der § 355 Abs. 1 HGB auch analog angewendet werden könne, da auch in diesen Fällen ein Bedürfnis nach Vereinfachung und Vereinheitlichung der Verrechnung unter Kaufleuten bestehe.[1291] Man argumentierte daraufhin, dass die Verkürzung der Verrechnungsperiode auf einen Tag keine Umgehung des § 248 Abs. 1 BGB darstelle, sondern nur über § 138 Abs. 1 BGB geregelt werden könne.[1292]

Sobald die Verrechnungsperiode im Rahmen des Kontokorrents auf einen kürzeren Zeitraum als die übliche Mindestverzinsungseinheit (Tage) reduziert wird, könnte man zu dem Bedenken kommen, ob ein solches Kontokorrent noch in den Anwendungsbereich des § 355 Abs. 1 HGB fallen würde. Darüber hinaus könnte in einer so ungewöhnlichen Situation, in der der Verrechnungsprozess so schnell abläuft, dass sich die nach jeder Verrechnungsperiode ermittelten Informationen nur kurz danach ändern können, kaum von einem Nichtkaufmann in einem so kurzen Zeitraum ein haltbarer Überblick über den Fortschritt der Geschäftsverbindung erwartet werden.

Die Gefahr, die hier gesehen wird, könnte aber lebensfern sein. Denn selbst in der Geschäftsverbindung von Kreditinstituten wie Banken kommt eine Konstellation für Einzelne selten vor, in der gegenseitige Forderungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums und an

---

[1286] Siehe oben V. 1. (1).
[1287] Siehe auch oben III. 2. (2) a.
[1288] Siehe auch oben III. 2. (2) b. (c).
[1289] Vgl. auch *Reifner*, NJW 1992, 337, 341.
[1290] Vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006, § 25, Rn. 19.
[1291] Vgl. Heidel/Schall/*Eberl*, 2019, HGB § 355, Rn. 8; Geßler/Hefermehl/Hildebrandt/Schröder/*Hefermehl*, 1976, HGB § 355, Rn. 115; MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 26.
[1292] Vgl. MüKoHGB/*Langenbucher*, 2018, § 355, Rn. 24.

jedem Tag innerhalb dieses Zeitraums so ausufernd auftreten, dass Verrechnungen besonders häufig erforderlich sind. Selbst wenn eine solch besondere Art einer Geschäftsbeziehung vorliegt, kann es letztendlich unausweichlich sein, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzellfalles und der kaufmännischen Gepflogenheiten zu prüfen, ob eine solche Geschäftsverbindung von vornherein einer häufigen Verrechnungsperiode bedarf oder diese sogar erfordert. Besteht eine solche besondere Geschäftsverbindung dagegen nicht, dann führt eine häufige Verrechnungsperiode in der Regel nicht zu einem rechtlich erheblich anderen Saldowert, sondern eher zu einer Wiederholung des alten Saldostandes. Praktisch gesehen dient das Kontokorrent an dieser Stelle dem Rechnunginhaber, um ihm mit einer jederzeit abrufbaren Information zu helfen, den Verlauf der Schuldbeziehung besser zu erfassen.

Es trifft somit zu, dass die Periodizität per se kein entscheidender Faktor für den Ausschluss der Anwendung des Zinseszinsverbots sein kann. Ist die Verrechnungsperiode außerwöhnlich kurz und liegen dabei keine relevanten besonderen fallbezogenen Umstände oder besondere Gepflogenheiten im Handelsverkehr vor, so liefert dies, wie in der Literatur ausgedrückt, allenfalls einen Hinweis dafür, dass die Umstände des Einzelfalles hier im Wege des § 138 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen sind. Die Vorstellung, eine ungewöhnlich kurze Verrechnungsperiode hänge schon an sich mit dem verbotenen Risiko von Zinseszinsen zusammen, mag, wie erwähnt, einer unrealistischen Wahrnehmung der Wirklichkeit entspringen.

(4) Einseitige Inrechnungstellung der Forderung und das Zinseszinsverbot

Fraglich ist auch, ob bei Geschäftsverbindungen zwischen Parteien des Kontokorrents die gegenseitige Verbindlichkeit der beiden Parteien wirklich entstanden sein muss. Von der Beantwortung dieser Frage hängt ab, ob § 355 Abs. 1 HGB ausnahmsweise nicht auf *Kontokorrentkredite* anzuwenden ist. Nach herrschender Auffassung ist nicht erforderlich, dass Ansprüche der beiden Parteien tatsächlich entstanden sind, sondern nur, dass die theoretische Möglichkeit der Entstehung beiderseitiger Ansprüche besteht.[1293] Auch der BGH scheint der Meinung zu sein, dass die Ausnahmevorschrift des § 355 Abs. 1 HGB auf Kontokorrentkredite angewendet werden kann.[1294]

Reifner vertritt jedoch eine andere Auffassung: § 355 HGB setze voraus, dass das Konto in der Regel so verwendet werde, dass die faktisch vorherrschende Situation seitens des Kontos darin bestehe, dass sowohl ein positiver (*Geben*) als auch ein negativer (*Nehmen*) Wert des Kontostandes bestehe und nicht in der bloßen Möglichkeit dazu; § 355 HGB gehe deswegen von der periodischen Verrechnung aus, weil die zwischen den Parteien bestehenden beiderseitigen Forderungen „ausgeglichen“ werden sollen; außerdem erlaube die Zulassung

[1293] Vgl. Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 11; *Canaris*, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1987, 1, 3.

[1294] „*Eine Kontokorrentabrede ist zwar für den Bankgirovertrag typisch, nicht aber für jeden Bankkredit. Gerade um eine Umgehung des Zinseszinsverbots zu vermeiden, ist vielmehr eine Abgrenzung zwischen Kontokorrent und ratenweiser Tilgung eines Darlehens nötig*.“ Vgl. BGH NJW-RR 1986, 205 (206); BGH, Urteil vom 7. November 1985 - III ZR 129/84, Rn. 34 (juris).

von Zinseszinsen nicht zugleich, dass der Kontoinhaber schließlich einseitig belastet werden dürfe.[1295] Zur Zeit der Schaffung des § 355 HGB sei die Praxis der laufenden Rechnungen, die faktisch fast ausschließlich Verbindlichkeiten auf der Verbraucherseite begründen, noch nicht so weit verbreitet gewesen, wie es heute der Fall ist.[1296] Dementsprechend könne bei Kontokorrentkrediten die Inrechnungstellung der Forderungen nur dazu gedacht gewesen sein, das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB durch die vereinheitlichende Funktion des Kontokorrents zu umgehen und § 248 Abs. 1 BGB solle hier dann anstelle von § 355 Abs. 1 BGB eingreifen.[1297]

Der Auffassung von *Reifner* ist teilweise Recht zu geben. Zwar müsste man zugeben, dass der Wortlaut des § 355 Abs. 1 HGB ernst genommen werden sollte und dasjenige Kontokorrent, das faktisch fast ausschließlich einseitige Ansprüche begründen würde, dem *historischen* Argument zufolge von dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift auszunehmen wäre, da das genannte Kontokorrent zu dem Zeitpunkt, zu dem der Gesetzgeber des BGB die Regelung des § 355 Abs. 1 HGB verfasst hatte, nicht der Regelfall war. Wenn der Gesetzgeber, wie erwähnt, eine „*kaufmännische Gepflogenheit*“ seiner Zeit kodifizieren wollte, wäre es in Folge dessen aufgrund damaliger Gegebenheiten eher unwahrscheinlich gewesen, dass er zugleich daran dachte, dass eine solche „kaufmännische Gepflogenheit“ auch eine spezifische hypothetische Situation der Einstellung einseitiger Forderungen ins Kontokorrent, also in Gestalt der Kontokorrentkredite, umfassen sollte, die möglicherweise erst in der Zukunft vorkommen würde. Diesen grundsätzlichen Befund in Bezug auf den Kontokorrentkredit bekräftigt gewissenmaßen auch der geltende § 497 Abs. 2 Satz 1 BGB im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehen.

Aber es wäre abwegig, die Kaufleute von heute grundsätzlich an eine jahrhundertealte Gepflogenheit zu binden. Da oben schon eine restriktive Auslegung des § 355 Abs. 1 HGB festgestellt wurde, dass § 355 Abs. 1 HGB nicht für das Kontokorrent mit Beteiligung des *Verbrauchers* gelten sollte (siehe (2)), lautet die eigentliche Frage dahin, ob der Fall, dass im *anderen einseitig oder beiderseitig kaufmännischen* Kontokorrent überwiegend nur die Forderung einer Partei in die Rechnung eingestellt wird, das heißt, insbesondere der Fall des *Kontokorrentkredits* der Kreditinstitute, ebenfalls von § 355 Abs. 1 HGB ausgenommen werden soll. Da hier keine Partei besonders schutzwürdig ist, kann es hier angebracht sein, ein höheres Risiko zuzulassen und damit die Anwendung des Zinseszinsverbots zu blockieren. Hier sollte man bloß *ex post* danach urteilen, ob nicht „*eine freiwillige und im gegenseitigen Interesse liegende Ausnahme*“[1298] zwischen den Parteien vorliegt. Die Beurteilung ist somit lediglich dem § 138 BGB zu überlassen.

[1295] *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 32, Rn. 53; *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.

[1296] *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 32, Rn. 53; *Reifner*, NJW 1992, 337, 340.

[1297] Oekter/*Maultzsch*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2015, § 355, Rn. 11.

[1298] *Reifner*, NJW 1992, 337, 341.

3. Zwischenergebnis

§ 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB sind gesetzliche Ausnahmen von § 248 Abs. 1 BGB, die Anhaltspunkte für ein vertiefendes Verständnis des Normzwecks von § 248 Abs. 1 BGB liefern können.

Die Ausnahmeregelung des § 248 Abs. 2 Satz 2 BGB für Passivgeschäfte von Kreditinstituten führt zu dem Schluss, dass § 248 Abs. 1 BGB denjenigen Zinsschuldner schützt, dem die Macht über die Preisbildung fehlt, da nur dieser Zinsschuldner möglicherweise das betragsmäßige Volumen seiner künftigen Zinsschulden nicht abschätzen und ihre Anhäufung kontrollieren und somit unter der abstrakten Gefährdung durch die Zinseszinsvereinbarung leiden könnte.

Hinsichtlich der wesentlichen Elemente des Kontokorrents verbietet § 248 Abs. 1 BGB die im Rahmen des nichtkaufmännischen Kontokorrents getroffene Zinseszinsvereinbarung, wobei der spezifische Gegenstand des Zinseszinsverbots hier *die Saldoforderung* (kausale *und* abstrakte) ist. Nicht verboten ist die Inrechnungstellung von Zinsforderungen.

§ 355 Abs. 1 HGB kann nicht auf ein *einseitig* nichtkaufmännisches Kontokorrent mit Beteiligung eines *Verbrauchers* oder analog auf ein *beiderseitig* nichtkaufmännisches Kontokorrent angewandt werden, weil für die Nichtkaufleute hier die Intransparenzgefahr von Zinseszinsen nicht durch die einseitige Beteiligung des Kaufmanns oder allein durch den Mechanismus des Kontokorrents neutralisiert werden kann (siehe oben 2. (2)). Das andere kaufmännische Kontokorrent erhöht die mit dem Kaufmannsgeschäft verfolgte Effizienz; somit kann § 355 Abs. 1 HGB bei einer nichtkaufmännischen Verrechnungsabrede nicht eingreifen.

Außerdem sollte § 355 Abs. 1 HGB auch für das kaufmännische Kontokorrent (Ausnahme: Kontokorrent mit Beteiligung des Verbrauchers) gelten, in welchem die Forderungen tatsächlich überwiegend nur bei einer der Parteien entstehen können. Denn die vom Verfasser des § 355 Abs. 1 HGB bemerkten und zu kodifizierenden kaufmännischen Gepflogenheiten sollen in ihrer ursprünglichen materiellen Wertung ein besonderer Mechanismus sein, der, gleichgültig, ob in der Rechnung tatsächlich nur einseitige oder beiderseitige Ansprüche aufgeführt sind, die abstrakte Gefährdung für Kaufleute aufgrund der Zinseszinsberechnung adäquat ausgleicht.

Daher kommt der Grund für die Anwendung des § 355 Abs. 1 HGB auf das Kontokorrent mit Beteiligung der Kaufleute (Ausnahme: Kontokorrent mit Beteiligung des Verbrauchers) meines Erachtens in zweierlei Hinsicht zum Ausdruck: *Erstens* kann bei Beteiligung der Kaufleute ein periodisches Verrechnungsverfahren, das den kaufmännischen Gepflogenheiten entspricht, den Parteien helfen, die Entwicklung ihrer Schulden besser zu erkennen, und *zweitens* erhöht das Kontokorrent als ein der Klarheit dienendes Instrument die Beschleunigung und die Effizienz der Geschäftsabwicklung der Kaufleute. Diese beiden Gründe neutralisieren und überwiegen sogar die abstrakte Gefährdung, die den Parteien durch

im Voraus getroffene Zinseszinsvereinbarungen droht. Diese Folgerung konkretisiert den Normzweck des Zinseszinsverbots des § 248 Abs. 1 BGB in einer symmetrischen Weise und geht nicht über die dadurch beabsichtigte Abwehr der abstrakten Gefährdung des Parteiwillens aufgrund der Unklarheit über das Volumen künftiger Zinsschulden der Parteien hinaus.

VI. Die Umgestaltung des Zinseszinsverbots

1. Fragestellung

Vorstehend wurden der Normzweck, der gesetzliche Anwendungsbereich und die Ausnahmen vom Zinseszinsverbot ausführlich erörtert. Im Vergleich zu der allgemeinen Aussage über den gesetzlichen Anwendungsbereich des Zinseszinsverbots sind die gesetzlichen Ausnahmen jedoch durchaus spezifisch, fragmentiert und dezentral geregelt. Daher müssen die sachlichen Gründe für den Ausschluss der Anwendung des Zinseszinsverbots auf bestimmte Situationen anhand einer weiteren Ausführung aufgeklärt werden. Obwohl § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB vom Wortlaut her als geschlossene Regelungen erscheinen, verbleibt für die allgemeine Auslegung des Normzwecks des Zinseszinsverbots aufgrund der *Konturlosigkeit* der gesetzlichen Ausschlussregelungen ein Spielraum, der der Wissenschaft „Umgestaltungen“ des Zinseszinsverbots ermöglicht. Die wichtigsten Vorschläge zu „Umgestaltungen“, die in der aktuellen Literatur vorgeschlagen werden, sind die mit einem *de lege lata-Charakter*. Es stehen zwei Hauptvorschläge im Vordergrund: Der erste plädiert für eine „*Lockerung*“ des Zinseszinsverbots nach § 248 Abs. 1 BGB durch eine teleologische Reduzierung; der zweite Vorschlag wurde bereits in vorherigen Ausführungen dieser Arbeit (III. (1). 2.) erörtert, nämlich die sogenannte „Inhaltskontrolle“ betreffend, die auf einer Verschiebung der bisherigen Auslegung des Normwecks des Zinseszinsverbots basiert, indem sie dem § 248 Abs. 1 BGB einen neuen Sinn der Überschuldungsprävention gibt und seinen Regelungsgegenstand grundlegend umdeutet.

Da der Autor die „Inhaltstheorie“ bereits erörtert hat und seine ablehnende Stellungnahme auf die Grundlage der Auslegung des geltenden Rechts stützt, ist die Analyse dieser Theorie nicht mehr zu wiederholen. Im Folgenden ist zunächst auf die bereits erwähnten „Lockerungs“-Vorschläge des Zinseszinsverbots einzugehen. Daraufhin wird ein anderer möglicher und angemessener Ausweg für die „Umgestaltungen“ des Zinseszinsverbots aus einer Perspektive *de lege ferenda* vorgeschlagen und dieser Ausweg unter dem Gesichtspunkt des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht bewertet.

2. Die „Lockerung“ des Zinseszinsverbots?

In der Literatur wird grundsätzlich die Auffassung vertreten, dass das Zinseszinsverbot zwar in seinem Kern richtig sei, aber in seiner gegenwärtigen gesetzlichen Ausprägung zu

weit gehe, was zu dem Bedarf seiner „Lockerung“ führe.[1299] Diese könne durch richterliche Einzelfallkontrolle oder durch Gesetzgebung erfolgen.[1300]

Im geltenden Recht gibt es zwei Grundrichtungen für die „Lockerung“ des Zinseszinsverbots. Zum einen ist dies eine teleoloische Reduktion des § 248 Abs. 1 BGB. Die zweite ist der Versuch einer Analogie anhand gesetzlicher Ausnahmen in § 248 Abs. 2 BGB.

(1) Reduzierungsmöglichkeit des § 248 Abs. 1 BGB?

Die in der Literatur angeführten Fälle, die angeblich eine teleolgoische Reduktion des § 248 Abs. 1 BGB betreffen sollten, lassen sich im Wesentlichen einer Dreiteilung unterziehen: Erstens, wenn die Informationspflicht zur Zinseszinsberechnung erfüllt ist, zweitens, wenn die Summe der anfallenden Zinsen schon im Voraus festgelegt wurde und drittens, wenn eine nur kurzfristige Vereinbarung über Zinseszinsen vorliegt.

a. Die Informationspflicht als ausreichende Alternative?

Wenn die Parteien im Voraus zwar eine Zinseszinsvereinbarung abgeschlossen haben, der Gläubiger den Schuldner jedoch vollständig über die Zinseszinsen informiert hat, sollte dann das Zinseszinsverbot ausnahmsweise keine Anwendung auf die Zinseszinsabrede finden?

Derjenige, der hierbei eine teleologische Reduktion befürwortet, glaubte, dass ein Informationsgebot die Vorhersehrbarkeit der Zinsschuld bereits gewährleistet habe und eine Zinseszinsvereinbarung, die dem durchschnittlich gebildeten Vertragspartner begreiflich gemacht werden könne, auch möglich wäre.[1301] *Grundmann* führte weiter aus, dass angesichts der *Grundfreiheiten* im europäischen Recht – insbesondere in Verbindung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – ein reines Informationsgebot dem zwingenden Recht von der Inhaltskontrolle vorzuziehen sein solle, soweit die schutzwürdigen Vertragsparteien bereits informiert sind und dadurch auch das Anliegen des nationalen Gesetzgebers befriedigt werde.[1302] Demnach sei ein Zinseszinsverbot nicht zulässig, wenn der Kunde verständlich aufgeklärt werden könne.[1303]

Offenbar glaubte *Grundmann*, dass eine materiell verständliche Aufklärung die Anforderung an den Schutz der Privatautonomie erfüllen kann. Daneben wird eine zusätzliche Anwendung des zwingenden Rechts durch eine Inhaltskontrolle die Grenze des Verhältnismäßigkeitsgrundatzes übersteigen. *Bezzenberger* kritisierte *Grundmann*s Analyse heftig. Er fand, dass eine „*Wahrnehmungsverzerrung*“ hierbei manchmal offensichtlich strukturell sei, da das Überfordern durch Infomationen nicht zu dem richtigen Ergebnis kommen könne; es sei schwer, die Probleme durch eine strukturelle Wahrnehmungsverzerrung durch bloße Information zu lösen.[1304] Zudem stelle das

[1299] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1624.
[1300] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1624.
[1301] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 15.
[1302] *Grundmann*, Privatautonomie im Binnenmarkt: Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1133, 1138.
[1303] MüKoBGB/*Grundmann*, 2019, § 248, Rn. 15.
[1304] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1625.

Zinseszinsverbot keine Inhaltskontrolle dar. So besagte die Ansicht *Bezzenberger*s, dass das Zinseszinsverbot wenig geeigent für den *informationellen Lösungsansatz* sei.[1305]

Wie bereits ausgeführt, wird die Fülle des Zwecks des § 248 Abs. 1 BGB als „(korrigierte) Gestaltungstheorie" verstanden, d.h. das Verbot schützt den Schuldner nur vor der abstrakten Beeinträchtigung seiner Privatautonomie durch eine bestimmte abstrakte Zinseszinsberechnungsmethode, also nicht vor „Überschuldung" im materiellen Sinne. Das Hauptziel des Mechanismus der Informationspflicht besteht dagegen in der Beseitigung der Informationsmängel der Zinsschuldner. Die eigentliche Frage, die es hier zu beantworten gilt, ist, ob die Annahme durch ein Zinseszinsverbot, dass eine von Zinseszinsen verursachte abstrakte Schädigung der Parteiwillen vermutet wird, widerlegbar ist oder nicht. Eine solche Möglichkeit der Widerlegung kann m.E. zwar nicht völlig ausgeschlossen werden, wie die vorstehende Ausführung für § 355 Abs. 1 HGB gezeigt hat, aber eine allzu generelle Verpflichtung zur Information ist, wie die oben dargelegten Kritiken in der Literatur zu Recht gezeigt haben, an sich kein *Allheilmittel* für Mängel in der Willensbildung, die durch den Gesetzgeber als gefestigt vorhanden gewertet werden. Dazu ist zumindest eine Kompensation von vergleichbarem Gewicht wie die Wertung in § 355 Abs. 1 HGB erforderlich.

b. Die im Voraus geschlossene, betragsmäßig bestimmte Zinseszinsvereinbarung

Zweitens ist zweifelhaft, ob eine Zinseszinsvereinbarung ausnahmsweise zugelassen werden soll, wonach die verzinslichen Zinsen im Voraus summenmäßig beziffert werden.[1306] Die Befürworter finden, dass derzeit kein Schutz vor Ungewissheit relevant sei, weshalb § 248 Abs. 1 BGB keine Anwendung finden solle[1307], während § 138 BGB auch einen zureichenden Schutz biete.[1308] Die Gegner sind der Auffassung, dass das Zinseszinverbot hinsichtlich des Zinsbegriffs keine Unterscheidung zwischen bezifferten und unbezifferten Forderungen treffe[1309]; die Anforderung an Transparenz sei auch nicht zu erfüllen, auch wenn die Höhe der Zinseszinsen bereits genannt werde.[1310]

(a) Die Eingrenzung der „Zinseszinsen"

Die durch das Zinseszinsverbot geregelten „Zinseszinsen" beziehen sich nur auf diejenigen nicht verrechneten Zinsen, die in „doppelten Prozenten" ausgedückt werden. Das heißt, der Normzweck des Zinseszinsverbots hängt mit dem spezifischen Tatbestand zusammen. Somit sollte beispielsweise der spezifische Tatbestand wegefallen, damit dem Schuldner die Zinsbelastung erkennbar gemacht wird und somit das Zinseszinsverbot nicht eingreift.[1311] Berechnen die Parteien die Zinsen nur aufgrund eines absoluten Wertes oder nur

[1305] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1625.
[1306] *Volkholz*, FS Dieter Reuter 2010, 413, 419; *Tonner*/*Willingmann*/*Tamm*, 2010, § 248, Rn. 2.
[1307] Vgl. *Volkholz*, FS Dieter Reuter 2010, 413, 419.
[1308] Vgl. *Volkholz*, FS Dieter Reuter 2010, 413, 419.
[1309] *Tonner*/*Willingmann*/*Tamm*, 2010, § 248, Rn. 2.
[1310] *Tonner*/*Willingmann*/*Tamm*, 2010, § 248, Rn. 2.
[1311] Vgl. auch *Volkholz*, FS Dieter Reuter 2010, 413, 419.

absolut aufgrund der prozentual gezählten Zinsen, sollte dies daher schon in tatbestandlicher Hinsicht für zulässig gehalten werden.

(b) Disagio

Den Fall, dass die Zinsen gleichzeitig mit der Auszahlung des Darlehens abgezogen werden („*Disagio*"), halten viele außerdem auch für zulässig, da hier die Anforderung an die „Zinsklarheit" bereits erfüllt werde.[1312] Dabei ist nach einigen aber eine teleologische Reduktion der Anwendung des Zinseszinsverbots erforderlich.[1313] Die letztgenannte Ansicht basiert auf der gedanklichen Voraussetzung, dass die Abrede eines Disagios schon eine „Zinseszinsvereinbarung" darstelle. Mit derselben Überlegung halten die Gegner diese Abrede hingegen wegen eines Verstoßes gegen das Zinseszinsverbot für nichtig.[1314]

Hier gibt es jedoch tatsächlich keinen Raum für die Anwendung des Zinseszinsverbots, da die Abrede eines Disagios keinen Charakter von „Zinseszinsen" im Sinne des Zinseszinsverbots enthält.[1315] Um dies zu offenbaren, müssten die Begriffsbestimmungen betreffend das Disagio und ihre entsprechenden systematischen Einordnungen in erster Linie geklärt werden.

aa) Begriffsbestimmungen bezüglich des „Disagios"

Das sogenannte Disagio wird immer als *die Differenz zwischen dem Nennbetrag eines Darlehens und dem tatsächlich ausgezahlten Betrag* bezeichnet.[1316] Dies ist jedoch nur eine Darstellung der Berechnungsgrundlage des Disagios und deshalb nicht von normativer Bedeutung. Es muss somit zwischen dem „*Disagio*" als Gegenstand der Leistung, der „*Disagiovereinbarung*" als eine Verpflichtung sowie dem „*Abzug des Disagios*", der dogmatisch verschiedene Möglichkeiten zur Einordnung erhalten könnte, unterschieden werden.

(i) „Disagio" als Leistungsgegenstand

Zunächst ist die Diskussion über das „Disagio" als Gegenstand einer Leistung immer noch kontrovers. Aber zumindet ist selbstverständlich, dass die Zuordnung eines hier genannten Disagios eigentlich eine Frage der Vertragsauslegung ist.[1317] Dennoch war schwierig zu bestimmen, ob es sich im Zweifelsfall um Zinsen oder um sonstige Einmalkosten (etwa die laufzeitunabhängigen „Kreditgebühren") handelt. Früher betrachteten manche, sowie auch die Rechtsprechung, das Disagio generell als Zinsen[1318], während einige

[1312] OLG Köln OLGZ 1992, 472 (473); BGH NJW 2000, 352; Erman/*Martens*, 2020, § 248, Rn. 3.
[1313] Jauernig/*Mansel*, 2009, § 248, Rn. 2.
[1314] Vgl. Staudinger/*Löwisch*/*Feldmann*, Neubearbeitung 2009, § 289, Rn. 11.
[1315] Vgl. auch *Schmidt*, JZ 1982, 829, 832.
[1316] Vgl. BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 2; Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 14; MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 202; *Heermann*, Handbuch des Schuldrechts – Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003, § 4, Rn. 28; BGH, Urteil vom 2. Juli 1981 - III ZR 17/80, ZIP 1981, 839 (840), Rn. 6 (juris); OLG Köln, OLGZ 1992, 472 (473).
[1317] BGH NJW-RR 1989, 947 (948); OLG Frankfurt, Urteil vom 9. Juni 1999 - 21 U 209/98, Rn. 45 (juris).
[1318] *Scholten*, Die Kreditgebühren der Teilzahlungsbanken und das Zinseszinsverbot, NJW 1968, 385; „Zuschlag" bei Notdarlehen als „versteckte Zinszahlungen", siehe *Heck* Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 325.

andere auch versucht haben, die Kriterien zur Abgrenzung zusammenzufassen. Manche meinten, dass es bei der Abgrenzung auf den Vergeich zwischen der Höhe der Nominalzinsen und der des Disagios ankommen solle; seien die Zinsen ungewöhnlich niedrig oder sogar überhaupt nicht vereinbart, sei anzunehmen, dass das Disagio in Form von Zinsen vorliege.[1319] In den 1980er-Jahren sortierte *Prass* die Kreditgeschäfte und stellte danach jedoch fest, dass in der Praxis ein *Funktionswandel* des Disagios stattfand, das in dieser Zeit in einen Rechenfaktor in Ausgleich (typischerweise als „*geringeres Disagio bei höherem Zins*" und als „*höheres Disagio bei niederigerem Zins*" bezeichnet) für den geringeren Nominalzinssatz während des Zeitraums der Zinsfestschreibung umgewandelt wurde, was folgerichtig auch zu einem Qualifikationswandel führte; deshalb sollte das Disagio im Allgemeinen als Zins qualifiziert werden.[1320] Diesen Grundsatz zur Auslegung hat der BGH seitdem von Fall zu Fall akzeptiert.[1321] Die heutige h.M. folgt ebenfalls der Auffassung von *Prass* und sagt, dass das Disagio den Ausgleich für einen niedrigen Nominalzinssatz darstellt und im Zweifel als Zins anzusehen ist, während es nur bei der Berechnung des Zinssatzes eine direkte Rolle spielt („*Rechenfaktor*").[1322] Nur in seltenen Fällen, wie zum Beispiel bei *Förderkrediten aus öffentlichen Förderprogrammen*, bildet das Disagio ausnahmsweise keinen Zins im Rechtssinne.[1323]

(ii) Disagio-Vereinbarung

Stellt das Disagio einen Zins im Rechtssinne dar, ist eine auf die Leistung des Disagios gerichtete Abrede damit ein besonderes Verpflichtungsgeschäft und zwar eine Zinsschuld. Viele sehen sie als eine *Vorauszahlung* auf einen Teil der Zinsen (exakter: Zinsschulden).[1324] Dass diese besondere Zinsschuld im Voraus beglichen werden kann, weist zumindet auch darauf hin, dass die Schuld des Disagios normalerweise vorzeitig erfüllbar sein sollte.[1325]

(iii) Abzugshandlung beim „Disagio"

Schließlich kommt es in der Praxis nur selten vor, dass der Anspruch auf das Disagio durch eine zusätzliche Leistung des Schuldners selbstständig erfüllt wird.[1326] Vielmehr ist es üblich, dass das Disagio bei Auszahlung eines Darlehens sofort abgezogen wird. Rechtsdogmatisch sollte diese *Abzughandlung* des Disagios jedoch weiter erklärt und

---

[1319] *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1893. Ein weiteres Beispiel bildet etwa ein solcher Fall, in dem der vertraglich vereinbarte Zinssatz 5,5% beträgt, während die gleichartigen Zinssätze aus Zinsstatistiken der Deutschen Bundesbank für denselben Zeitraum zwischen 8% und 9,5% liegen und das Disagio bei 5,75% vereinbart wird. Vgl. BGH NJW-RR 1989, 947 (948).

[1320] Siehe *Prass*, Zeitanteilige Rückzahlung des Disagios (Agios) bei vorzeitiger Kündigung eines langfristigen Darlehens, BB, 1981, 1058, 1061 f.

[1321] Soergel/*Benicke*/*Grebe*, 2014, § 289, Rn. 13.

[1322] Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 14; Soergel/*Benicke*/*Grebe*, 2014, § 289, Rn. 13; BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 2; BGH NJW 1990, 2250 (2251); OLG Köln OLGZ 1992, 472 (474).

[1323] Soergel/*Arnold*, 2014, § 246, Rn. 14; MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 206.

[1324] Vgl. auch OLG Köln OLGZ 1992, 472 (475); BGH NJW 2000, 352.

[1325] *Medicus*/*Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010, § 17, Rn. 176; *Brox*/*Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., München 2009, § 12, Rn. 18.

[1326] Aber das könnte möglich sein. Vgl. MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 202.

bestimmt werden. Dabei führt eine Auslegung zu zwei möglichen Ergebnissen:

Die erste Auffassung[1327] könnte davon ausgehen, dass der konstituierende Kern dieser Handlung duch ein „*Besitzkonstitut*“ (§ 930 BGB) und eine „*Übergabe kurzer Hand*“ (§ 929 Satz 2 BGB) kombiniert wird. Das heißt, der Darlehensgeber besitzt den mit der Höhe des abgezogenen Disagios bezifferten Kapitalbetrag, während das Eigentum an diesem Betrag bereits an den Darlehensnehmer übertragen wird, damit die Auszahlungspflicht des Darlehensgebers dadurch zu tilgen ist. Später wird mit Einigkeit zwischen den beiden Parteien das Eigentum an dem Kapitalbetrag an den Darlehensgeber zurückübertragen, wodurch die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zahlung des Disagios auch erfüllt wird. Diese Deutung setzt allerdings voraus, dass man Geld als Sache ansieht. Das gelingt bei Bargeld, nicht jedoch im Falle von Buchgeld. Überwiegend werden Gelddarlehen unbar abgewickelt. Immerhin wäre die geschilderte Überlegung geeignet für Sachdarlehen.[1328] Trotzdem könnte hier die *Bestimmbarkeit* als Voraussetzung eines Verfügungsgeschäfts nicht erfüllt sein und ausgehöhlt werden.

Die herrschende Meinung hingegen meint, dass der Abzug des Disagios eine Aufrechnung des Darlehensgebers mit seiner Verpflichtung zur Kreditauszahlung gegen die Pflicht der vereinbarten Vorauszahlung durch den Darlehensnehmer[1329] ist. Die Auffassung mit der Erläuterung, dass das Disagio eine Vorauszahlung auf Teilzinsen darstellt, ist vertretbar, da die Aufrechnung als eines der Erfüllungssurrogate auch eine Erfüllungswirkung hat (als sogenannte „*vereinfachte Abwicklung*“ [1330]). [1331] Um hierzu jedoch eine Aufrechnungslage zu gestalten, sollte die Gegenforderung, nämlich die Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zahlung eines Disagios, bereits fällig sein.[1332]

[1327] Diese (umständliche) Konstruktion des Autors ähnelt einem Konstruktionsversuch im Zusammenhang mit Eigentumsvorbehalt, dass er einen Prozess der „*Hin- und Herübertragung*“ durchläuft, so dass er letztlich als „Sicherungsübereignung“ interpretiert werden könnte, wobei aber der sichernde Käufer nie einen direkten Besitz der Kaufsache erhält. Bezüglich der „*Hin- und Herübertragung*“ siehe *Gravenhorst*, Eigentumsvorbehalt gleich Sicherungsübereignung?, JZ 1971, 494, 496.

[1328] In der Zeit vor der Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2001 war das Gelddarlehen gemeinsam mit dem Sachdarlehen unter § 607 BGB a.F. geregelt, weil man Geld als vertretbare Sache ansah (siehe auch Staudinger/*Hopt*/*Mülbert*, 1989, § 607, Rn. 8.). Seit der Schuldrechtsmodernisierung sind Gelddarlehen (§§ 488 ff BGB) und Sachdarlehen (§§ 607 ff BGB) aber getrennt geregelt. Das Gelddarlehen als Geldschuld ist auf die Verschaffung eines in Geld ausgedrückten unkörperlichen Vermögenswerts gerichtet, das heißt, dabei geschuldet ist lediglich „Geld“ statt „Geldzeichen“ (wie bestimmte Münzen oder Banknoten). Vgl. *Martens*, Grundfälle zu Geld und Geldschulden, JuS 2014, 105, 108.

[1329] „*Das Disagio stelle eine Vorauszahlung auf einen Teil der Zinsen dar als Ausgleich für einen niedrigen Nominalzinssatz. Zur Erfüllung dieser vereinbarten Vorauszahlung werde dabei im Wege der Verrechnung ein Teil der Darlehenssumme verwendet.*“ Vgl. BGH NJW 2000, 352. Für eine ähnliche Ansicht siehe auch MüKoBGB/*Berger*, 2019, § 488, Rn. 202; Staudinger/*Freitag*/*Mülbert*, 2011, § 488, Rn. 211; BeckOK BGB/*Grothe*, 2018, § 246, Rn. 2; Schwintowski/*Korff*, Bankrecht, 6. Aufl., 2022, 2 Teil Bankgeschäfte, Kapitel 16 Kredigeschäft, Rn. 36.

[1330] *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 2017, § 18, Rn. 372.

[1331] *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrehts Band 3 – Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994, § 12, S. 225; *Brox*/*Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., München 2009, § 16, Rn. 12.

[1332] *Brox*/*Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., München 2009, § 16, Rn. 9.

bb) Zinseszinsverbot und Disagio-Vereinbarung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich das „Disagio“ in verschiedenen Kontexten ganz unterschiedlich einordenen lässt. Es könnte als ein Gegenstand einer Leistung, als ein Verpflichtungsgeschäft sowie als eine Aufrechnungshandlung gezeigt werden. Wenn es um die Frage geht, ob das „Disagio“ unter dem Zinseszinsverbot unterbunden wird, stellt der eigentliche Gegenstand der Diskussion nur eine Abrede des Disagios als Verpflichtungsgeschäft dar. In der Literatur wird bei der Erörterung der Frage, ob ein „Disagio“ gegen das Zinseszinsverbot verstößt, nur von einem Verpflichtungsgeschäft gesprochen, d.h. es kann sich nur um eine „Disagio-Vereinbarung“ als verpflichtende Vereinbarung handeln. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei einer solchen „Disagio-Vereinbarung“ jedoch lediglich um die Vereinbarung, einen Teil der Zinsschuld im Voraus zu zahlen. Darin steckt kein Tatbestand, der spezifisch durch das Zinseszinsverbot verboten ist. Das vermeintliche Problem ergibt sich lediglich aus der Tatsache, dass nach dem „Diskontabzug“, d.h. der Aufrechnung durch den Kreditgeber, der Anteil der Valutaschuld, der mit dem abgezogenen Betrag „im Voraus gezahlt“ wird, noch verzinst wird.[1333] Dies könnte den Anschein erwecken, dass auf einen im Voraus gezahlten Zinsbetrag wiederum Zinsen anfallen. Dabei handelt es sich allerdings nur um einen „Zinseszins“ im wirtschaftlichen Sinne, rechtlich gesehen jedoch, zumindest in Hinblick auf das Verpflichtungsgeschäft der Parteien, fallen bei der durch die Disagio-Vereinbarung entstandene Zinsschuld selbst keine Zinsen an und diese stellt keinen gesetzlich zu verbietenden Zinseszins dar.[1334] Aus demselben Grund hat die Rechtsprechung entschieden, die Disagio-Vereinbarung verstoße nicht gegen § 248 Abs. 1 BGB.[1335] Somit bedarf es auch keiner weiteren materiellen Prüfung, ob eine abstrakte Gefährdung (ein unvorhersehbares Risiko bezüglich der Zinsschuld) im Sinne des Zinseszinsverbots vorliegt oder, ob hierbei aus gewohnheitsrechtlicher Sicht gegen das Zinseszinsverbot verstoßen wurde.[1336]

c. Die kurzfristige Zinseszinsvereinbarung?

Letztlich meinte *Bezzenberger*, dass das Gesetz in Zukunft die Zinseszinsvereinbarungen allgemein bis zu einer gesetzlichen Höchstfrist erlauben würde: Eine Laufzeit von 10 Jahren wäre zu lang, während 3 Jahre oder sogar 5 Jahre dagegen unbedenklich scheinen.[1337]

Aus gerichtlicher Sicht, scheint es jedoch für den Richter schwierig zu sein, im Einzelfall die Zinseszinsvereinbarung einfach gemäß dem zeitlichen Maßstab zu kontrollieren, da dies womöglich in Hinsicht auf *Rechtssicherheit* unberechenbar wäre. *Bezzenberger* hält es für notwendig, eine verbindliche und ausdrückliche Obergrenze durch den Gesetzgeber zu

[1333] BGH NJW 2000, 352; Soergel/*Arnold*, 2014, § 248, Rn. 8.
[1334] Vgl. *Schmidt*, JZ 1982, 829, 832; *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1624; OLG Köln OLGZ 1992, 472 (474); BGH NJW 2000, 352.
[1335] Vgl. BGH NJW 2000, 352; OLG Köln OLGZ 1992, 472 (473 f).
[1336] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1624.
[1337] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1625 f.

bestimmen.[1338] Allerdings könnte die Bestimmung einer etwaigen Obergrenze hierbei ähnlich wie ein Höchstzinssatz[1339] sein, der mit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs willkürlich erschien und aufgehoben wurde.

Außerdem wäre das Schicksal des bereits durch die Zulässigkeit der kurzfristigen Zinseszinsvereinbarungen geschwächten Zinseszinsverbots unvermeidlich, sodass dieses Verbot dadurch ganz ausgehöhlt wird, dass die Vertragsparteien eine „*automatische Stundung*“ vereinbaren, die dem Darlehensgeber das Recht einräumt, in Hinsicht auf die gleichen Vertragsbedingungen eine neue Stundung freiwillig zu wählen oder dagegen dem Darlehensnehmer die Pflicht auferlegt, eine neue Schuld anzuerkennen, wenn die zeitliche Obergrenze abzulaufen droht.

(2) Analogie anhand der Ausnahmenregeln in § 248 Abs. 2 BGB?

Die eigene Stellungnahme des Autors lässt sich aus der vorangegangenen Analyse ableiten: § 248 Abs. 1 BGB lasse wenig Spielraum für eine teleologische Reduktion; die drei in der Literatur angeführten Fallgruppen, in denen das Zinseszinsverbot nicht eingreifen darf, entziehen sich dennoch nicht der Anwendung dieses Verbots.

a. Literaturansichten

In der Literatur finden sich jedoch neben den Versuchen, das Zinseszinsverbot durch eine direkte teleologische Reduktion des § 248 Abs. 1 BGB zu „*lockern*“, auch Versuche, den Anwendungsbereich der gesetzlichen Ausnahme vom Zinseszinsverbot durch eine *teleologische Erweiterung* des § 248 Abs. 2 BGB auszudehnen. *Bezzenberger* stellte beispielsweise fest, dass die Konstellationen, die den Bedürfnissen der genannten „*Freistellung von Kaufleuten und Handelsgesellschaften*“ und der „*Freistellung von Finanzierungsinstrumenten des Kapitalmarkts*“ unterliegen, auch von der Reichweite des § 248 Abs. 1 BGB ausgenommen werden können.[1340]

b. Stellungnahme

Die vorliegende Ausführung bestätigt den Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB, also die „Gestaltungstheorie“, und verdeutlicht zugleich den Kernanwendungsbereich des Zinseszinsverbots in § 248 Abs. 1 BGB (für „nicht verrechneten Zinsen“, die mit „doppelten Prozenten“ zu berechnen sind). Die anschließenden Ausführungen der Ausnahmetatbestände des § 248 Abs. 2 BGB bekräftigen wiederum diese Theorie. Erst bei der Darstellung der Ausnahmeregelung des § 355 Abs. 1 HGB wird der Grundsatz herausgearbeitet, dass die Beteiligung der Kaufleute an dem Kontokorrent selbst positive Vorteile für seinen *kaufmännischen* Kontoinhaber mit sich bringt, die die abstrakte Gefährdung, der die Parteien des Kontokorrents angesichts des Tatbestands der Zinseszinsrechnung ausgesetzt sind,

[1338] *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1625 f.
[1339] *Zimmermann*, The law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996, S. 176.
[1340] Siehe *Bezzenberger*, WM 2002, 1617, 1625 f.

neutralisieren oder sogar überwiegen. Dieser Grundsatz stürzt dennoch die dem Zinseszinsverbot innewohnende „widerlegbare Vermutung" einer abstrakten Gefährdung der Privatautonomie, indem er ein Kompensationselement gegen diese Gefährdung anbietet. Fraglich ist jedoch, ob dieser Grundsatz, wie *Bezzenberger* vorschlägt, dahingehend erweitert werden kann, dass das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB ausnahmsweise außer Kraft treten könnte, wenn die besonderen Bedürfnisse des Handelsverkehrs oder des Finanzmarktes die von dem Zinseszinsverbot zu bekämpfende abstrakte Gefährdung der Privatautonomie neutralisieren können?

Eine Bejahung erscheint keineswegs ausgeschlossen zu sein. Das taiwanesische Zivilgesetzbuch der Republik China (RCZGB), das das deutsche BGB inhaltlich weitgehend nachahmt, sieht in § 207 Abs. 2 folgende generelle gesetzliche Ausnahmevorschrift vom Zinseszinsverbot vor: „*Der vorstehende Absatz (Zinseszinsverbot) findet keine Anwendung, wenn eine handelsübliche Gepflogenheit vorliegt*". Die Begründung hierfür ist eine unmittelbare Anerkennung folgender Gepflogenheit im Handelsverkehr: „*In der Geschäftswelt ist es üblich, dass die Beteiligten das Kapital zur Erzielung von Gewinnen dadurch einsetzten, dass sie Zinseszinsen berechnen*." [1341] Typische Fälle, in denen Zinseszinsvereinbarungen zulässig sind, sind beispielsweise laut Literatur Bankeinlagen, Kontokorrent[1342] und auch Kontokorrentkredite[1343].

3. Das einheitliche Zinseszinsverbot zur Vermeidung von „Zinseszinseffekten"

Die verschiedenen Vorschläge für „Lockerungen" des Zinseszinsverbots in § 248 Abs. 1 BGB scheinen, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, nur wenig Aussicht auf Erfolg zu haben. Aber die Lockerungen könnten durch den Umweg der Erweiterung des § 248 Abs. 2 BGB duchgesetzt werden. Daneben scheint auch die Möglichkeit zu bestehen, die Ausnahmen von § 248 Abs. 1 BGB direkt durch eine Analogie mit dem Rechtsgedanken des § 355 Abs. 1 HGB im wesentlichen Umfang zu erweitern. Mit anderen Worten: Der Versuch, das Zinseszinsverbot mit der Zielrichtung einer differenzierten Behandlung zu „lockern", ist bis zu einem gewissen Grad möglich.

Der Gedanke, das Zinseszinsverbot auf „lockerende" Weise umzugestalten, hält jedoch an den Grundregeln *de lege lata* fest und versucht lediglich, die Gesetzlücken auszufüllen. Auch die oben in der Diskussion um den Normzweck des Zinseszinsverbots erwähnte „Inhaltstheorie", die in ihren Grundzügen ebenfalls auf eine Umgestaltung des Zinseszinsverbots abzielt, verfolgt den gleichen Ansatz wie die „Lockerungsversuche", d.h. diese Theorie plädiert nicht für die Aufhebung des § 248 Abs. 1 BGB.[1344] Stattdessen schlägt diese Theorie nur vor, das Zinseszinsverbot mit einer „*moderneren Interpretation*" zu

[1341] *ZHENG Yubo*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2004, S. 211.
[1342] *SHI Shangkuan*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Peking 2000, S. 261.
[1343] Diese Ansicht verweist auf § 355 HGB. Vgl. *HUANG Li*, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2002, S. 360.
[1344] Siehe *Reifner*, NJW 1992, 337.

umschreiben, indem der Normzweck des Verbots dahingehend ausgearbeitet wird, dass das Verbot dazu dient, eine übermäßige Verschuldung des Kreditnehmers zu verhindern.[1345] Daher nimmt diese Theorie diejenige Zinsvereinbarung, die den Kreditnehmer zu „*unproduktiver*“ Verbindlichkeit verpflichtet, so dass seine Leistung zur Vermeidung anhaltender Schuldkumulation nicht ausreicht, auch in den Regelungsumfang eines Zinseszinsverbots auf.[1346] Aber die Umgestaltung durch die „Inhaltstheorie“ kann die Anwendung des Zinseszinsverbots verschärfen und den Spielraum für die Zinsfreiheit weiter einschränken und ist somit in der Literatur auch auf erhebliche Kritik gestoßen.[1347] Auch diese Ansicht wurde vom Autor in der vorangegangenen Analyse schon zurückgewiesen.

Unabhängig von den Umgestaltungsansätzen handelt es sich der hier vertretenen Ansicht nach, solange die bestehenden Regelungen der § 248 BGB, § 355 Abs. 1 HGB beibehalten werden sollten, im Kern nach noch nicht um eine Abkehr von der bisherigen Praxis, nämlich Zinsschulden, die durch Nominalzinsen bestimmt werden, grundsätzlich zum Gegenstand des Zinseszinsverbots zu machen. Zwar widerspricht dies sicherlich grundlegend der heutigen Auffassung von der ökonomischen „Zinseszins“-Eigenschaft des Zinses. Aber lohnt es sich auch, über die Möglichkeit einer Änderung oder gar Reform aus legislativer Sicht nachzudenken.[1348] Meines Erachtens könnte ein solcher Weg eingeschlagen werden, um ein neues, einheitliches Zinseszinsverbot zu schaffen, das den bloßen „*Zinseszinseffekt*“ zum Gegenstand hat.

In der aktuellen deutschen Rechtsprechung und den Gesetzen gibt es schon einige Zinseszinseffektkontrollregeln, die gewissermaßen von der Regelungslogik des § 248 Abs. 1 BGB abweichen. Dazu zählen beispielsweise § 497 Abs. 2 BGB[1349], das Mahnungserfordernis als ein Tatbestandsmerkmal des Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs und die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Umschuldung und zu Kettendarlehensverträgen. Diese Regeln befassen sich mit dem Zinseszinseffekt, den der Schuldner letztendlich zu erleiden hat, und wollen zum Schutz des Schuldners diesen Effekt eindämmen.

(1) § 497 Abs. 2 BGB

Die gesetzlichen Verzugszinsen nach den §§ 497 Abs. 1 BGB und 288 Abs. 1 BGB sind ein dynamischer Satz, der sich an den typischen Refinanzierungskosten der Kreditinstitute am Finanzmarkt orientiert. Der Grund für diese Dynamisierung liegt darin, dass der Gesetzgeber einen Referenzwert festlegen wollte, der den typischen Schaden widerspiegelt, welcher den Kreditgebern im Falle eines Verzugs des Kreditnehmers entsteht. Allerdings ist der Aufschlag mit 5 Prozentpunkten zur Deckung der Refinanzierungskosten des Kreditinstituts neben dem dynamischen Basiszinssatz ein fester Wert in der Zusammensetzung dieser gesetzlichen

[1345] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 731 ff.
[1346] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 731 ff.
[1347] Vgl. *Mülbert*/*Sajnovits*, WM 2019, 1813, 1818.
[1348] Vgl. auch *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 729 f.
[1349] M.w.N. siehe auch *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 731.

Verzugszinsberechnung, was dem Kreditgeber die Möglichkeit gibt, einen höheren Zinssatz zu beanspruchen und beizubehalten. Im Verbraucherrecht wurde die gesetzliche Verzugszinsregelung durch § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB fortgeschrieben.[1350] Er sieht vor, dass der Verbraucherdarlehensnehmer „*einen niedrigeren Schaden*" nachweisen kann. Gleichzeitig sieht § 497 Abs. 2 Satz 2 BGB vor, dass der Verbraucherdarlehensgeber „*Verzugszinsen von Verzugszinsen*" nur bis zu 4 % des Kapitalbetrags pro Jahr verlangen kann. Dies stellt eine aus sozialen Gründen[1351] getroffene Einschränkung der „Totalreparation" im Schadensersatzrecht dar und bildet eine direkte Kontrolle der potenziellen Tendenz, dass sich die Haftung des Verbrauchers durch einen „Zinseszinseffekt" infolge des Verzugs zunehmend steigert.

Im Gesetz ist die Verrechnungsperiode der in separater Rechnung eingestellten Verzuszinsforderung nicht ausdrücklich geregelt. Aber in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass eine tägliche automatische Verrechnung der in der Rechnung eingestellten Verzugszinsforderung ausgeschlossen werden solle und dass der Abstand dieser Verrechnung in der Regel auf einen Monat begrenzt werden dürfte.[1352] Dadurch wird der Schadenersatz des Kreditgebers für Zinseszinsen auf eine Höchstgrenze – eine Deckelung – tatsächlich auch begrenzt.[1353]

(2) Die Bedeutung des Mahnungserfordernisses für den „Zinseszinseffekt"

Bei Verbraucherdarlehen lässt sich aus der Formulierung „*bis zur Höhe*" in § 497 Abs. 2 Satz 2 BGB noch ableiten, dass damit nur der Höchstzinssatz bestimmt wird, den der Darlehensgeber vom Darlehensnehmer wegen „Verzugszinsen von Verzugszinsen" verlangen kann, d.h. der Darlehensgeber muss nachweisen, dass der von ihm nach § 289 Satz 2 BGB und allgemeinem Schadensersatzrecht geltend gemachte Schaden, der den „Verzugszinsen von Verzugszinsen" entspricht, wirklich vorliegt; der Darlehensnehmer kann aber auch beweisen, dass der vom Darlehensgeber behauptete Schaden nicht vorliegt (§ 497 Abs. 1 Satz 2 BGB).[1354] Daraus wird deutlich, dass der Schadensnachweis für Zinseszinsen auf Verzugszinsen einem bestimmten Verfahren unterliegt. Angesichts des Charakters der Zinsen als fiktive Zeitvergütung kann jedoch zwangsläufig davon auszugehen sein, dass dem Kreditgeber für jeden Tag nach Ablauf eines gewissen Zeitraums neue Schäden von Zinseszinsen für Verzugszinsen entstehen, solange ein Verbraucherkreditnehmer in Verzug gerät. Es gibt jedoch noch einen weiteren institutionellen Faktor im deutschen Recht, der den Darlehensgeber erschwert, diesen Zinseszinsschaden zu verlangen. Damit gemeint ist das in § 286 BGB erhaltene *Mahnungserfordernis*.[1355]

Das Mahnungserfordernis gilt als ein Ventil in das bestehende Recht (§ 289 Satz 2 BGB), das dem Darlehensgeber grundsätzlich erlaubt, Zinseszinsen laufend zu berechnen, indem das

[1350] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 22, Rn. 32.
[1351] MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, § 497, Rn. 23.
[1352] Vgl. *Reifner*, NJW 1992, 337, 342, 343.
[1353] MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 497, Rn. 7; *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 731.
[1354] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 22, Rn. 33.
[1355] Siehe auch *Huber*, Handbuch des Schuldrechts – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999, S. 74.

Mahnungserfordernis den Darlehensgeber dazu verpflichtet, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, bevor er vom Darlehensnehmer Schadensersatz für Zinseszinsen verlangen kann. Dadurch wird die Anhäufung der Haftung des Darlehensnehmers für den „Verzugsschaden vom Verzugsschaden" von der Quelle an verlangsamt. Genauer gesagt handelt es sich bei der Haftung für einen Verzugsschaden in einem Darlehensvertrag ebenfalls um eine gesetzliche Schuld, die in der Regel mit der Entstehung dieser Haftung automatisch fällig wird. Wie schon dargelegt, sollte dadurch dennoch nicht erwartet werden, dass der Darlehensnehmer das Vorhandensein oder den genauen Umfang dieser gesetzlichen Schuld selbst kennt. Denn die einzelnen Informationen für die Verzugsschäden des Darlehensgebers liegen in den Händen des Darlehensgebers und sind für den Darlehensnehmer schwerlich in Erfahrung zu bringen. Die Vereinbarung der Vertragsstrafe oder die Pauschalierung zur Berechnung von Verzugszinsen ist lediglich eine abstrakte Vorausberechnung eines solchen Schadens und entspricht nicht unbedingt den tatsächlichen Umständen. Um den Darlehensnehmer für den entstandenen Verzugsschaden seitens des Darlehensgebers haftbar zu machen, muss der Darlehensgeber gegenüber dem Darlehensnehmer daher eine Mahnung aussprechen. Angesichts der Komplexität des Inhalts und der Berechnung solcher Arten von Zinseszinsschäden, die sich aus dem bereits entstandenen Verzugsschaden ableiten, sollte die Mahnungshandlung jedoch angemessen und präzise sein (sie sollte keine „*Zuvielforderung*" darstellen).[1356] Außerdem sollte dem Darlehensnehmer eine längere Nachfrist eingeräumt werden, um den Inhalt und die Angemessenheit der Mahnung zu überprüfen, sobald sie bei dem Darlehensnehmer eingegangen ist.[1357] Erst wenn diese Nachfrist verstrichen ist und trotzdem der Darlehensnehmer nichts leistet, gerät er betreffend diese „erste" Haftung für den Verzugsschaden in einen zweiten Verzug und haftet für den „Verzugsschaden vom Verzugsschaden".

(3) Die Rechtsregeln in Bezug auf „Umschuldung" und „Kettenkreditverträge"

Schließlich zielen auch die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln für die „Umschuldung" oder die sogenannten „Kettenkreditverträge" darauf ab, den „Zinseszinseffekt" zu regulieren.

Eine Umschuldung ist eine Neuregelung einer bestehenden Schuld, indem beispielsweise die Zahlungspflicht des Darlehensnehmers auf einen längeren Zeitraum als ursprünglich vereinbart ausgedehnt wird (sog. „*Aufstockung*")[1358] oder die Zahlungspflicht eines alten Darlehens durch ein neu abgeschlossenes Darlehen ersetzt wird (sog. „*Ablösung*").[1359] Wenn der Darlehensnehmer aufgrund des neuen Darlehensvertrags eine höhere Zahlung an den Darlehensgeber leisten muss (eine solche Zahlung wird am häufigsten als

[1356] Ähnliche Überlegung, siehe auch MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 498, Rn. 17.
[1357] Ähnliche Überlegung, MüKoBGB/*Schürnbrand*/*Weber*, 2019, § 498, Rn. 16.
[1358] *Derleder*, Kettenkreditverträge: Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Umschuldung von Konsumentenkrediten, JZ 1983, 81.
[1359] *Canaris*, Die Auswirkungen der Sittenwidrigkeit von Ratenkreditverträgen auf Folgekreditverträge, WM 1986, 1453, 1454.

„*Umschuldungsverlust*“ bezeichnet), dann kann das Institut der Umschuldung für den Darlehensnehmer finanziell nachteilig sein. Diese Benachteiligung des Darlehensnehmers liegt daran, dass die Umschuldung wie eine Art „*Geldwäsche*“ wirkt, d.h. alle ausstehenden Tilgungsbeträge des alten Darlehens, wie Zinsen, Einmalkosten und sonstige Ausgaben werden indiskriminierend in der *Ablösesumme* bzw. dem „*Ausgangsbetrag*“ des neu abzuschließenden Darlehens zusammengefasst.[1360] Dies kann den Laien dazu verleiten, den Ausgangsbetrag des neuen Darlehens, den er zu tragen hat, für legitim zu halten und zu akzeptieren, dass der hohe Zinssatz für diese neue Verbindlichkeit aus dem neuen Darlehen weiter ansteigt. Daraus wird klar, dass die Umschuldung selbst die Gefahr der *Überschuldung* in sich birgt und daher kontrolliert werden sollte.[1361] Die Frage, ob die Umschuldung dem § 248 Abs. 1 BGB zuwiderläuft, stellt sich hier aber kaum, da es sich bei jedem Abschluss eines neuen Darlehensvertrags, auch wenn die noch ausstehende Zinsschuld aus dem alten Vertrag in den Ausgangsbetrag des neuen Darlehens einbezogen wird und nach der Zinsabrede des neuen Vertrags anfällt, um eine nur nachträglich getroffene, ihrem Anschein nach betragsmäßig bestimmte Zinseszinsvereinbarung handelt. Aus ökonomischer Sicht liegt somit auf der Hand, dass sich die durch die Umschuldung verursachte Überschuldung vor allem in einem unzulässigen Zinseszinseffekt niederschlägt. Das Problem für die Angemessenheit der Umschuldung ist deshalb auch ein Problem des „Zinseszinses“ im weitesten Sinne.

Je nachdem, ob der Darlehensnehmer ein neues Darlehen von einem anderen Darlehensgeber oder vom ursprünglichen Darlehensgeber erhält, kann zwischen „externer Umschuldung“ und „interner Umschuldung“ unterschieden werden.[1362]

a. Interne Umschuldung

Eine frühere Literaturansicht hinsichtlich der Frage, ob und wie sich ein alter, sittenwdiriger Darlehensvertrag auf nachfolgende Darlehensverträge im Rahmen der internen Umschuldung auswirkt, ist die sogenannte „*Ansteckungstheorie*“. Nach dieser Theorie „infiziere“ der alte, sittenwidrige Vertrag den neuen, an sich mangelfreien Darlehensvertrag und mache ihn gleichermaßen ungültig.[1363] Die zentrale Begrüdung dieser Theorie lautet, dass das sittenwidrige Vertragselement des alten Vertrags sich in den „*unwirksamen Teil*“ des neuen Darlehens umwandele, wodurch auch der neue Darlehensvertrag unwirksam werde.[1364] Dieser Ansicht sind die spätere Rechtsprechung und die Literatur allerdings nicht gefolgt. Es bedarf bei der Umschuldung einer *individuellen Beurteilung*[1365] und einer Unterscheidung zwischen interner und externer Umschuldung.

[1360] Vgl. *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 32, Rn. 60; *Reifner*, BKR 2009, 51, 61.
[1361] Vgl. auch *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 32, Rn. 61.
[1362] *Reifner*, BKR 2009, 51, 61.
[1363] *Derleder*, JZ 1983, 81, 86.
[1364] *Derleder*, JZ 1983, 81, 84.
[1365] Vgl. auch *Reifner*/*Feldhusen*, Handbuch Kreditrecht, 2. Aufl., München 2018, § 32, Rn. 61.

Das OLG Hamm entschied, dass der neue Darlehensvertrag grundsätzlich gültig sei, aber die Wirksamkeit jedes alten Vertrags vor der jeweiligen Umschuldung zu prüfen sei, um festzustellen, dass der neue Darlehensvertrag zum Zeitpunkt seines Abschlusses den richtigen Ausgangsbetrag haben sollte.[1366] Um dies näher zu erläutern:

Erstens ist der alte Darlehensvertrag wegen Sittenwidrigkeit nichtig, so dass der Darlehensgeber keinen Zinsanspruch aus diesem Vertrag gegen den Darlehensnehmer hat und die vom Darlehensnehmer an den Darlehensgeber gezahlten Zinsen in eine Pflicht zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung umgewandelt werden, die der Darlehensgeber gegenüber dem Darlehensnehmer trägt.

Zweitens ist nach dem Grundsatz des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage* der richtige Ausgangsbetrag zu ermitteln, der für das neue Darlehen festgesetzt worden wäre, wenn die Parteien gewusst hätten, dass das alte Darlehen nichtig ist, wobei vom Nettobetrag des alten Darlehens der Betrag der inzwischen tatsächlich erbrachten gesamten Zahlungen des Darlehensnehmers abzuziehen ist und die Differenz hiervon der Ausgangsbetrag des neuen Darlehens wird.

Schließlich bleiben die anderen von den Parteien des neuen Darlehensvertrags vereinbarten Aspekte (wie die *Barkreditsumme*, die Verlängerung der Laufzeit des Schuldverhältnisses und die vereinbarten Zinsabreden) unverändert.[1367]

Canaris vertrat, dem OLG Hamm folgend, die Auffassung, dass die anstößigen Elemente des alten sittenwidrigen Vertrags nicht in den neuen Darlehensvertrag aufgehen sollen; das heiße, die Zinsen aus dem alten Vertrag sollen nicht in die Berechnung des effektiven Zinssatzes des neuen Darlehensvertrags einbezogen werden, da dies ansonsten dem Willen der Parteien zuwiderlaufe („*das Prinzip der formalen Äquivalenz*“).[1368] Außerdem verneinte *Canaris* die Kausalität zwischen der Sittenwidrigkeit des alten Vertrags und dem Bedürfnis des Darlehensnehmers nach dem neuen Darlehen.[1369] Daher erstarkt der neue Darlehensvertrag nach *Canaris* in der Regel in voller Rechtswirksamkeit.[1370] *Canaris* hat auch den Inhalt des neuen Darlehensvertrags mit Hilfe der Regelung des *Wegfalls der Geschäftsgrundlage* angepasst, indem er den korrekten Ausgangsbetrag dieses neuen Vertrags ermittelt hat, den die Parteien für den neuen Darlehensvertrag festgelegt hätten, wenn sie von der Nichtigkeit des Darlehensvertrags gewusst hätten.[1371] Der einzige Unterschied zwischen *Canaris* und dem OLG Hamm besteht darin, dass das OLG Hamm bei der Berechnung des „richtigen“ Ausgangsbetrags des neuen Darlehens nicht direkt vom Nettobetrag des alten Darlehens die Summe aller vom Darlehensnehmer in der Zwischenzeit geleisteten Zahlungen abzieht, sondern den spezifischen Charakter des betroffenen Ratenkreditvertrags

[1366] Vgl. OLG Hamm WM 1985, 1143; OLG Hamm WM 1986, 1246.
[1367] Vgl. OLG Hamm WM 1985, 1143; OLG Hamm WM 1986, 1246.
[1368] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1457.
[1369] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1458 f.
[1370] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1460.
[1371] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1460.

berücksichtigt, indem es mit „*staffelmäßiger Zinsrückrechnung*“ diejenigen Zinsen berechnet, die vor der Ablösung schon vom Darlehensgeber verbraucht wurden.[1372]

Der BGH folgt in seinem Ansatz grundsätzlich dem OLG Hamm und *Canaris*[1373] mit dem einzigen Unterschied, dass er bei der Berechnung der vor der Ablösung schon vom Darlehensgeber verbrauchten Zinsen nicht eine *staffelmäßige Zinsrückrechnung* der vom Darlehensnehmer inzwischen geleisteten Einzelzahlungen, sondern eine *lineare Zinsrückrechnung* vornimmt.[1374] Die Berechnungsmethode des BGH wurde aber von vielen als fragwürdig wahrgenommen, da sogar der BGH selbst auch einräumt, dass bei einem Ratenkreditvertrag, bei dem die Entstehung und Fälligkeitstellung der Zinsforderung zusammenfalle[1375], die folgerichtige Methode der Zinsrückrechnung eine staffelmäßige Rückrechnung statt einer linearen Rückrechnung sei.[1376] Die Gründe für die umgekehrte Entscheidung nennt der BGH aber nicht. In seinem Urteil vom 5. November 1987 scheint der 3. Zivilsenat des BGH seine Begründung offenbart zu haben, die hinter seiner damaligen Entscheidung steht: Eine staffelmäßige Rückrechnung der Zinsen hätte den Darlehensnehmer benachteiligt. [1377] Im Nachhinein erscheint dies verständlich. Denn bei einem Ratenkreditvertrag verfügt der Darlehensnehmer zum Ausgangspunkt über einen hohen Kapitalbetrag und trägt dementsprechend zunächst einen höheren Zinsbetrag. Wenn nun der Betrag der verbrauchten Zinsen durch eine staffelmäßige Rückrechnung festgelegt werden würde, dann würde dieser Betrag daher auch höher ausfallen. Dies könnte dazu führen, dass der Darlehensnehmer auf der Grundlage des neuen Darlehensvertrags am Ende mit einem höheren Ausgangsbetrag dasteht.

b. Externe Umschuldung

Geht es um diejenige externe Umschuldung, bei der das neue Darlehen in erster Linie einer Ablösung des alten Darlehens dient, dann gilt nach der herrschenden Meinung, dass der alte Darlehensvertrag weiterhin getrennt vom neuen Darlehensvertrag zu bewerten ist.[1378] Die herrschende Meinung passt die nachfolgenden Darlehensverträge nicht dem „wahren Rechtszustand“ des alten sittenwidrigen Vertrags an, weil die Interessenlage bei einer externen Umschuldung eine völlig andere ist als bei einer internen Umschuldung. Denn bei ersterer kommt die Ablösungssumme nicht dem ursprünglichen Kreditgeber, sondern einem anderen Kreditgeber zugute.[1379] Der neue Kreditgeber hat ein berechtigtes Interesse daran,

---

[1372] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1458.
[1373] Vgl. BGH NJW 1987, 944 (945).
[1374] Vgl. BGH NJW 1987, 944 (945).
[1375] BGH NJW-RR 1988, 363 (364).
[1376] *Münstermann*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. Februar 1987 – III ZR 251/85, WM 1987, 745, 747.
[1377] „*Außerdem mußten die Kl. im Rahmen der Abrechnung mit der D-Bank bei der Ermittlung der nicht verbrauchten Kreditgebühren die für sie ungünstige staffelmäßige Zinsrückrechnung hinnehmen*“, siehe BGH NJW 1988, 818 (819).
[1378] *Steinmetz*, NJW 1991, 881, 886.
[1379] Vgl. *Canaris*, WM 1986, 1453, 1456; BGH NJW 1990, 1597 (1599).

dass er alleiniger Gläubiger des Kreditnehmers wird und nicht erst in letzter Reihe an den bestehenden Sicherheiten beteiligt wird.[1380] Damit ist klargestellt, dass die Umstände, unter denen der Darlehensnehmer die Umschuldung als übermäßig belastend empfindet, grundsätzlich in seinen eigenen Risikobereich fallen und nicht die Anpassung des neuen Vertrags an den wahren Zustand des alten Darlehensvertrags nach § 242 BGB rechtfertigen.[1381]

Für die Wirksamkeit des neuen Darlehensvertrags kommt es freilich auch nicht allein auf den Sachverhalt des alten sittenwidrigen Vertrags an, sondern auf die Verhältnisse der alten und neuen Darlehensverträge: Ob die Konditionen des neuen Darlehensvertrags ungünstiger sind als die des alten Darlehensvertrags und ob somit die Gesamtbelastung des Darlehensnehmers wirtschaftlich unverhältnismäßig höher ausfällt.[1382]

Genauer gesagt, von dem objektiven Aspekt der Sittenwidrigkeit her, wenn der monatliche Zinssatz des neuen Darlehens fast doppelt so hoch ist wie der des alten Darlehensvertrags, und wenn der Darlehensgeber den Zinssatz des alten Vertrags zum Nachteil des Darlehensnehmers zum Zeitpunkt der Abrechnung zurückgerechnet hat und der Betrag des abgelösten alten Darlehensvertrags fast die Hälfte des Gesamtdarlehens ausmacht, dann liegt ein erheblicher Nachteil in Bezug auf die Umschuldung vor.[1383] Die Kombination dieser unzulässigen Umschuldungsumstände und die hohen Zinssätze des neuen Darlehens würden den neuen Darlehensvertrag sittenwidrig machen.[1384] Wenn jedoch der Abschluss eines neuen Darlehens den Darlehensnehmer zur Zahlung eines Ratenbetrags verpflichtet, der nur geringfügig höher ist als der des alten Darlehens, und das neue Darlehen eine wesentlich längere Laufzeit hat als das alte, dann kann dies noch nicht als objektiv zu beanstandende Unrechtmäßigkeit angesehen werden, sondern vielmehr als ein Ausdruck einer vernünftigen Möglichkeit, den zusätzlichen Kreditbedarf des Darlehensnehmers zu decken.[1385] Das gleiche gilt auch, wenn der neue Darlehensvertrag die Laufzeit des Darlehens zwar verlängert und die Gesamtbelastung des Darlehensnehmers erhöht, aber mit niedrigeren Raten.[1386]

Auf der subjektiven Seite der Sittenwidrigkeit, wenn die genannten objektiv sittenwidrigen Umstände im Zusammenhang mit einer Umschuldung auftreten und der Kreditgeber seinen Umschuldungsverlangen gegenüber dem Kreditnenehmer zur Bedingung für die Gewährung eines neuen Darlehens macht[1387], so reicht es zur Begründung der subjektiven Unrechtmäßigkeit bezüglich der Sittenwidrigkeit aus, dass der Kreditnehmer keine geschäftliche Gewandtheit besitzt und seine wirtschaftliche Unterlegenheit vom

[1380] BGH NJW-RR 1991, 501 (502).
[1381] Vgl. *Canaris*, WM 1986, 1453, 1457; BGH NJW 1990, 1597 (1599).
[1382] Vgl. BGH NJW 1988, 818 (819); BGH NJW 1990, 1597 (1598); BGH NJW-RR 1991, 501 (502).
[1383] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1384] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1385] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1386] BGH NJW 1990, 1597 (1598).
[1387] BGH NJW 1990, 1597 (1598).

Kreditgeber ausgenutzt wird.[1388]

Derleder war der Meinung, dass die Ansicht, nach der die umschuldende Bank bei Zweifeln an der Gültigkeit des bereits bestehenden Darlehensvertrags eines Darlehensnehmers verpflichtet sei, den Darlehensnehmer zur Vorlage der Unterlagen seines bestehenden Darlehensgeschäfts aufzufordern, für einen juristisch nicht vorgebildeten Bankangestellten keine Überforderung darstelle.[1389] *Canaris* argumentierte dagegen, dass Banken grundsätzlich nicht verpflichtet seien, vorvertraglich von Kreditnehmern eine Vorlage von Vertragsunterlagen für ihre früheren Darlehensverhältnisse zu verlangen, die sie bei einer anderen Bank abgeschlossen haben, da dies den durchschnittlichen Kreditsachberater überforde, die Kreditgeschäfte erschwere und den Banken eine umfassende Auskunftspflicht für ihren Kunden auferlege.[1390]

Der 3. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 5. November 1987 – einem Fall, in dem die Parteien einen neuen Darlehensvertrag mit dem Ziel der Ablösung des alten abgeschlossen hatten – festgestellt, dass der Darlehensgeber eines neuen Darlehensvertrags nicht zur Wahrung seines Sicherungsinteresses versuchen darf, alleiniger Gläubiger seines Kreditnehmers zu werden; der Senat lässt die konkreten Umstände der zuvor abgeschlossenen und nicht erfüllten Kreditverträge des Kreditnehmers außer Acht.[1391] Damit ist klargestellt, dass der neue Darlehensgeber bei einer externen Umschuldung die vorvertragliche Pflicht hat, bei Vertragsabschluss mit dem Darlehensnehmer den Status seiner bisherigen Darlehensverträge zu prüfen. Aber es stellt sich die Frage, wie diese Prüfpflicht im Einzelnen aussieht. Der 3. Zivilsenat des BGH wies darauf hin, dass der neue Kreditgeber berücksichtigen muss, zu welchen Bedingungen der frühere Darlehensvertrag angeboten wurde, wie hoch der Darlehensbetrag dieses Vertrags noch ist und wie hoch der Umfang der abzulösenden Schuld und der Darlehenssumme wäre, der nach der Umschuldung voraussichtlich bestehen würde.[1392] Der Darlehensgeber muss die Umschuldung gegenüber der alten Kreditaufnahme abwägen und zur Feststellung kommen, ob die Umschuldung für den Darlehensnehmer wirtschaftlich unangemessen ist.[1393] Daneben muss der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer gegenüber eine *uneingeschränkte Aufklärung* abgeben.[1394] Erst dann kann man einen anderen Schluss als die Unangemessenheit der Umschuldung ziehen, wenn der Darlehensnehmer trotz aller Aufklärungen weiterhin auf die Umschuldung besteht.[1395] Damit würden neuen Kreditgebern offenbar sehr umfangreiche Informations- und Prüfungsanforderungen auferlegt.

[1388] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1389] *Derleder*, JZ 1983, 81, 82.
[1390] *Canaris*, WM 1986, 1453, 1457.
[1391] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1392] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1393] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1394] BGH NJW 1988, 818 (819).
[1395] BGH NJW 1988, 818 (819).

Der 3. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 20. Februar 1990 diesen Standpunkt allerdings etwas relavitiert, indem er feststellte, dass eine solche Unwirksamkeit beim Abschluss eines neuen Vertrags nur dann zu berücksichtigen sei, wenn die Mitarbeiter der kreditgebenden Bank oder des Kreditvermittlers positive Kenntnis von der Unwirksamkeit des bisherigen Darlehens gehabt haben. Andernfalls solle die Frage der Ungültigkeit des früheren Vertrags vom Kreditgeber nur dann geprüft werden, wenn die betroffenen privatrechtlichen Fragen eindeutig, umfassend und abschließend dargelegt wurden, sodass die Nichtigkeit des alten Vertrags und ihre Wirkung offensichtlich sei.[1396] Kommt der Kreditgeber den vorgenannten Pflichten nicht nach, so solle er dem Kreditnehmer nach den Regeln der c.i.c. auf Schadensersatz haften.[1397]

c. Neue Wege zur rechtlichen Würdigung?

Insgesamt lässt sich sagen, dass die herrschende Meinung in Deutschland eine *pauschalierte Betrachtungsweise* (z.B. die „Ansteckungstheorie") sowohl für eine interne als auch für externe Umschuldung ablehnt und stattdessen einen individuellen Ansatz für die Beurteilung wählt, die basierend auf einer individuellen Bewertung des „*echten Zustands*"[1398] jedes Glied in den Kettendarlehen näher prüft. Bei der individuellen Bewertung jedes einzelnen Gliedes der Kettendarlehen hat die Situation des vorherigen Gliedes jedoch immer Auswirkungen auf das nachfolgende Glied. Damit wird versucht, den wirtschaftlich unerwünschten Zinseszinseffekt der Umschuldung einzudämmen, indem die Kette in ihre Glieder zerlegt und jedes einzelne Glied sorgfältig geprüft wird. Aber sollten für diesen Ansatz der herrschenden Theorie auch Grenzen gezogen werden? Ist auch eine andere Möglichkeit der Regulierung denkbar, die auf das Problem des „Zinseszinses" im weiteren Sinne in Bezug auf die Umschuldung abstellt?

Im Falle der internen Umschuldung würde der h.M. nach die Beurteilung jedes einzelnen Gliedes der Kette der Kreditaufnahme fast unausweichlich das Problem höhen Zeitaufwandes aufwerfen, wenn die Kette äußerst lang ist. Dementsprechend ist nach Auffassung des BGH auch bei teilweiser Sittenwidrigkeit von Darlehensverträgen im Rahmen der internen Umschuldung die Frage der *Praktikabilität* zu berücksichtigen. Ferner ist nach dem BGH der bisher entwickelte Grundsatz der individuellen Bewertung auch nicht schematisch anzuwenden. Wenn sichergestellt ist, dass der Darlehensnehmer im Ergebnis weiterhin in der Lage ist, das Restkapital der sittenwidrigen Verträge in Raten zu tilgen, und ihm der *Vorteil der Zinslosigkeit* als Rechtsfolge der sittenwidrigen Verträge erhalten bleibt, dann unterliegt der bisher vom BGH angenommene Ansatz einer *vernünftigen Vereinfachung*.[1399] Zwar hat die h.M. bei interner Umschuldung den Ansatz der Wiederherstellung des „wahren

[1396] BGH NJW 1990, 1597 (1599).
[1397] Vgl. BGH NJW-RR 1991, 501 (502); *Derleder*, JZ 1983, 81, 82.
[1398] „*Stellt man seinen neuen Belastungen die in Wahrheit bestehenden Bereicherungsansprüche gegenüber [...]*". Vgl. BGH NJW 1987, 944 (945).
[1399] Vgl. BGH NJW-RR 1988, 363 (364).

Rechtszustands“ jedes einzelnen Glieds der Kreditkette angewandt, jedoch ist der BGH in seiner Rechtsprechung dem Ansatz nicht rigoros gefolgt, sondern fügt bei der individuellen Bewertung jedes einzelnen Gliedes der Kreditkette ein gewisses wertendes Element hinzu, d.h. er rechnet die verbrauchten Zinsen nicht staffelmäßig, sondern linear zurück, damit ein Ergebnis zugunsten des Kreditnehmers in einfacherer Weise gewährleistet wird.

Reifner ist mit dem vorliegenden Ansatz nicht zufrieden[1400] und schlägt eine neue, pauschalierende Bewertungsmethode vor. Er bemerkte, dass der Mechanismus der Umschuldung die Zinsen progressiv erhöhe und dass, wenn in der Zeit steigender Marktzinsen mehrere Umschuldungen vorgenommen werden, bei denen das Risiko einer Änderung der bereits im alten Kreditvertrag festgelegten Zinsregeln jedes Mal nachträglich auf den Kreditnehmer abgewälzt werden könne, der durchschnittliche Zinssatz jedes Gliedes der Kette (jedes Darlarhensvertrags) dementsprechend auch in paralleler Weise steigen würde, während dieser Zinssatz aber nicht entsprechend sinken werde, wenn das Marktzinsniveau falle.[1401] Demnach führte er weiter aus, dass eine gesamte Darlehenskette als *ein einziger Darlehensvertrag* behandelt werden könne und die „Auszahlungen“ und „Einzahlungen“ mehrerer untergeordneter Verträge, die über den Zeitraum der gesamten Darlehenskette abgeschlossen wurden, auf einem einzigen Konto verbucht werden können, um als die Auszahlungen und Einzahlungen eines einzigen „großen“ Darlehensvertrags verstanden zu werden, aus dem der Gesamtbelastungssatz oder der „Zinssatz“ für die gesamte Kreditkette (den einzigen „großen“ Darlehensvertrag) berechnet werde und dann mit dem Marktzins für ähnliche Kredite verglichen werden könne.[1402] Dieser Ansatz gilt sicherlich als aufschlussreich.

Bei externen Umschuldungen hingegen scheint die h.M. auf die neuen Kreditgeber abzustellen, die wissen oder wissen müssen (z.B. die ausstellende Bank im Falle der „*Kreditkartenreiterei*“ oder des so genannten „*Flipping*“), dass das alte Darlehen durch das neue Darlehen abgelöst werden soll. Der von *Reifner* vorgeschlagene neue Ansatz scheint auch nur für diese Situation geeignet zu sein. Aber es besteht das Problem für Fälle, in denen der Kreditgeber nicht weiß, dass der Kreditnehmer das mit ihm abzuschließende Darlehen in erster Linie zur Tilgung seines alten Darlehens aufgenommen hat, wobei der Kreditnehmer den Hauptbetrag des neuen Kredits tatsächlich zu diesem Zweck verwendet hat. Nach der Auffassung des 11. Zivilsenats des BGH verpflichtet der Darlehensgeber sich zur Information des Darlehensnehmers nur dann, wenn die Nichtigkeit des alten Darlehensvertrags für den Darlehensgeber ganz offensichtlich ist, unabhängig davon, ob der Darlehensgeber wirklich weiß, dass das neue Darlehen in der Tat zur Tilgung des alten Darlehens verwendet wird. Dann könnte man aufgrund eines *argumentum a maiore ad minus* keinen solchen Schluss mehr ziehen, dass allein die Tatsache, dass der Darlehensgeber nicht wusste, dass das neu

[1400] *Reifner*, BKR 2009, 51, 64.
[1401] *Reifner*, BKR 2009, 51, 63 f.
[1402] *Reifner*, BKR 2009, 51, 64 f.

abzuschließende Darlehen zur Befriedigung einer bestehenden Darlehensschuld des Darlehensnehmers verwendet wurde, als einer der maßgeblichen Umstände für die Beurteilung der Frage herangezogen werden sollte, ob der neue Darlehensvertrag gegen die guten Sitten verstößt. Denn wenn in einem solchen Fall der neue Darlehensvertrag für sich genommen nicht sittenwidrig ist, kann beim Darlehensgeber – anders als im Falle eines Darlehensgebers, der weiß, dass das neue Darlehen zur Befriedigung eines alten Darlehens verwendet wird – keineswegs eine subjektive Verwerflichkeit angenommen werden. Somit stellt sich die Frage nicht mehr, ob der neue Kreditgeber einen Kreditnehmer ausnutzt, der schon aufgrund seiner früheren Kreditaufnahme in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist, sondern vielmehr, wie die Entstehung einer solcher Situation verhindert werden kann, in der ein Kreditnehmer trotz Zahlungsschwierigkeiten „Kredite gegen Kredite" aufnimmt und damit die unkontrollierte Auweitung seiner eigenen Verschuldung in Kauf nimmt. Die derzeitige materiell-rechtliche Maßnahme in Deutschland besteht darin, dem Kreditgeber bei Verbraucherdarlehensverträgen eine Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung des Kreditnehmers und gegebenenfalls eine Pficht zur Verweigerung des Vertragsabschlusses auferzulegen, wenn der Kreditnehmer als verschuldet bekannt ist (§ 505a BGB).

(4) Neue Regulierungsmodalität zum Zinseszins: Integrierung des Kontrollrahmens in § 138 BGB

Mit einem vertieften Verständnis der ökonomischen „Zinseszins"-Struktur ist es durchaus möglich, über mögliche moderne Modelle im Bereich der Zinseszinsregulierung nachzudenken. Von der Perspektive *de lege ferenda* aus könnte man daran denken, das Problem der Zinseszinsregulierung in die Reichweite des § 138 BGB zu integrieren und dementsprechend das alte Zinseszinsverbot aufzuheben. Dafür gibt es mehrere Argumente.

a. Die wirtschaftliche „Zinseszins"-Struktur des Zinses

Begrifflich und finanzmathematisch gesehen haben die Zinsen selbst eine „Zinseszins"-Struktur inne. Zwar stützt die Vereinbarung der Parteien und das geltende Recht (z.B. § 488 Abs. 2 BGB) den Zeitpunkt der Fälligkeit einer Zinsschuld nicht auf die Grundlage der „Wachstumstheorie", sondern legt ihn „willkürlich" durch einen Ansatz für den Nominalzinssatz fest. Es handelt sich dabei jedoch eher um einen Kompromiss zwischen der Vertragsfreiheit und der Vereinfachung von Begründung und Abwicklung des Darlehensgeschäfts als Massengeschäft. Bei der Rückabwicklung eines gescheiterten Darlehensvertrags greift das Gesetz jedoch immer noch auf das Verständnis von einer „Zinseszins"-Struktur zurück und bezieht sich auf finanzmathematische Berechnungen zur Ermittlung des „Einbehaltensgrundes" der vertraglichen Zinsen, um den präzisen Zinsbetrag zu bestimmen, den der Darlehensgeber an den Darlehensnehmer zurückzuzahlen hat. Dies legt nahe, dass die „Wachstumstheorie" und der darauf basierende effektive Zinssatz die besten Kriterien bilden, um Gerechtigkeit zu gewährleisten, wenn am sachgerechtesten ein neutraler Schiedsrichter die wirtschaftliche Bedeutung einer Zinsschuld zwischen den

Parteien zu bewerten hat. Das Gleiche sollte auch für die Prüfung der Angemessenheit einer Zinseszinsvereinbarung gelten.

b. Überholung des § 248 BGB in Bezug auf die Regulierungstechnik und die -aufgaben

Wie bereits ausgeführt, bestehen Bedenken gegen das Verbot von Zinseszinsvereinbarungen im Hinblick auf den Normzweck des § 248 Abs. 1 BGB lediglich darin, dass sie einen bestimmten Tatbestand der Zinsberechnung enthalten, der gesetzlich als abstrakt gefährlich für die Privatautonomie der Vertragsparteien gewertet wird. Wenn man davon ausgeht, dass eine Zinseszinsvereinbarung, die aus einer begrenzten Anzahl von Multiplikationen des Nominalzinssatzes besteht, eine Unklarheit schaffen würde, die unmittelbar zur Nichtigkeit des Vertrags führen könnte, dann wäre eine solche Folgerung folgerichtig, dass ein Darlehensvertrag ohne Angabe des Effektivzinssatzes eine noch größere Gefahr darstelle und daher ebenfalls zur Aufhebung des Vertrags führen solle. Letzteres ist der Realität der Rechtsentwicklung nach aber nicht immer der Fall. Da die Öffentlichkeit vor hundert Jahren, als die Kodifizierung des Gesetzbuchs erfolgte, noch über kein finanzmathematisch reifes Verständnis in Bezug auf Zinsen verfügte und die damaligen Berechnungstechniken eine zügige Berechnung des Effektivzinssatzes schwerlich erreichen konnten, hielt § 248 Abs. 1 BGB eine Zinseszinsvereinbarung mit einem bestimmten rechnerischen Tatbestand zum Zweck der einfachen Berechnung verständlicher Weise für gefährlich. Aber in der heutigen Zeit, in der die genannten Engpässe durch den technischen Fortschritt überwunden wurden, ist § 248 Abs. 1 BGB eindeutig überholt.[1403] Gerade heute wird bei der Würdigung, ob der im Zinssatz ausgedrückte „echte Preis“ eines Darlehens die zulässige Grenze überschreitet (§ 138 BGB), überall mit der hochtechnischen Berechnungsmethode des Effektivzinses gerechnet. Der Zins sei also, wie *Seckelmann* anmerkte, schlechthin ein „Zinseszins“ und bedürfe keiner besonderen Vereinbarung, die spezifisch nach § 248 Abs. 1 BGB verboten sei.[1404]

Darüber hinaus ist § 248 Abs. 1 BGB lediglich eine Transparenzregel, die keine gesonderte Gesetzgebung zur Verwirklichung eines bestimmten materiellen Gedankens erforderlich macht.[1405] Und selbst wenn die angebliche Gefahr der Intransparenz der Zinschuld bei der Zinseszinsvereinbarung abgewendet werden soll, ist es nicht nötig, auf ein spezielles Zinseszinsverbot zurückzugreifen, da die Aufgabe, dies zu regulieren, vielmehr schon im erheblichen Umfang durch das Prinzip der „Zinstransparenz“ in der Preisangabenverordnung und im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommen

[1403] *Reifner*, AcP 214 (2014), 695, 729.

[1404] *Seckelmann*, Zinsrecht: Das Problem, dessen Lösung es sein sollte. Ein Plädoyer für konsequent richtigen Umgang mit zu verzinsendem Geld, Baden-Baden 1992, S. 89.

[1405] Gegenansicht, nämlich die Verteidigung der rechtlichen Selbstständigkeit des Zinseszinsverbots gemäß § 248 Abs. 1 BGB durch die „Inhaltstheorie“, siehe *Reifner*, NJW 1992, 337, 339.

werde.[1406]

c. Literaturansichten für die Integrierung in § 138 BGB

Daher ist das Zinseszinsverbot mathematisch gesehen eigenlich ein Zinsverbot,[1407] oder, genauer gesagt, das Zinsverbot nach § 138 Abs. 1 BGB ist auch ein Zinseszinsverbot. § 248 Abs. 1 BGB ist deshalb überflüssig.[1408] Aufgrund dessen sollten die Regeln für die Regulierung der Darlehenszinsen auf Basis des effektiven Zinssatzes, wie sie durch § 138 Abs. 1 BGB konkretisiert wurden, unter dem Gesichtspunkt *de lege ferenda* einheitlich auf alle Zinsvereinbarungen angewendet werden. Der klassische Gegenstand des Zinseszinsverbots, nämlich die im Voraus getroffene Verzinsungsvereinbarung einer Zinsschuld mit einem Nominalzinssatz, kann als „*eine einmalige Vereinbarung einer Zinsschuld*" gewertet werden. In anderen Worten ist die Zinseszinsvereinbarung im klassischen Sinne als ein zinstragender Teil eines einzigen Darlehensgeschäfts zu betrachten, dessen jährlicher Effektivzinssatz dabei auch nicht schwer zu berechnen ist. Solange der errechnete Effektivjahreszinssatz die zulässige Grenze des § 138 Abs. 1 BGB nicht überschreitet, soll regelmäßig die Wirksamkeit der Zinseszinsvereinbarung bestehen bleiben. Bei der Umschuldung basiert der Vorschlag von *Reifner*, die gesamte Darlehensvertragskette als einen einheitlichen Vertrag zu werten und den Effektivzinssatz dieses gesamten Vertrags zu berechnen und zu bewerten, ebenfalls auf demselben Gedanken.

d. Rechtsvergleichende Sichtweise: Erfahrung aus chinesischem Recht

In China entwickelt sich die Kenntnis von der Regulierung von Zinseszinsen ebenfalls weiter, und die oben genannten Überlegungen im Kontext mit dem deutschen Recht spiegeln sich auch in der Gesetzgebung wider.

(a) Taiwan

In Taiwan folgt § 207 RCZGB bei der Regulierung des Zinseszinses noch immer dem Gedanken des deutschen BGB. Absatz 1 Satz 1 dieses Paragraphen lautet: „*Die Zinsen sollen nicht dem ursprünglichen Kapital zugeschlagen werden und wiederum Zinsen begründen*". Davon sehen Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 desselben Paragraphen jedoch zwei gesetzliche Ausnahmen vor: Zum einen, „*dass die schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien, dass der Gläubiger die Zinsen, deren Zahlung trotz Mahnung für mehr als ein Jahr ausbleibt und die nach einer Aufforderung nicht entrichtet werden, dem ursprünglichen Kapital zuschlagen kann, zulässig ist*." Zum anderen unterliegen die „*Fälle, die einer anderen Gepflogenheit im Handelsverkehr entsprechen*", nicht dem Zinseszinsverbot im Sinne des § 207 Abs. 1 RCZGB. Diese beiden Bestimmungen werten die mit Nominalzinssätzen berechneten Zinsschulden als

[1406] Vgl. auch *Mülbert*/*Sajnovits*, WM 2019, 1813, 1819.

[1407] *Seckelmann*, Zinsrecht: Das Problem, dessen Lösung es sein sollte. Ein Plädoyer für konsequent richtigen Umgang mit zu verzinsendem Geld, Baden-Baden 1992, S. 88.

[1408] *Seckelmann*, Zinsrecht: Das Problem, dessen Lösung es sein sollte. Ein Plädoyer für konsequent richtigen Umgang mit zu verzinsendem Geld, Baden-Baden 1992, S. 89.

Gegenstand des Zinseszinsverbots, wie das deutsche Recht es auch tut.

(b) Festland

In Festlandchina wurde in den VCEZG von 1988 der gleiche Ansatz für die Regulierung von Zinseszinsen gewählt. Der erste Halbsatz von § 125 dieser Erläuterung lautet: „*Wenn bei Darlehen unter Bürgern der Darlehensgeber die Zinsen dem Kapital hinzurechnet und Zinseszinsen berechnet, wird dies nicht geschützt*“. Seit 1991 hat Festlandchina in Bezug auf die Frage der Regulierung von Zinseszinsen aber einen anderen Weg eingeschlagen.

§ 7 der SPKVG vom 13. August 1991 bekräftigt zwar, dass „*ein Darlehensgeber keine Zinsen in das ursprüngliche Kapital einrechnen darf, um Zinswucher zu erzielen*.“ Unmittelbar danach wird aber betont: „*Stellt sich im Laufe des Verfahrens heraus, dass der Gläubiger Zinsen in das ursprüngliche Kapital eingerechnet hat, um Zinseszinsen zu einem Satz zu berechnen, der die in § 6 vorgesehene Grenze überschreitet, so sind die Zinsen insoweit nicht zu schützen, als sie die Grenze übersteigen*“ Kurzum: Vereinbarung von Zinseszinsen per se sind danach im Prinzip zulässig, und nur der Teil dieser Vereinbarung, dessen Zinssatz im Ergebnis die zulässige Zinsgrenze überschreitet, ist unwirksam.

Dieser Gedanke findet sich auch deutlich in den nachfolgenden gerichtlichen Erläuterungen zur Regulierung des Zinswuchers in privaten Krediten wieder, nämlich in § 28 EPKVG 2015, § 28 EPKVG 2020 und § 27 EPKVG 2021. Nach dem geltenden § 27 EPKVG 2021 können der Darlehensnehmer und der Darlehensgeber nach Begleichung der Hauptforderung und der Zinsen des vorherigen Darlehens die Zinsen, die die Obergrenze des Zinssatzes zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht überschreiten, in die Hauptforderung des nachfolgenden Darlehens einbeziehen und erneut einen Schuldschein ausstellen; die Summe dieser neuen Hauptforderung und der am Ende des neuen Darlehens zu zahlenden Zinsen darf die Summe der Hauptforderung des vorherigen Darlehens multipliziert mit der Zinsobergrenze zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Gesamtdauer der gesamten Darlehensverträge nicht überschreiten. Der Tatbestand dieser Bestimmung ist in der Literatur auch als „Zinseszinsen“ bekannt.[1409] Es ist jedoch klar, dass die vereinbarte Form der „Zinseszinsen“ selbst nicht Gegenstand der genannten Bestimmung ist. Reguliert wird nur jeder einzelne Darlehensvertrag und der zur Ablösung dienende und als ein einziger Vertrag behandelte neue Darlehensvertrag. Dementsprechend wurde das Zinseszinsverbot auf Nominalzinsschulden im klassischen Sinne im festlandchinesischen Zivilrecht ganz aufgegeben. Dort sind Zinseszinsen als eine Art von vertraglicher Gestaltung per se zulässig, wobei nur eine Prüfung geboten ist, ob ein Verstoß eines einzelnen Darlehensvertrags gegen den gesetzlichen Höchstzinssatz besteht.

[1409] Vgl. *DU Wanhua* (Hrsg.), Verständnis und Anwendung der Erläuterung des Obersten Volksgerichtshofs zur Verhandlung der Sachen von privaten Krediten, Peking 2015, S. 492; *GAO Shengping*/*SHEN Chen*, Gerichtliche Anwendung von Bestimmungen über Zinsobergrenzen bei privaten Krediten, in: Political Science and Law 2013/12, S. 25 (26); *YANG Xinzhong*, Rechtspraxis in Bezug auf Zinsen bei Rechtsprozessen, Peking 2015, S. 9.

e. Beibehaltung des nach Zivilrecht und Handelsrecht differenzierten Ansatzes

Nach diesem Vorschlag *de lege ferenda*, d.h. dem Vorschlag der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf alle Arten von Zinsvereinbarungen einschließlich den Zinseszinsvereinbarungen, ergibt sich aus Vorstehendem bezüglich § 138 Abs.1 BGB, dass die zivil- und handelsrechtliche Perspektive im Bereich der Zinseszinskontrolle weiterhin von deutlicher Relevanz sein wird. Auf die Einzelheiten in Bezug auf § 138 Abs. 1 BGB ist hier nicht erneut einzugehen.

VII. Fazit

Die Zinseszinsverbote in den §§ 248 Abs. 1, 289 Satz 1 BGB regeln die Zinsen im gesetzlichen Sinne. § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB nennen dagegen eine Reihe von gesetzlichen Ausnahmen von den vorgenannten Verboten. Formal gesehen gibt es in diesem Bereich des Zinsrechts schon eine klare Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelsrecht.

Das Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB soll den Schuldner vor einer unvorhergesehenen Zinskumulation schützen und für „Zinsklarheit“ sorgen. Sowohl § 289 BGB als auch § 248 Abs. 1 BGB haben ihrer Entstehungsgeschichte nach eine Schuldnerschutzfunktion. § 289 BGB befasst sich jedoch in erster Linie mit Verzugsschäden und unterscheidet sich inhaltlich von § 248 Abs. 1 BGB, der die abstrakte Gefährdung der Parteiautonomie abwenden soll. In Bezug auf die konkrete Rechtsanwendung bezieht sich der Begriff „im Voraus“ in § 248 Abs. 1 BGB auf den Zeitraum vor Ablauf der Verrechnungsperiode für Zinsen, die mit einem „doppelten Prozent“ berechnet werden. § 289 Satz 1 BGB schließt den gesetzlichen Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 BGB von Zinsen aus, nicht aber den Anspruch auf „Zinseszinsen von Verzugszinsen“ auf der Grundlage einer „typisierenden Schadensberechnung“ (§ 289 Satz 2 BGB).

Die Darstellungen der Normzwecke von § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB bestärken weiterhin das Verständnis, dass § 248 Abs. 1 BGB nur die „Zinsklarheit“ gewährleisten soll. Darüber hinaus gibt § 248 Abs. 2 BGB einen weiteren Aufschluss, dass § 248 Abs. 1 BGB denjenigen Zinsschuldner schützt, der nicht über die Macht der Preisbildung verfügt, da nur dieser das betragsmäßige Volumen der künftigen Zinsschuld nicht abschätzen und kontrollieren und damit der abstrakten Gefährdung durch Zinseszinsvereinbarungen ausgesetzt sein könnte. § 355 Abs. 1 HGB hingegen nimmt das kaufmännische Kontokorrent (Ausnahme: Kontokorrent mit Beteiligung des Verbrauchers[1410]) des Zinseszinsverbots aus, weil der Gesetzgeber diese Praxis als Ausgleichsmechanismus ansieht, der die abstrakte Gefährdung spezifischer Berechnungsmethoden für die Parteien zumindest neutralisiert.

Die Vorschläge zur „Umgestaltung“ des Zinseszinsverbots in § 248 Abs. 1 BGB im geltenden Recht lassen sich in zwei Hauptkategorien einteilen: Zum einen in verschiedene

[1410] Siehe oben V. 2. (2) und (4).

„Lockerungsversuche“, zum anderen in Vorschläge, den Normzweck des Zinseszinsverbots mit einer „Überschuldungsprävention“ zu umschreiben und damit den Gegenstand des Verbots neu zu bestimmen. Dem letztgenannten Versuch ist nicht zu folgen. Die erstgenannten Vorschläge zur „Lockerung“ sind nur insoweit zweckmäßig, als es sich um eine Analogie der allgemeinen Rechswertung innerhalb des § 355 Abs. 1 HGB handelt.

Unter dem Gesichtspunkt *de lege ferenda* sollte wieder auf die „Zinseszins“-Eigenschaft des Zinses aus der Finanzmathematik abgestellt werden, so dass das Hauptziel des Zinseszinsverbots darin verstanden wird, den wirtschaftlichen „Zinseszinseffekt“ einzudämmen, anstatt diejenige Zinsvereinbarung zu unterbinden, die sich auf mehrfache Multiplikatoren des Nominalzinssatzes stützt. Im deutschen Recht bestehen schon *de lege lata* Regeln, die selbst im gewissen Grad dazu dienen können, den „Zinseszinseffekt“ abzuwenden und es mangelt auch nicht an Ansätzen, die durch Rechtsprechung und Lehre entwickelt wurden, um den „Zinseszinseffekt“ in bestimmten Situationen zu regulieren. Die durch § 138 Abs. 1 BGB richterlich entwickelten Regelungen über die Regulierung von Darlehenszinsen sollten daher einheitlich auf alle Arten von Zinsvereinbarungen (einschließlich derjenigen Zinseszinsvereinbarungen, die derzeit unter den § 248 Abs. 1 BGB fallen) angewendet werden. Diese „Umgestaltung“ erscheint so radikal, dass das derzeitige System der Zinseszinsregelungen faktisch vollständig aufgegeben werden würde. Selbst wenn diese „Umgestaltung“ aufgenommen werden würde, würde dennoch die Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelsrecht im Bereich der Zinseszinsregulierung weiterhin beibehalten werden. Diesbezügliche Einzelheiten finden sich in den vorangegangenen Ausführungen zu den Regulierungen über den Zinswucher im wucherähnlichen Darlehensgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB.

H. Schluss

An dieser Stelle kann schließlich eine endgültige Entscheidung über die Angemessenheit der vom BGH und der von den eingangs zitierten Literaturansichten nahegelegten allgemeinen Einschätzung, dass die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und NichtKaufleuten im Zinsrecht zumindest fragwürdig ist, getroffen werden. Der Befund dieser Arbeit für diese Einschätzung fällt so aus, dass sie nicht völlig plausibel ist.

Erstens folgt auf der faktischen Ebene, wie diese Arbeit aufgezeigt hat, jeder normative Bereich im Privatzinsrecht seiner eigenen Entwicklunglogik und wird nicht von einer einheitlichen Wertung geleitet. Bei der Betrachtung der Landschaft der Entwicklungsprozesse verschiedener Regelungskreise des Zinsrechts lässt sich vielmehr das Phänomen beobachten, das von dem Befund der h.M. in Rechtsprechung und Literatur abweicht: In den verschiedenen normativen Bereichen des Zinsrechts ist die Perspektive der Differenzierung von Zivil- und Handelsrecht nach wie vor ein beherrschender Anhaltspunkt; in einigen Bereichen wird sie sogar noch verstärkt. Insgesamt befindet sich das Zinsrecht also eher im Strudel eines Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht, aber es findet sich noch keine eindeutige Tendenz, dass sich das Zinsrecht zu einem Rechtssystem umwandeln wird, das in einer inhaltlich einheitlichen Weise auf alle normativen Bereiche Anwendung findet. Auch von der Wertungvorstellung her ist es weitgehend sinnvoll, eine Grundstruktur der Differenzierung und der gegenseitigen Abstimmung zwischen zivil- und handelsrechtlichen Gedanken in den verschiedenen Regelungsbereichen des Zinsrechts beizubehalten. Um das näher zu erläutern:

1. Ob die Zinsschuld grundsätzlich einen synallagmatischen oder einen akzessorischen Charakter hat, muss von Rechts wegen geklärt werden. § 488 BGB vereinheitlicht alle Arten von Darlehensverträgen als Konsensualverträge und behandelt die Zinsschuld als synallagmatische Schuld. Dies scheint eine Art Nivellierung der „Zinsvernunft“ der gesamten Bevölkerung in der Geschäftswelt vorausgesetzt zu haben. Diese Nivellierung trifft jedoch nicht zu. Somit muss bei der Betrachtung der grundlegenden Eigenschaften von Zinsschulden möglicherweise eine nuanciertere und differenzierte Perspektive eingenommen werden.

2. Der Ruf nach einer Aufhebung der Unterscheidung zwischen Zivil- und Handelsrecht im Zinsrecht hat sich auf die gesetzlichen Zinsvorschriften des § 246 BGB und des § 352 HGB konzentriert. Er fordert eine Harmonisierung in Bezug auf die Höhe des gesetzlichen Zinssatzes sowohl im Zivil- als auch im Handelsrecht mit der Begründung, dass der Erfahrungssatz, dass Geld in den Händen eines Kaufmanns wirtschaftlich mehr bedeutet, unhaltbar ist. Vor 2002 schiene eine solche Einschätzung angemessen. Nach 2002 wurde jedoch unter dem Einfluss des Europarechts mit der neuen gesetzlichen Verzugszinsregelung (§ 288 BGB) eine klare Differenzierungsregel für die Zinshöhe geschaffen. Diese Regelung ist vielmehr eine Bestätigung des genannten Erfahrungssatzes, nämlich dass Geld in den Händen eines Kaufmanns ertragreicher ist. Die gedankliche Vermittlung des europäischen

Rechts scheint ein fast unüberwindliches Wertungshindernis für die oben genannte Behauptung der Nivellierung geschaffen zu haben. Außerdem ist auch erwähnenswert, dass die Vorschriften über die gesetzlichen Zinssätze gegebenenfalls neu gefasst oder sogar abgeschafft werden müssten. Solange diese Vorschrift ihre Rechtswirkung beibehält, gleichgültig, ob sie nun als fester oder als variabler Zinssatz ausgestaltet ist, würde sie unausweislich von der Vielfältigkeit und Komplexität der realen Welt abweichen und ein eigentliches und nicht unerhebliches „Gerechtigkeitsdefizit" im Hinblick auf die schematische Anwendung aufweisen. Legen die Parteien den vertraglichen Zinssatz nicht fest, sollte die Vertragslücke somit vielmehr durch ergänzende Vertragsauslegung durch Richter geschlossen werden. Bei der Schaffung neuer gesetzlicher Zinsansprüche sollte der Gesetzgeber daher die konkrete Höhe jedes Zinsanspruchs anhand der jeweiligen *legis ratio* sorgfältig festlegen.

3. Die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Verzugszinsen in § 288 BGB zeigt, dass ihr Entwicklungsprozess von dem Zusammenspiel der Ideen des „Verbraucherschutzes" und des „Gläubigerschutzes" durchdrungen ist und letztendlich zu einem Rechtssystem mit drei Ebenen entwickelt wurde, die verschiedenen Subjekten entsprechen. Dieses System erfüllt seine Aufgabe in den verschiedenen Zeitphasen in der Geschichte relativ gut. Hier findet man keinen Anreiz, die umgekehrte Entwicklung einer „Nivellierung" zu unterstützen. Gleichzeitig verbleibt nach einer Reihe von Gesetzesreformen, die stark von der Entwicklung des nationalen Rechts und des EU-Rechts geprägt wurden, immer noch ein Gegensatz zwischen den gesetzlichen Verzugszinsen nach § 288 BGB und den kaufmännischen Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB. Die Entwicklungsgeschichte der gesetzlichen Verzugszinsen zeigt somit eine der typischsten Erscheinungsformen des Zusammenspiels von Zivil- und Handelsrecht im Zinsrechts auf.

4. Die Grundregeln für die Regulierung von Zinswucher im Darlehensgeschäft in Deutschland sind Folge des Richterrechts auf der Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB. Dieses Regelwerk für die Kontrolle von Darlehenszinsen weist eine ausdrückliche Doppelstruktur auf: Zum einen richtet § 138 Abs. 1 BGB einen grundsätzlichen Kontrollrahmen für die Rechtsanwendung ein, der selbst die gefestigten Rechtswertungen impliziert; zum anderen füllen die Richter innerhalb dieses Rahmens den spezifischen normativen Inhalt der anzuwendenden Regelung aus, wobei sie die unterschiedlichen Umstände des jeweiligen Einzelfalls berücksichtigen. Allerdings teilen zivil- und handelsrechtliche Subjekte den gleichen Bewertungsrahmen nach § 138 Abs. 1 BGB, d.h. sie unterliegen dem gleichen Beurteilungsverfahren: „*Sittenwidrigkeit = objektive Unrechtmäßigkeit + subjektive Unrechtmäßigkeit + Gesamtwürdigung*". Wie aus der Konkretisierung durch die Richter bei Handhabung dieses Rahmens zur Regulierung des Darlehenszinses hervorgeht, spiegelt sich hier jedoch der Hauptunterschied in der Behandlung von Zivil- und Handelssachen wider: Für Zivil- und Handelssachen gelten am Ende immer unterschiedliche Zinskontrollregelungen. Eine Gemeinsamkeit des von den Richtern entwickelten Richterrechts ist, dass sowohl bei

zivilrechtlichen als auch bei handelsrechtlichen Darlehensgebern bei objektiver Überschreitung des jeweils zulässigen Höchstzinssatzes die subjektive Unrechtmäßigkeit nahezu vermutet wird. Die differenzierte Behandlung der objektiven Obergrenze bei der Regulierung von Darlehenszinsen ist durch die unterschiedlichen Kosten- und Risikostrukturen allgemeiner und kaufmännischer Subjekte und die Unterschiede bei den Marktzinsen der jeweils betroffenen Darlehensprodukte gerechtfertigt. Die derzeitigen Regelungen zur Regulierung von Darlehenszinsen, die den Marktzins als Vergleichsgröße für die zulässige Obergrenze des Zinssatzes heranziehen, werden daher zwangsläufig als differenzierte Regelungen je nach Art und Inhalt des jeweiligen Darlehensprodukts und der Zugehörigkeit der Beteiligten des Darlehensgeschäfts in einer bestimmten Bevölkerungsgruppe darstellen.

5. Was die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Zinsklauseln betrifft, so ist das Prinzip der „Zinstransparenz“, das aus der Rechtsprechung zu Tilgungsverrechnungs- und Zinsberechnungsklauseln stammt, oder das Prinzip der „(formellen) Äquivalenz“, das auf die Rechtsprechung zu den Zinsgleit- und Zinsanpassungsklauseln zurückgeführt wird, ein Prinzip, das sich mehr auf den Schutz der Privatpersonen bzw. der Verbraucher konzentriert. Davon werden Kaufleute oftmals ausgenommen. Die Praktik der Rechtsprechung zu Bearbeitungsgebühr-Klauseln, die in Bezug auf die Bewertung der Klauseln nicht zwischen Privatpersonen und Kaufleuten unterscheidet, ist zurecht auf starke Kritik gestoßen. Hier hat die Rechtsprechung aus § 488 BGB in nicht sachgerechter Weise ein „gesetzliches Leitbild“ geschaffen, das schon dem neoliberalen Geist dieser Vorschrift selbst zuwiderläuft. Darüber hinaus war in den letzten Jahren der Ruf nach einer Reform des Inhaltskontrollsystems des AGB-Rechts immer lauter geworden, damit es sich besser an die Besonderheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs anpassen und seinen Bedürfnissen gerecht werden kann. Die differenzierte Behandlung je nach den geltenden zivil- und handelsrechtlichen Aspekten ist in den Augen vieler, die sich auf das AGB-Recht spezialisieren, nahezu selbstverständlich.

6. Schließlich stehen dem geltenden Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB bereits die gesetzlichen Ausnahmen in § 248 Abs. 2 BGB und § 355 Abs. 1 HGB gegenüber. Mit anderen Worten: Das derzeitige Zinseszinsverbot ist schon in formaler Hinsicht mit einer differenzierten Perspektive ausgestaltet. In der Literatur wird die einleuchtende Auffassung vertreten, dass das derzeitige Zinseszinsverbot überholt sei und „gelockert“ werden müsse, um den Besonderheiten des Handelsverkehrs stärker Rechnung zu tragen. Dogmatisch gesehen lässt sich diese „Lockerung“ besser durch eine Analogie zu dem Rechtsgedanken des § 355 Abs. 1 HGB ersetzen. Das derzeitige Zinseszinsverbot wurde zu einer Zeit eingeführt, als die Zinsberechnungstechnologie noch nicht hochentwickelt war und entspricht somit den heutigen Gegebenheiten nicht mehr. Der hier als überzeugend befundene Umgestaltungsansatz des derzeit geltenden Zinseszinsverbots, das im Wesentlichen ein Verbot

von mit Nominalzinssätzen berechneten spezifischen Zinsschulden darstellt, besteht darin, es in eine Regelung umzuwandeln, die lediglich auf den „Zinseszinseffekt“ abstellt. Daraus lässt sich die Folgerung ableiten, dass das derzeitige Zinseszinsverbot in § 248 Abs. 1 BGB sogar gänzlich gestrichen werden könnte und seine Aufgabe durch eine Regelung über die Regulierung von Darlehenszinsen im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB erreicht werden sollte. Dies stellt selbstverständlich einen radikalen theoretischen Vorschlag für das deutsche Recht dar. Aber selbst, wenn ein solch radikaler Vorschlag angenommen werden würde, würde die als de lege ferenda auszuarbeitende Regelung von Zinseszinsvereinbarungen, wie bereits gezeigt, letztlich noch immer der differenzierten Perspektive von Zivil- und Handelsrecht treu bleiben.

Quellenverzeichnis

I. Deutschland

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch von 1861, Amtliche Ausgabe, München 1862.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe, Hans Hattenhauer, 3. Aufl., Neuwied [u.a.] 1996.

Antrag der Abgeordneten, Zahlungsverzug bekämpfen – Verfahren beschleunigen – Mittelstand stärken, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/567 vom 17. März 1999.

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, Drucksache 14/7052 vom 9. Oktober 2001.

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, Drucksache 17/2752 vom 21. Februar 2000.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (in Kraft seit 1. Januar 1900, Reichs-Gesetzblatt, Berlin 1896, S. 195 ff), zuletzt geändert am 14. März 2023 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2023, S. 72).

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863; Ausgabe vom Jahre 1992 von Bernhard Francke, 3. Aufl., Leipzig 1992.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896.

Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 1994, S. 2494 ff; Bundesgesetzblatt, Teil I, 1997, S. 1061 ff), zuletzt geändert am 31. Oktober 2022 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2022, S. 1966 ff).

Entwurf eines Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, Theil I, II, München 1861.

Entwurf eines Gesetzes über Verbraucherkredite, zur Änderung der Zivilprozeßordnung und anderer Gesetze, Deutscher Bundestag, Drucksache 11/5462 vom 25. Oktober 1989.

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Deutscher Bundestag, Drucksache 18/1309 vom 5. Mai 2014.

Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/1246 vom 23. Juni 1999.

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/6040 vom 14. Mai 2001.

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Forderungen der Bauhandwerker (Bauvertragsgesetz – BauVertrG), Deutscher Bundestag, Drucksache 14/673 vom 26. März 1999.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Erster Theil: Entwurf, Berlin 1857.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Zweiter Theil: Motive, Berlin 1857.
Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867, Bundesgesetzblatt des Nordeutschen Bundes, Berlin 1867, S. 159 f.
Gesetz über das Kreditwesen vom 9. September 1998 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 1998, S. 2776 ff), zuletzt geändert am 22. Februar 2023 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2023, S. 51).
Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden vom 7. September 2007 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2007, S. 2246 f), zuletzt geändert am 29. Juli 2009 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2010, S. 2355).
Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen vom 27. August 2002 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2002, S. 3422, 4346), zuletzt geändert am 8. Oktober 2023 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2023, Nr. 272).
Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 28. Juli 2014 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2014, S. 1218 ff).
Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (Bundesgesetzblatt, Teil 1, 2000, S. 330 ff).
Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, S. 3138 ff).
Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2010, S. 3983), zuletzt geändert am 21. Oktober 2016 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2016, S. 2372).
Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2000, S. 946 ff), aufgehoben am 1. Januar 2002 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, S. 3138 ff).
Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2009, S. 2355 ff).
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 1001, veröffentlichen bereinigten Fassung, zuletzt geändert am 19. Dezember 2022 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2022, S. 2478 ff).
Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Reichsgesetzblatt, Berlin 1897, S. 219 f), zuletzt geändert am 10. März 2023 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2023, Nr. 64).
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Theil, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II, Allgemeiner Theil, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig 1888.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich,

Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898.
Scheckgesetz vom 14. August 1933 (Reichsgesetzblatt, Teil II, 1933, S. 537 ff), zuletzt geändert am 31. August 2015 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2015, S. 1471 ff).
Schubert, Werner (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Teil 1, Allgemeiner Teil), Berlin/New York, 1980.
- Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Teil 2, Besonderer Teil I), Berlin/New York, 1980.
- Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II: Recht der Schuldverhältnisse (Teil 3, Besonderer Teil II), Berlin/New York, 1980.

Verbraucherkreditgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 2000 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2000, S. 940 ff), aufgehoben am 1. Januar 2002 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2001, S. 3138 ff).
Verordnung zur Novellierung der Preisangabenverordnung vom 12. November 2021 (in Kraft seit 28. Mai 2022, Bundesgesetzblatt, Teil I, 2021, S. 4921 ff).
Wechselgesetz vom 21. Juni. 1933 (Reichsgesetzblatt, Teil II, 1933, S. 377 ff), zuletzt geändert am. 31. August 2015 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2015, S. 1471 ff).
Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (Bundesgesetzblatt, 1950, S. 533 ff), zuletzt geändert am 28. Februrar 2023 (Bundesgesetzblatt, Teil I, 2023, Nr. 51).

II. Österreich

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 01. Juni 1811 (Justizgesetzsammlung vom Jahre 1811, Nr. 946), in der Fassung vom 10. September 2021 (gemäß Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Teil I, 2021, Nr. 175).

III. Schweiz

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationsrecht) vom 30. März 1911 (Botschaft des Bundesrats: Schweizerisches Bundesblatt, Teil II, 1905, S. 1 ff; Beschluss des Parlaments: Schweizerisches Bundesblatt,

Teil II, 1911, S. 355 ff; Inkrafttreten am 1. Januar 1912), zuletzt geändert am 9. Februar 2023 (Schweizerisches Bundesblatt, 2017, S. 6941 ff).

IV. China (Festland, Taiwan)

Antwort des Obersten Volksgerichtshofs auf den Vorschlag zur Änderung der Bestimmungen über Darlehenszinsen in der „Erläuterung mehrerer Probleme der Rechtsanwendung bei Verhandlung der Sachen von privaten Krediten“ (Verabschiedung am 9. Juli. 2019 vom Obersten Volksgerichtshof), abgekürzt als AVG 2019 最高人民法院关于修改最高人民法院关于民间借贷案件适用法律若干问题的规定中关于借款利息规定的建议的回复.

Bekanntmachung des Obersten Volksgerichtshofs über die rechtmäßige und ordnungsmäßige Verhandlung von Sachen von privaten Krediten (Verabschiedung am 1. August 2018 vom Obersten Volksgerichtshof), abgekürzt als BPKVG 2018 最高人民法院关于依法妥善审理民间借贷案件的通知.

Erläuterung mehrerer Probleme der Rechtsanwendung bei Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Verabschiedung am 23. Juni 2015 vom Obersten Volksgerichtshofs, Inkrafttreten 1. September 2015), abgekürzt als EPKVG 2015 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(2015).

Erläuterung mehrerer Probleme der Rechtsanwendung bei Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Verabschiedung am 18. August 2020 vom Obersten Volksgerichtshofs, Inkrafttreten 20. August 2020), abgekürzt als EPKVG 2020 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(2020).

Erläuterung mehrerer Probleme der Rechtsanwendung bei Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Verabschiedung am 23. Juni 2015 vom Obersten Volksgerichtshofs, erste Änderung am Inkrafttreten am 20. August 2020, zuletzt geändert am 1. Januar 2021), abgekürzt als EPKVG 2021 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定(2021).

Erläuterungen mehrerer Probleme der Rechtsanwendung des Sicherungsgesetzes der Volksrepublick China (Verabschiebung am 08. Dezember 2000 vom Obersten Volksgerichtshofs, Inkrafttreten am 13. Dezember 2000), abgekürzt als EPS 最高人民法院关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释.

Erläuterungen zu den Zivilrechtsgrundsätzen der Volksrepublik China durch Oberstes Volksgerichtshof (Verabschiedung am 2. April 1988 vom Obersten Volksgerichtshofs, Inkrafttreten am 2. April 1988), abgekürzt als VCEZG 最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国民法通则若干问题的意见(试行).

Geschäftsbankgesetz der Volksrepublik China, (Verabschiedung am 18. März 1995 vom Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses, letzte Änderung am 27. Dezember. 2003), abgekürzt als VCGBG 中华人民共和国商业银行法.

Mehrere Stellungnahmen des Obersten Volksgerichtshofs zur weiteren Verstärkung der

Verhandlung im Bereich der Finanzierung (Verabschiedung am 4. August 2017 vom Obersten Volksgerichtshof), abgekürzt als SVFVG 2017 最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见.
Stellungnahme des Obersten Volksgerichtshofs zu Verhandlung der Sachen von privaten Krediten (Verabschiebung und Inkrafttreten am 13. August 1991), abgekürzt als SPKVG 1991 最高人民法院关于人民法院审理借贷案件的若干意见.
Tagungsaufnahme des Obersten Volksgerichtshofs über die zivil- und handelsrechtliche Verhandlungsarbeit der Gerichte in China (Verabschiedung am 14. November 2019 vom Obersten Volksgerichtshof), abgekürzt als TZHVG 2019 最高人民法院全国法院民商事审判工作会议纪要.
Vertragsgesetz der Volksrepublik China (Verabschiebung am 15. März 1999 vom Nationalen Volkskongress, Inkrafttreten am 01. Oktober 1999) 中华人民共和国合同法.
Zivilgesetzbuch der Republik China (in Kraft seit 10. Oktober 1929), Textausgabe, Wunan Rechtsforschungszentrum, Taipei 2019, abgekürzt als RCZGB 中華民國民法.
Zivilgesetzbuch der Volksrepublik China (Verabschiedung am 28. Mai 2020 vom Nationalen Volkskongress, Inkrafttreten am 1. Januar 2021), ZChinR 2020, S. 207 ff (Übersetzer: DING, Yijie/Leibüchler, Peter/Klages, Nils/Pißler, Knut Benjamin), abgekürzt als VCZGB 中华人民共和国民法典.
Zivilrechtsgrundsätze der Volksrepublik China (Verabschiedung am 12. April 1986 vom Nationalen Volkskongress, Inkrafttreten am 1. Januar 1987), abgekürzt als VCZG 中华人民共和国民法通则.

V. Europarecht und internationale Quellen

Draft Common Frame of Reference (DCFR), Model Rules, in: Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, München 2009.
Empfehlung der Kommission vom 12. Mai 1995 über die Zahlungsfristen im Handelsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 127 vom 10. Juni 1995, S. 19 ff.
Entschließung des Rates vom 14. April 1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 92 vom 25. April 1975, S. 1 ff.
Principles of International Commercial Contracts, in: The International Institute for the Unification of Private Law, online Ausgabe von 2016.
Europäische Zentralbank, Central bank liquidity lines, in: https://www.ecb.europa.eu/mopo/implement/liquidity_lines/html/index.de.html, August 2023, abgerufen am 10. August 2023.
Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur

Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 200 vom 8. August 2000, S. 35-38.
Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Union, L 48 vom 23. Februar 2011, S. 1-10.
Richtlinie des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L 42 vom 12. Februar 1987, S. 48 ff.
Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr“, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 407 vom 28. Dezember 1998, S. 50 ff.
The Principles Of European Contract Law, in: Lando, Ole/ Beale, Hugh/Prüm, André/Clive, Eric/ Zimmerman, Reinhard (Editor), The Principles Of European Contract Law (Parts I, II and III), Student Edition, Kluwer Law International 2019.
United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL), Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition.
United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Ausgabe vom 2010, in: United Nations Commission On International Trade Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 2010.
Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, C 168 vom 3. Juni 1998, S. 13 ff.

Literaturverzeichnis

I. Deutschsprachige Literatur

Abraham, Hans Jürgen, Die Doktrin der Public Policy, AcP 150 (1949), S. 385-399.

Affolter. A, Das verzinsliche Darlehen, ArchBürgR 26 (1905), S. 1-6.

Aristoteles, Politik, übersetzt und herausgegeben von Franz F. Schwarz, Ditzingen 2019.

Arndt, Hans-Wolfgang/Schumacher, Andreas, Echte Fortschritte bei der unechten Rückwirkung, NJW 1998, S. 1538 f.

Bachmann, Rolf, Die Restforderung der Teilzahlungsbank gegen den säumigen Schuldner, NJW 1978, S. 865-868.

Bamberger, Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., München 2012.

Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stand: 01.03.2020, München.

Bartholomeyczik, Horst, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der mordernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30-75.

Bartsch, Michael, Zum gesetzlichen Zinssatz, NJW 1980, S. 2564 f.

Basedow, Jürgen, Verzugszinsen und Diskontsatz, ZRP 1980, S. 215 f.

Baumann, Horst, Strukturfragen des Handelsrechts, AcP 184 (1984), S. 45-66.

Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J, Kommentar Handelsgesetzbuch, 40. Aufl., München 2021.

Baums, Theodor, Zur Transparenz der Berechnung von Darlehenszinsen – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 24.11.1988 – III ZR 188/87, ZIP 1988, 1530, ZIP 1989, S. 7 f.

Beck, Sascha, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, Berlin 2008.

Becker, Christoph, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, Köln[u.a.] 1993.

- Kaufpreisverzinsung während Nutzung der Kaufsache gem. § 452 BGB, NJW 1996, S. 645 f.

Becker, Felix, Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht, JZ 2010, S. 1098-1106.

Becker, Johannes, „Negativzinsen" als Folge von Zinsgleitklauseln bei Inhaberschuldverschreibungen , WM 2013, S. 1736-1742.

Beitzke, Günther, Probleme des Kontokorrents, FS Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 9-26.

Belke, Rolf, Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 1969, S. 586-595.

Benecke, Martina, Gesetzumgehung im Zivilrecht, Tübingen 2004.

Berger, Klaus Peter, Der Zinsanspruch im Internationalen Wirtschaftsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1997, S. 313-343.

- Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr, NJW 2010, S. 465-470.

Beuthien, Volker, Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe, FS Karl Larenz, München 1973, S. 495-516.

Bezzenberger, Tilman, Das Verbot des Zinseszinses WM 2002, S. 1617-1626.

Bieder, Marcus, Der Schutz vor täuschungsgeeigneten Formularverträgen – Überlegungen zur Konkretisierungen des AGB-rechtlichen Transparenzgebots (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), AcP 216 (2016), S. 911-951.

Bilda, Karen, Zinsrecht in Spanien und Deutschland, Baden-Baden 1994.

Bitter, Georg, Gesetz zur „Verzögerung" fälliger Zahlungen, – Kritische Anmerkungen zum neuen § 284 Abs. 3 BGB, WM 2000, S. 1282-1287.

Bitter, Georg/Schumacher, Florian, Handelsrecht, 3. Aufl., München 2018.

Blaurock, Uwe, Das Kontokorrent, JA 1980, S. 691-696.

Boehmer, Gustav, Realverträge im heutigen Rechte, ArchBürgR 38 (1913), S. 314-334.

Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.

Boemke, Burkhard/Ulrici, Bernhard, BGB Allgemeiner Teil, Heidelberg [u. a.], 2009.

Breithaupt, Walter, Die guten Sitten, JZ 1964, S. 283-285.

Bringezu, Volker, Erbbauzins und Zinseszinsverbot, NJW 1971, S. 1168.

Brüning, Christoph, Die Rückwirkung von Legislativakten, NJW 1998, S. 1525-1528.

Bruchner, Helmut, Zinsberechnungsmethode bei Annuitätendarlehen im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1988, S. 1873-1878.

Brömmelmeyer, Christoph, Schuldrecht allgemeiner Teil, München 2014.

Brox, Hans/Henssler, Martin, Handelsrecht, 22. Aufl., München 2016.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 42. Aufl., München 2018.

- Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl., München 2010.

Bülow, Peter, Sittenwidriger Konsumentenkredit im Verzug, NJW 1992, S. 2049-2052.

Bucher, Eugen, Verzugsauslösende Mahnung: Warum Voraussetzung der Fälligkeit?, FS Rolf A. Schütze, München 1999, S. 163-174.

Bunte, Hermann-Josef, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. Januar 1989 – XI ZR 54/88, JR 1989, S. 375-376.

- Der Gedanke der normativen Prävention im deutschen Zivilrecht, FS Hans Giger, Berlin 1989, S. 55-74.
- Keine Vorfälligkeitsentschädigung bei Kündigung wegen Verzugs?, NJW 2016, S. 1626-1630.
- Probleme der Ratenkreditverträge, WM-Sonderbeilage 1/1984, S. 3-26.

Burkiczak, Christian M., Zur Frage der Zulässigkeit uneingeschränkter Zinsänderungsklauseln in AGB bei kurzfristigen Sparprodukten, BKR 2007, S. 190-193.

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien [u.a.] 1996.

Cahn, Andreas, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, S. 8-19.

Canaris, Claus-Wilhelm, Begriff und Tatbestand des Verzögerungsschadens im neuen Leistungsstörungsrecht, ZIP 2003, S. 321-327.
- Der Kontokorrentratenkredit – eine neue Form des Konsumentenkredits, WM-Sonderbeilage Nr. 4/1987, S. 1-12.
- Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, S. 1891-1898.
- Die Auswirkungen der Sittenwidrigkeit von Ratenkreditverträgen auf Folgekreditverträge, WM 1986, S. 1453-1465.
- Funktion und Rechtsnatur des Kontokorrents, FS Hermann Hämmerle, Graz 1972, S. 55-78.
- Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983.
- Grundprobleme des Schuldnerverzuges nach dem BGB, FS Helmut Koziol, Wien 2010, S. 45-75.
- Handelsrecht, 24. Aufl., München 2006.
- Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers, ZIP 1980, S. 709-722.
- Wandlung des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000), S. 273-364.
- Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen, NJW 1987, S. 609-617.

Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Großkommentar, Vierter Band, 4. Aufl., Berlin 2004.

Casper, Matthias, Vorformulierte Verzugszinspauschalierung durch Diskontsatzverweis, NJW 1997, S. 240 f.

Casper, Matthias/Möllers, Caroline, Zulässigkeit von Bearbeitungsentgelten bei gewerblichen Darlehensverträgen, WM 2015, S. 1689-1699.

Coen, Christoph, Der negative Basiszinssatz nach § 247 BGB, NJW 2012, S. 3329-3334.

Coester-Waltjen, Dagmar, Der Auftrag, JURA 2001, S. 567-570.
- Der Darlehensvertrag, JURA 2002, S. 475-478.

Coing, H., Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der „guten Sitten", NJW 1947/48, S. 213-216.

Damm, Reinhard, Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung – Nichtigkeit und Nichtigkeitsbeschränkung bei Gesetz- und Sittenverstoß, JZ 1986, S. 913-926.

Dauner-Lieb, Barbara/Axer, Constantin, Quo vadis AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr?, ZIP 2010, S. 309-314.

Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Gesamtherausgeber), Nomoskommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil, EGBGB, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.
- Nomoskommentar BGB, Band 1/2: Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2021.

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 34. Aufl., Heidelberg 2018.

Derleder, Peter, Kettenkreditverträge: Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Umschuldung

von Konsumentenkrediten, JZ 1983, S. 81-88.
- Transparenz und Äquivalenz bei bankvertragsrechtlicher Zinsanpassung, WM 2001, S. 2029-2040.

Derleder, Peter/Knops Kai-Oliver/Bamberger, Heinz (Hrsg.), Handbuch zum deuschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009.

Deutsch, Erwin, Beweis und Beweiserleichterungen des Kausalzusammenhangs im deutschen Recht, FS Hermann Lange, Stuttgart [u.a.] 1992, S. 433-444.
- Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, S. 1971-1975.

Doms, Thomas, Die Zinsbescheinigung – eine Regreßfalle?, NJW 1999, S. 2649-2651.

Dornis, Tim W., Die Entschädigungspauschale für Beitreibungsaufwand – Neujustierung von Kompensation und Prävention im europäischen und deutschen Verzugsrecht?, WW 2014, S. 677-682.

Drettmann, Fritz, Handelsbräuche und Allgemeine Geschäftsbedingungen, FS Graf von Westphalen, Köln 2010, S. 73-80.

Dubovitskaya, Elena, Fristsetzung im Schuldrecht: Neue Obligenheit für den säumigen Schuldner?, JZ 2012, S. 328-333.

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlef/Strohn, Lutz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Kommentar, Band 2, 4. Aufl., München 2020.

Eckert, Jörn, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), S. 337-359.

Ellscheid, Günter, Das Naturrechtsproblem, in: Kaufmann/Hassemer, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 4. Aufl., Heidelberg 1985, S. 125-192.

Emmerich, Volker, Der Verzug bei Ratenkrediten und kein Ende, WM 1986, S. 541-546.
- Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.
- Die Verzugsschadensproblematik bei Ratenkrediten, FS Hans Giger, Berlin 1989, S. 173-193.
- Grundfälle zum Schuldnerverzug, JuS 1995, S. 123-125.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar siehe unten: Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg.

Ernst, Wolfgang, Negativzinsen aus zivilrechtlicher Sicht – ein Problemaufriss, ZfPW 2015, S. 250-256.

Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, Teil 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000.

Fabis, Henrich, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen – Inhalt und Auswirkungen, ZIP 2000, S. 865-871.

Fahl, Christian, Zur Zulässigkeit der einseitigen kalendermäßigen Bestimmung des Verzugszeitpunktes, JZ 1995, S. 341-345.

Faust, Florian, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden-Baden 2016.

Feldhusen, Claire, Bearbeitungsgebühren bei Förderdarlehen, WM 2015, S. 1397-1406.
- Verzinsung bei Sparverträgen, BKR 2021, S. 69-78.
Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 11.Aufl., Berlin 2006.
Fischer, Carsten, Zinskumulation? Zur Klärung des Verhältnisses von Fälligkeits- und Verzugszinsen, ZfPW 2018, S. 205-226.
Fischer, Robert/Nastelski, Karl/Löscher, Otto/Wilde, Günther (Hrsg.), Großkommentar der Praxis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Teil 2, Berlin 1960.
Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin [u.a.] 1992.
Gelhaar, Wolfgang, Nochmals: Zur Höhe der gesetzlichen Zinsen, NJW 1981, S. 859.
- Zur Höhe der gesetzlichen Verzugs- und Prozeßzinsen, NJW 1980, S. 1372 f.
Gernhuber, Joachim, Handbuch des Schuldrechts Band 3 – Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., Tübingen 1994.
Göhner, Reinhard, Verzugsbeginn mit dem Zugang der Mahnung, NJW 1980, S. 570.
Gotthardt, Peter, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979.
- Zur Bemessung des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schadens einer Bank bei Verzug eines Kreditschuldners, WM 1987, S. 1381-1389.
Gottwald, Stefan, Schadensersatz für die verzugsbegründende Erstmahnung, JR 1998, S. 95-98.
- Verzugszinsen als schadensrechtliches Problem, JA 1997, S. 800-802.
Gorniak, Ulrich, Regelungen für den Verzugsfall in Kreditverträgen, NJW 1969, S. 2124-2126.
Gravenhorst, Wulf, Eigentumsvorbehalt gleich Sicherungsübereignung?, JZ 1971, S. 494-497.
Grigoleit, Hans Christoph/Riehm, Thomas, Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht, AcP 203 (2003), S. 727-762.
Gruber, Joachim, Der Zinsanspruch beim gekündigten Geschäftsdarlehen, NJW 1992, S. 2274 f.
Grundmann, Stefan, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag – System und Pespektiven, AcP 204 (2004), S. 569-605.
- Privatautonomie im Binnenmarkt: Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, S. 1133-1143.
Grunewald, Barbara/Benicke, Christoph (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5: Viertes Buch, 4. Aufl., München 2018.
Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamtherausgeberschaft), beck-online. GROSSKOMMENTAR BGB, München 2023.
Güngör, Volkan, Die Zulässigkeit von Bereitstellungszinsen bei Immobiliardarlehen, VuR 2013, S. 410-414.
Häublein, Martin/Hoffmann-Theinert, Roland (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar HGB,

30. Edition, Stand: 15.04.2020, München 2020.
Haag, Oliver/Löffler, Joachim, Handelsgesetzbuch – HGB Kommentar, 2. Aufl., Münster 2013.
Habersack, Mathias, Zinsänderungsklauseln im Lichte des AGBG und des VerbrKrG, WM 2001, S. 753-762.
Hager, Johannes, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, S. 175-179.
Hammen, Horst, Vorausabtretung versus Inrechnungstellung, JZ 1998, S. 1095-1100.
Hanke, Stefan/Adler, Angela, Keine Gleichbehandlung von Unternehmern und Verbrauchern bei der Rückforderung von Bearbeitungsentgelten, WM 2013, S. 1313-1319.
Hansen, Udo, Das sogennante Transparenzgebot im System des AGB-Gesetzes, WM 1990, S. 1521-1528.
Harke, Jan Dirk, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg [u.a.] 2010.
- Schuldnerverzug, Berlin 2006.
Hartmann, Bernd J., Prozente und Prozentpunkte beim Klageantrag auf Verzugszinsen, NJW 2004, S. 1358-1360.
Hattenhauer, Hans, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 2000.
Heck, Philipp, Grundriß des Schuldrechts, Unveränderter Nachdruck der Ausgabe von 1929, Meisenheim/Glan 1958.
Heermann, Peter W., Handbuch des Schuldrechts – Geld und Geldgeschäfte, Tübingen 2003.
Heidel, Thomas/Schall, Alexander (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2020.
Heinrichs, Helmut, EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 157-164.
Hellner, Thorwald, Quo vadis AGB-Recht?, FS Ernst Steindorff, Berlin [u.a.] 1990, S. 573-587.
Herresthal, Carsten, Der Ersatz des Verzugsschadens beim Rücktritt vom Vertrag, JuS 2007, S. 798-803.
- Reform der AGB-Kontrolle im B2B-Bereich, Baden-Baden 2020.
Herweg, Christian/Fürtjes, Katharina, Bearbeitungsentgeltklauseln von Banken gegenüber Unternehmern, ZIP 2015, S. 1261-1269.
Hingst, Kai-Michael/Neumann, Karl-Alexander, Negative Zinsen – Die zivilrechtliche Einordnung eines nur scheinbar neuen geldpolitischen Phänomens, BKR 2016, S. 95-101.
Hommelhoff, Peter/Widenmann, Kai-Udo, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, S. 562-572.
Honsell, Heinrich, Der Verzugsschaden bei der Geldschuld, FS Hermann Lange, Stuttgart [u.a.] 1992, S. 509-521.

- Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015.

Horn, Norbert, Zinsforderung und Zinsverbot im kanonischen, islamischen und deutschen Recht. – Eine rechtshistorisch-rechtsvergleichende Problemskizze, FS Hermann Lange, Stuttgart [u.a.] 1992, S. 99-113.

Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin [u.a.] 1996.

Huber, Ulrich, Handbuch des Schuldrecht – Leistungsstörungen, Band I, Tübingen 1999.

- Handbuch des Schuldrecht – Leistungsstörungen, Band II, Tübingen 1999.
- Rücktritt vom Vertrag und Ersatz des Verzugsschadens, JZ 1984, S. 409-412.

Hunecke, Heinrich, Zinsberechnungs- und Tilgungsverrechnungsklauseln im Lichte der BGH-Urteile vom 24. November 1988, WM 1989, S. 553-559.

Janssen, André, Präventive Gewinnabschöpfung, Tübingen 2017.

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 17. Aufl., München 2018.

Joussen, Jacob, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stuttgart 2018.

Junglas, Benjamin, Entgangene Anlagezinsen als Nebenforderung?, NJOZ 2013, S. 1641-1646.

- Zur Erstattungsfähigkeit entgangener Anlagezinsen, BKR 2013, S. 360-368.

Jungmann, Carsten, Bankgebühren für die Nichteinlösung von Lastschriften, NJW 2005, S. 1621-1624.

Kamanabrou, Sudabeh, Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln, AcP 202 (2002), S. 662-688.

Kilimann, Ralf, Der Schaden des Ratenkreditgebers beim Zahlungsverzug im Konsumentenkredit, NJW 1987, S. 618-625.

Kindler, Peter, Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ersatz entgangener Anlagezinsen im Verzug, WM 1997, S. 2017-2025.

- Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, Tübingen 1996.

Klimke, Manfred, Ersatz von Finanzierungskosten aus Anlaß eines Haftpflichtschadens, VersR 1973, S. 881.

Klinke, Ulrich, Causa und genetische Synallagma – Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin 1983.

Klunzinger, Eugen, Grundzüge des Handelsrechts, 14. Aufl., München 2011.

Knapp, Andreas, Das Problem der bewußten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1999, S. 295-329.

Knöpfel, Tamara, Vorfälligkeitsentschädigung und Verzugszinsen bei Kündigung des Darlehens durch die Bank, NJW 2014, S. 3125-3218.

Knops, Kai-Oliver, Bankentgelte in der AGB-Kontrolle, ZBB 2010, S. 479-486.

- Restschuldversicherung im Verbraucherkredit, VersR 2006, S. 1455-1459.

Köhler, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, 42. Aufl., München 2018.

- Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, S. 665-671.

Köndgen, Johannes, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht, NJW 1989, S. 943-952.

- Modernisierung des Darlehensrechts: eine Fehlanzeige, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, S. 457-478.

Kötter, Hans-Wilhelm, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP (153) 1954, S. 193-239.

Koch, Eckart, Voll danaben: Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen, NJW 2000, 3115-3116.

Koch, Jens, Bearbeitungsentgelt im Kreditgeschäft – ein Blick nach vorn, WM 2016, S. 717-726.

Koch, Raphael, Das AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr: Zu viel des Guten oder Bewegung in die richtige Richtung?, BB 2010, S. 1810-1815.

- Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein? - Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis?, NJW 2010, S. 1636-1639.

Kohler, Josef, Das Vereinbarungsdarlehen, ArchBürgR 33 (1909), S. 1-21.

Kohler, Jürgen, Das Vertretenmüssen beim verzugsrechtlichen Schadensersatz, JZ 2004, S. 961-965.

Koller, Ingo, Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, FS Ernst Steindorff, Berlin [u.a.] 1990, S. 667-686.

Koller, Ingo/Kindler, Peter/Roth, Wulf-Henning/Drüen, Klaus-Dieter, Handelsgesetzbuch Kommentar, 9. Aufl., München 2019.

Kollmann, Hanns-Peter, Negative Zinsen, Baden-Baden 2016.

Kondring, Jörg, Die „Gute unternehmerische Praxis“ in einem möglichen künftigen AGB-Recht für den unternehmerischen Rechtsverkehr, BB 2013, S. 73-78.

Koziol, Helmut, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988), S. 183-229.

Krepold, Hans-Michael/Herrle, Constanze, Negative Zinsen – rechtliches Neuland, BKR 2018, S. 89-99.

Kropf, Christian, Sichteinlagen auf Girokonten: Vom (zinslosen) Darlehen zur entgeltpflichtigen Kapitalverwahrung, WM 2017, S. 1185-1189.

Kropf, Christian/Habl, RA Rouben, Aktuelle Entwicklungen zur Zulässigkeit von Bankentgelten, BKR 2012, S. 141-145.

Krüger, Thomas/Bütter, Michael, Verzugsschadenberechnung bei Not leidenden Krediten nach der Schuldrechtsreform, WM 2002, S. 2094-2101.

Kübler, Friedrich, Effizienz als Rechtsprinzip, FS Ernst Steindorff, Berlin [u.a.] 1990, S. 687-704.

Kuhlenbeck, Ludwig, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Berlin 1899.

Kuhlmann, Goetz-Joachim, Übertragung einer Arztpraxis und ärztliche Schweigepflicht, JZ 1974, S. 670-672.

Langner, Olaf/Brocker, Till, Negativzinsen als kontrollfreie Preishauptabrede im Passivgeschäft, WM 2017, S. 1917-1923.
Langner, Olaf/Mülle, Friedrich, Negativzinsen im Passivgeschäft auf dem Prüfstand, WM 2015, S. 1979-1985.
Laufs, Adolf, Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, S. 1433-1437.
Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, München 1982.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin [u.a.] 1991.
Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Aufl., Berlin/Boston 2015.
Leipold, Dieter, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Tübingen 2017.
Lettl, Tobias, Handelsrecht, 4. Aufl., München 2018.
Leuschner, Lars, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr, JZ 2010, S. 875-884.
- Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle: Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff BGB unterliegen, AcP 207 (2007), S. 490-529.
- Prüfungsfristen und Darlegungsobliegenheiten bei der außergerichtlichen Inanspruchnahme, AcP 207(2007), S. 64-101.
- Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr, ZIP 2015, S. 1045-1052.
Leyens, Patrick/Schäfer, Hans-Bernd, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), S. 771-803.
Liesegang, Helmuth C.F., Zur Frage der Sittenwidrigkeit sogenannter Fluchthilfeverträge, JZ 1977, S. 87-90.
Lindacher, Walter F., Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), S. 124-136.
Löwe, Walter, Keine Inhaltskontrolle von Tilgungsverrechnungsklauseln beim Annuitätendarlehen?, NJW 1987, S. 936-940.
Löwisch, Manfred, Die Zins- und Schadensersatzansprüche des Ratenkreditgebers bei Säumnis des Kreditnehmers, BB 1985, S. 959-962.
- Zinseszinsverbot und Verzugsschadensersatz, NJW 1978, S. 26.
Lorenz, Stephan, Grundwissen – Zivilrecht: Auftrag und Geschäftsbesorgung, JuS 2012, S. 6-9.
- Vertragsaufhebung wegen unzulässiger Einflußnahme auf die Entscheidungsfreiheit: Der BGH auf dem Weg zur reinen Abschlußkontrolle?, NJW 1997, S. 2578-2580.
Looschelders, Dirk, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 16. Aufl., München 2018.
- Schuldrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., München 2015.
Lutz, Andreas, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge – Analyse zweier Anwendungsfelder des § 138 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung vertragsspezifischer Schutzbedürftigkeit, Berlin 2021.
Maaß, Martin, Grundstückskauf nur noch mit Wertgutachten?, NJW 2001, S. 3467-3469.

Mack, Günter, Der Zinsanspruch der Bank im Zahlungsverzug des Darlehensnehmers, WM 1986, S. 1337-1345.

Maier, Adolf, Das Kontokorrent, JuS 1988, S. 196-199.

Maier-Reimer, Georg, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr – Der BGH überdreht die Schraube, NJW 2017, S. 1-6.

Mankowski, Peter, Schuldnerverzug und Gläubigerspekulation, WM 2009, S. 921-928.

Martens, Sebastian A.E., Grundfälle zu Geld und Geldschulden, JuS 2014, S. 105-109, 200-204.

Maurer, Hartmut, Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010.

Mayer-Maly, Theo, Der gerechte Preis, in: FS Heinrich Demelius, Wien 1973, S. 139-154.

- Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, S. 596-600.
- Handelsrechtliche Verbotsgesetze, in: 2. FS Wolfgang Hefermehl, München 1976, S. 103-112.
- Renaissance der laesio enormis?, in: FS Karl Larenz, München 1983, S. 395-409.
- Über die der Rechtswissenschaft und der richterlichen Rechtsfortbildung gezogenen Grenzen, JZ 1986, S. 557-563.
- Was leisten die guten Sitten, AcP 194 (1994), S. 105-176.
- Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, S. 801-805.

Meder, Stephan, Die Zulässigkeit einer isolierten Bepreisung des Auslandseinsatzes von Kreditkarten, NJW 1996, S. 1849-1854.

Medicus, Dieter, „Geld muß man haben“ – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988), S. 489-510.

- Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, S. 2384-2389.

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 19. Aufl., München 2010.

- Schuldrecht II Besonderer Teil, 15. Aufl., München 2010.

Metz, Rainer, Kurzkommentar, EWiR 2012, S. 101 f.

- Variable Zinsvereinbarungen bei Krediten und Geldanlagen, BKR 2001, S. 21-29.

Möllers, Thomas M.J., Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr – Zugleich ein Beitrag zur Sinnhaftigkeit des Vorpreschens des deuschen Gesetzgebers, WM 2000, S. 2284-2295.

- Unwirksame Zinsänderungsklausel in langfristigen Sparverträgen, LMK 2004, S. 125 f.

Mönkemöller, Lutz, Die „Kleingewerbetreibenden“ nach neuem Kaufmannsrecht, JuS 2002, S. 30.

Mülbert, Peter O., Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des „bürgerlichen“ Darlehensvertrags, WM 2002, S. 465-476.

- Das verzinsliche Darlehen: Konsensualvertrag statt Realkontrakt - oder: synallagmatisches Entgelt statt akzessorischer Zinsen, AcP 192 (1992), S. 447-515.

Mülbert, Peter O./Grimm, Annemarie, Der Kontokorrentkredit als Gelddarlehensvertrag – rechtsdogmatische Vereinfachungen und praktische Konsequenzen, WM 2015, S. 2217-2226.
Mülbert, Peter O./Sajnovits, Alexander, Neue Referenzzinssätze, Zinssatzformeln und das Zinseszinsverbot – Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, WM 2019, S. 1813-1822.
Müller, Sebastian, AGB-rechtliche Zulässigkeit von Diskontsatz-Verzugszinsklauseln, NJW 1996, S. 1520 f.
Müller, Werner/Griebeler, Carsten/Pfeil, Julia, Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, BB 2009, S. 2658-2665.
Müller, Werner/Schilling, Alexander, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr – eine rechtsvergleichende Betrachtung, BB 2012, S. 2319-2324.
Münstermann, Walter, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. Februar 1987 – III ZR 251/85, WM 1987, S. 745-750.
Müssigbrodt, Frank, Sittenwidrigkeit und Wucher beim Darlehensvertrag, JA 1980, S. 697-700.
Muscheler, Karlheinz/Bloch, Wolfgang E., Erfüllung und Erfüllungssurrogate, JuS 2000, S. 729-740.
Nasall, Wendt, Vertraglicher Zins- und Verzugsschaden, WM 1989, S. 705 f.
Neus, Werner, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre aus institutionenökonomischer Sicht, 10. Aufl., Tübingen 2018.
Niebling, Jürgen, Die Inhaltskontrolle von Preisen und Leistungen nach dem AGBG, WM 1992, S. 845-852.
- Die Inhaltskontrolle von Zinsberechnungsklauseln, ZIP 1987, S. 1433-1436.
Nobbe, Gerd, Zulässigkeit von Bankenentgelten, WM 2008, S. 185-194.
Oetker, Hartmut, Dynamische Verweisungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsproblem, JZ 2002, S. 337-342.
- Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 2019.
Oekter, Hartmut (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., München 2015.
- Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., München 2019.
Ohletz, Wolfram, Bonitätsorientierte Zinsänderungsklauseln in Verträgen mit Verbrauchern und Unternehmen, BKR 2007, S. 129-140.
Omlor, Sebastian, Geldprivatrecht, Tübingen 2014.
- Negativzinsen im Einlagengeschäft– Zugleich Anmerkung zu LG Tübingen, Urt. v. 26.1.2018 – 4 O 187/17, BKR 2018, S. 109-111.
Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., München 2018.
Pawlowski, Hans-Martin, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Heidelberg 2003.
Peters, Frank, Der Zinssatz des § 288 I BGB, ZRP 1980, S. 90-93.
Petersen, Jens, Kaufmannsbegriff und Kaufmannseigenschaft nach dem Handelsgesetzbuch, JURA 2005, S. 831-833.

- Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, JURA 2003, S. 532-535.

Petig, Ulrike/Freisfeld, Caroline, Die Kaufmannseigenschaft, JuS 2008, S. 770-773.

Pfeiffer, Greo, Die laufende Rechnung (Kontokorrent), JA 2006, S. 105-110.

Pfeiffer, Thomas, Entwicklung und akutelle Fragestellungen des AGB-Recht, NJW 2017, S. 913-918.

- Was kann ein Verbraucher? – Zur Relevanz von Informationsverarbeitungskapazitäten im AGB-Recht und darüber hinaus, NJW 2011, S. 1-7.

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 11. Aufl., Köln 2016.

Pohlmann, Petra, Von Verzug zur verspäteten Leistung, in: Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln [u.a.] 2003, S. 273-289.

Prass, Johannes, Zeitanteilige Rückzahlung des Disagios (Agios) bei vorzeitiger Kündigung eines langfristigen Darlehens, BB, 1981, S. 1058-1063.

Raisch, Peter, Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht – Zugleich ein Beitrag zur analogen Anwendung handelsrechtlicher Normen auf Nichtkaufleute, JuS 1967, S. 533-542.

Rehbinder, Manfred, Fragen an die Nachbarwissenschaften zum sog. Rechtsgefühl, JZ 1982, S. 1-5.

Reichenbach, Sandy Bernd, Tenor und Klageantrag bei gesetzlichen Zinssätzen mit variable Bezugsgrößen, MDR 2001, S. 13-14.

Reifner, Udo, Das Zinseszinsverbot im Verbraucherkredit, NJW 1992, S. 337-343.

- Das Geld, Band 3: Recht des Geldes, Wiesbaden 2017.
- Der Verzugsschaden der Banken im Konsumentenkredit, ZIP 1987, S. 545-554.
- Die Anpassung variabler Zinssätze im Kreditverhältnis, JZ 1995, S. 866-874.
- Neue Sittenwidrigkeit von Ratenkrediten?, BKR 2009, S. 51-65.
- Verantwortung bei Kreditvergabe oder im Kredit – Zum Konzept des Entwurfes der Konsumentenkreditrichtlinie, VuR 2006, S. 121-126.
- Verzugszinspauschalen bei der Abwicklung gekündigter Konsumentenkreidte, BB 1985, S. 87-93.
- Wucherprüfung nach Abschaffung der Schwerpunktzinssatzstatistik und ihre Ersetzung durch die EWU-Statistik im Jahre 2005, VuR 2005, S. 370-373.
- Zinsberechnung im Recht, AcP 214 (2014), S. 695-745.
- Zinsfiktion und AGB-Gesetz, NJW 1989, S. 952-963.

Reifner, Udo/Burmeister, Angela, Verzugszins- und Erfüllungsanspruch im Konsumratenkreditvertrag, JZ 1987, S. 952-959.

Reinhart, Gert, Fälligkeitszinsen und UN-Kaufrecht, IPRax 1991, S. 376-379.

Renner, Moritz, Die „Natur des Vertrags“ nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB – Soziologische

Maßstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), S. 677-717.
Rieble, Volker, Ansprüche des Darlehensgebers bei Verzug des Darlehensnehmers, ZIP 1988, S. 1027-1033.
Rittner, Fritz, Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, 3330 f.
Rösler, Patrick/Lang, Volker, Zinsklauseln im Kredit- und Spargeschäft der Kreditinstitute: Problem mit Transparenz, billigem Ermessen und Basel II, ZIP 2006, S. 214-220.
Röthel, Anne, Schuldrecht BT/2, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., München 2012.
Rother, Werner, Die Bedeutung der Rechnung für das Schuldverhältnis, AcP 164 (1964), S. 97-121.
Roth-Stielow, K., Die „guten Sitten" als aktuelles Auslegungsproblem, JR 1965, S. 210-212.
Roussos, Kleanthis, Die Anwendungsgrenzen der Inhaltskontrolle und die Auslegung von § 9 AGBG, JZ 1988, S. 997-1006.
Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl., Tübingen 2022.
Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018.
Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017.
Ruland, Yorick M., Darlehensumfinanzierung als verbundenes Geschäft i.S.v. § 358 Abs. 3 BGB, BKR 2017, S. 140-143.
Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl., München 2012.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Aufl., München 2021.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 9. Aufl., München 2022.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 8. Aufl., München 2019.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 8. Aufl., München 2020.

Sack, Rolf, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten, NJW 1985, S. 761-769.
Schäfer, Carsten, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397-434.
Schärfer, Christoph, Anerkannt, gut und bewährt – eine Analyse des Kampfs um das „Kleingedruckte", BB 2012, S. 1231-1234.
- Der Zins im Bereicherungsrecht – Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Fall der Anlage rechtsgrundlos erlangten Geldes, Baden-Baden 2002.

Schapp, Jan, Grundrechte als Wertordnung, JZ 1998, S. 913-918.
Schimansky, Herbert, Zinsanpassungsklauseln in AGB, WM 2001, S. 1169-1175.
Schebesta, Michael, Zinsklauseln im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, BKR 2005, S. 217-225.
Schlegelberger, Franz (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Band IV §§ 343-372, 5. Aufl., München 1976.

Schmieder, Sandra, Formulärmäßig erhobene Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen, WM 2012, S. 2358-2363.
Schmidt, Hubert, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 10. Juni 2008 – XI ZR 211/07, LMK 2008, 271685.
- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 13. April 2010 – XI ZR 197/09, LMK 2010, 305158.
- Einbeziehung von AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NJW 2011, S. 3329-3334.
Schmidt, Karsten, Das "Zinseszinsverbot" – Sinnwandel, Geltungsanspruch und Geltungsgrenzen, JZ 1982, S. 829-835.
- Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, S. 2161-2169.
- Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014.
- Kontokorrent und Zinseszinsverbot, JZ 1981, S. 126-130.
- „Unternehmer" – „Kaufmann" – „Verbraucher", BB 2005, S. 837-842.
- Vom Handelsrecht zum Unternehmens-Privatrecht, JuS 1985, S. 249-257.
Schmidt-Kessel, Martin, Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, S. 97-103.
Schmitz, Rochus, Zinsrecht – Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, Münster & Hamburg 1994.
Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch – kritischer Kommentar zum BGB, Band II, Tübingen 2007.
Schneider, Egon, Verzugsbeginn mit dem Zugang der Mahnung, NJW 1980, S. 1375.
Schimmel, Roland, Entgangener Spekulationsgewinn als Verzugsschaden?, WM 2000, S. 946-951.
Schimmel, Roland/Buhlmann, Dirk, Schuldnerverzug nach der Schuldrechtsmodernisierung – Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen, MDR 2002, S. 609-615.
Schmoeckel, Mathias, Der Maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), S. 1-79.
Scholten, Reinald, Die Kreditgebühren der Teilzahlungsbanken und das Zinseszinsverbot, NJW 1968, S. 385-386.
Scholz, Franz, Die Verzugsschadensproblematik bei Ratenkrediten aus der Sicht der Bankpraxis, ZIP 1986, S. 545-558.
- Fiktive Preisberechnung im Teilzahlungskredit?, NJW 1981, S. 323-324.
- Sind Restschuldversicherungsprämien Kreditkosten?, MDR 1976, S. 281-284.
Schopp, Heinrich, Verzugszinsen, Verzugsschaden, MDR 1989, S. 1-4.
Schultheiß, Tilman, Die Zwangsvollstreckung in das Kontokorrent am Beispiel des Girokontos, JuS 2014, S. 516-520.
Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 10.

Aufl., Baden-Baden 2019.
- Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 9. Aufl., Baden-Baden 2017.
Schwarz, Axel, Bestimmtheitsgrundsatz und variabler Zins in vorformulierten Kreditverträgen, NJW 1987, S. 626-629.
Schwarz, Kyrill-A., Rückwirkung von Gesetzen, JA 2013, S. 683-687.
Schwarze, Roland, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl., Berlin/Bosten 2022.
Seckelmann, Robert, Zinsrecht: Das Problem, dessen Lösung es sein sollte. Ein Plädoyer für konsequent richtigen Umgang mit zu verzinsendem Geld, Baden-Baden 1992.
- „Zins“ und „Zinssatz“ im Sinne der Sache, BB 1998, S. 57-69.
Seibert, Holger, Verzug, Mahnung und Warnobliegenheit beim Überweisungsvertrag, NJW 2006, S. 2357-2363.
Semler, Volker, Nutzungsanspruch gem. § 452 BGB bei Grundstückskaufverträgen, NJW 1995, S. 1727-1729.
Servatius, Wolfgang, Kontrollfähigkeit und Angemessenheit AGB-mäßig vereinbarter Teil- und Zusatzentgelte im Bankwesen, ZIP 2017, S. 745-752.
Speckmann, Werner, Terminologisches zur Rechtsprechung in der Frage der Sittenwidrigkeit letztwilliger Zuwendungen bei ehebrecherischen Beziehungen, JZ 1969, S. 733-735.
Singer, Reinhard, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133-1141.
Soergel, Hans-Theodor (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 1, 11. Aufl., Stuttgart [u.a.] 1978.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 1, 12. Aufl., Stuttgart [u.a.] 1990.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2/2, 11. Aufl., Stuttgart [u.a.] 1986.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 2, 13. Aufl., Stuttgart [u.a.] 1999.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 3/2, 13. Aufl., Stuttgart [u.a.] 2014.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 4, 13. Aufl., Stuttgart [u.a.] 2018.
- Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, Band 7, 13. Aufl., Stuttgart [u.a.] 2014.
Spoerr, Wolfgang/Brinker, Ingo/Diller, Martin, Wettbewerbsverbote zwischen Ärzten, NJW 1997, S. 3056-3061.
Stathopoulos, Michael, Der Bereicherungsanspruch: Generaltatbestand oder einzelne Kondiktionen? - Rechtsvergleichende Bemerkungen, KritV 2008, S. 284-302.
Staudinger, Julius (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz

und Nebengesetzen, Buch 1 §§ 134-138; ProstG, Neubearbeitung 2021, Berlin 2021.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 244-248 (Geldrecht), Dreizehnte Bearbeitung 1997, Berlin 1997.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 244-248; PrKG, Neubearbeitung 2021, Berlin 2021.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 255-304, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, §§ 305-310; UKlaG, Neubarbeitung 2019, Berlin 2019
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 315-326, Neubearbeitung 2020, Berlin 2020.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 581-597; Landpacht; §§ 598-610, Berlin 1989.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 631-650v, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019.
- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§ 677-704, Neubearbeitung 2020, Berlin 2020.

Steinmetz, Wolfgang, Sittenwidrige Ratenkreditverträge in der Rechtspraxis auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung, NJW 1991, S. 881-887.

Stöhr, Alexander, Die Bestimmung der Transparenz im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB – Ein Plädoyer für eine empirische Herangehensweise, AcP 216 (2016), S. 558-583.

Stoffels, Markus, AGB-Recht, 4. Aufl., München 2021.
- Schranken der Inhaltskontrolle, JZ 2001, S. 843-849.

Stolte, Wilhelm, Der Leistungsbegriff: Ein Gespenst des Bereicherungsrechts?, JZ 1990, S. 220-226

Strube, Hartmut/Fandel, Stefanie, Unzulässige Bearbeitungsentgelte bei Darlehensverträgen – Streifragen und Praxishinweise, BKR 2014, S. 133-145.

Suendorf-Bischof, Ulrike, Negative Zinsen bei Sicht-, Termin- und Spareinlagen im Geschäft der Kreditinstitute mit Verbrauchern, BKR 2019, S. 279-286.

Schwintowski (Hrsg.), Bankrecht, 6. Aufl., Köln 2022.

Taupitz, Jochen, Unwirksamkeit der sog. nachträglichen Tilgungsverrechnung bei Annuitäten-Darlehen – BGH NJW 1989, 530, und NJW 1989, 222, JuS 1989, S. 520-527.
- Zinsberechnungsklauseln – dritter Akt, NJW 1989, S. 2242-2244.
- Zur Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung zwischen Anwalt und Nichtanwalt über die Zahlung von Provisionen für die Vermittlung von Mandanten, NJW 1989, S. 2781-2783.

Tiedtke, Klaus, Verzugsschaden und Rücktritt vom Vertrag, NJW 1984, S. 767-770.

Tiffe, Achim, Die Zulässigkeit von Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen, VuR 2012, S. 127-133.

Tilp, Helmut, Das Recht der Vertragsstrafe, JURA 2001, S. 441-446.
Thomale, Chris, Leistung als Freiheit, Tübingen 2012.
Thomas, Stefan, Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Begrenzungserfordernisse und Unwirksamkeitsfolgen formularmäßiger Kostenelemente- und Preisvorbehaltsklauseln, AcP 209 (2009), S. 84-129.
Tonner, Klaus/Willingmann, Armin/Tamm, Marina, Vertragsrecht Kommentar, Köln 2010.
Treber, Jürgen, Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht – Überlegungen zum Handelsrechtsreformgesetz, AcP 199(1999), S. 525-589.
Tröger, Tobias, Vertragsrechtliche Fragen negativer Zinsen auf Einlagen, NJW 2015, S. 657-660.
Ulrici, Bernhard, Verbotsgesetz und zwingendes Recht, JuS 2005, S. 1073-1076.
Ungewitter, Rolf, § 11 I VerbrKrG als Vorschrift über den objektiven Schaden, JZ 1994, S. 701-709.
Van Bevern, Marcus/Schmitt, Ramona, Bearbeitungsentgelte bei gewerblichen Darlehensverträgen – ist die BGH-Rechtsprechung zu Verbraucherdarlehen übertragbar?, BKR 2015, S. 323-330.
Verse, Dirk, Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ZIP 2014, S. 1809-1817.
Vogel, Hans-Gert, Negativzinsen im Einlagengeschäft der Kreditinstitute, BKR 2018, S. 45-55.
Volkholz, Torsten, PIK-Darlehen und das Zinseszinsverbot, FS Dieter Reuter, Berlin 2010, S. 413-430.
Vollmer, Sebastian, Bearbeitungsentgelte im Darlehensrecht – Eine Analyse unter Berücksichtigung grundlegender Fragen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2020.
Von Böhm-Bauwerk, Eugen, Kapital und Kapitalzins, Jena 1921.
- Positive Theorie des Kapitales, Innsbruck 1889.

Von der Linden, Klaus, AGB-rechtliches Transparenzgebot bei Zinsanpassungsklauseln, WM 2008, S. 195-201.
Von Gierke, Otto Friedrich, Deutsches Privatrecht – Erster Band, Leipzig 1895.
Von Olshausen, Henning, Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW 1982, S. 2221-2224.
Von Westphalen, Friedrich Graf, AGB-Recht im Jahr 2014, NJW 2015, S. 2223-2230.
- AGB-rechtliche Schutzschranken im unternehmerischen Verkehr: Rückblick und Ausblick, BB 2011, S. 195-200.
- Die Macht der Banken im Vor-Urteil des Richters, WM 1992, S. 853.
- Trennlinie zwischen AGB-Klauseln im Verbraucherrecht und im unternehmerischen Bereich, BB 2017, S. 2051-2058.

- Wider einen Reformbedarf beim AGB-Recht im Unternehmenverkehr, NJW 2009, S. 2977-2982.

Wackerbarth, Ulrich, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), S. 45-90.

Wagner-Wieduwilt, Klaus, Das „Transparenzgebot“ als Angemessenheitsvoraussetzung im Sinne des § 9 AGBG, WM 1989, S. 37-45.

Wank, Rolf, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl., München 2015.

Weber, Christoph Andreas, Inhaltskontrolle von Bearbeitungsentgelten im Kreditgeschäft – von der Dogmatik zur Interessenlage und zurück, BKR 2013, S. 450-456.

Weber, Ralph, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), S. 516-567.

Weber, Rolf, Gedanken zur Verzugsschadenregelung bei Geldschulden, FS Max Keller, Zürich 1989, S. 323-336.

Weber, Sebastian, Bearbeitungsentgelte für Kredite im Kontokorrent, BKR 2017, S. 106-109.

Weiler, Frank, Schuldrecht allgemeiner Teil, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.

Wessels, Peter, Zinsrecht in Deutschland und England, Berlin 1992.

Westermann, Harm Peter, Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskontrolle, FS Ernst Steindorff, Berlin [u.a.] 1990, S. 817-832.

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Band I, 13. Aufl., Köln 2011,

- Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Band I, 15. Aufl., Köln 2017.
- Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Band I, 16. Aufl., Köln 2020.

Wieacker, Franz, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, S. 337-345.

Wilhelm, Jan, Verzug durch Mahnung?, ZRP 1986, S. 62-65.

Windscheid, Bernhard/Kipp, Theoder, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (Neudrucke 1963).

- Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (Neudrucke 1963).

Wittig, Judith/Wittig, Arne, Das neue Darlehensrecht im Überblick, WM 2002, S. 145-156.

Wolf, Christian/Von Bismarck, Moritz, Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher – wann gilt das BGB, wann das HGB, wann Verbraucherrecht?, JZ 2010, S. 841-849.

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar, 6. Aufl., 2013.

Wolf, Manfred/Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016.

Wolf, Manfred/Ungeheuer, Christina, Zum Recht der allgemeinen Geschäsftsbedingungen – Teil 2, NJW 1995, S. 176-189.

Wolf, Manfred/Wellenhofer, Marina, Sachenrecht, 33. Aufl., München 2018.

Zippelius, Reinhold, Legitimation durch Verfahren?, in: FS Karl Larenz, München 1973, S. 293-304.

II. Englischsprachige Literatur

Becker, Christoph, Usury, in: The Oxford international encyclopedia of legal history/6: Training – Zivilgesetzbuch; topical outline of contents, directory of contributors, index of legal cases, index, New York, 2009, S. 70-72.

Zimmermann, Reinhard, The law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press 1996.

III. Chinesischsprachige Literatur

Cai, Rui 蔡睿, Die Einordnung der offensichtlichen Unbilligkeit der Auslegung aus: Vom Verhältnis zwischen offensichtlicher Unbilligkeit und guten Sitten und öffentlicher Ordnung (显失公平的解释论定位——从显失公平与公序良俗的关系切入), in: Law Science 2021/4, S. 77-94.

- Von „Zwei Linien und Drei Zonen“ zu „offensichtlicher Unbilligkeit“: Die Verwandlung des Weges zur Regulierung des Zinswuchers in privaten Krediten (从“两线三区”到“显失公平”：民间借贷暴利规制路径之嬗变), in: Commercial Research 2019/4, S. 135-145.

Die erste Zivilkammer des Obersten Volksgerichts 最高人民法院民事审判第一庭, Praktische Hinweise des Obersten Volksgerichts und Lösungen für Schwierigkeiten in Zivilprozessen der privaten Kredite, Peking 2015 (最高人民法院民间借贷审判实务指导与疑难解答).

Du, Wanhua (Hrsg.) 杜万华, Verständnis und Anwendung der Erläuterung des Obersten Volksgerichtshofs zur Verhandlung der Sachen von privaten Krediten, Peking 2015 (最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用).

Du, Wanhua/Han, Yanbin/Zhang, Yinxin/Wang, Linqing 杜万华、韩延斌、张颖新、王林清, Bericht über die Einrichtung und Verbesserung der gesetzlichen Regulierung der privaten Kredite in China (建立和完善我国民间借贷法律规制的报告), in: The People's Judicature 2012/9, S. 34-43.

Fallentwicklungsforschungszentrum des National Judges College (国家法官学院案例开发研究中心), Chinas Gerichtshof - Fälle des Jahres 2018: Streit um Private Kredite, Peking 2018 (中国法院 2018 年度案例：民间借贷纠纷).

Gao, Shengping/Shen, Chen 高圣平、申晨, Gerichtliche Anwendung von Bestimmungen über Zinsobergrenzen bei privaten Krediten (民间借贷中利率上限规定的司法适用), in: Political Science and Law 2013/12, S. 25-31.

Guo, Xingli 郭兴利, Ein Aufbau über die rechtliche Regulierung der privaten Kredite (民间借贷的法律治理论纲), in: Jin Ling Law Review 2012/2, S. 18-25.
Han, Shiyuan 韩世远, Der Allgemeine Teil des Vertragsrechts, 3. Aufl., Peking 2011 (合同法总论).
- Theoretische Fragen des Erfüllungsverzugs (履行迟延的理论问题), in: Journal of Tsinghua University (Philosophy and Social Sciences) 2002/4, S. 45-54.
He, Zhi/Huang, Yanli (Hrsg.) 何志、黄砚丽, Die ausführliche Erläuterung der rechtlichen Auslegungen des Obersten Volksgerichtshofs zu privaten Krediten, Peking 2015 (最高人民法院民间借贷司法解释精释精解).
Hu, Zhengan/Mei, Liangdong 胡政安、梅良栋, Diskussion über das Wesen der Zinssätze in privaten Krediten – Eine Randbemerkung zum Nationalen Kolloquium über private Kreditzinssätze (关于民间借贷利率性质问题的讨论——全国民间借贷利率学术讨论会侧记), in: Chinese Rural Economy 1986/11, S. 57.
Huang, Li 黄立, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2002 (民法债编总论).
Jiang, Li 强力, Rechtliche Fragen bei der Regulierung von Zinssätzen in privaten Krediten in China (我国民间融资利率规制的法律问题), in: Journal of CUPL 2012/5, S. 54-67, 159
Jin, Keke 金可可, Der allgemeine Teil des Zivilgesetzbuches und die allgemeine formelle Verbindlichkeit für die Begründung von Rechtsgeschäften (民法总则与法律行为成立之一般形式拘束力), in: Peking University Law Journal 2017/3, S. 656-666.
Li, Guoguang (Hrsg.) 李国光, Verständnis und Anwendung der „Auslegung des Obersten Volksgerichtshofs zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des Sicherungsgesetzes der Volksrepublik China, Jilin 2000 (最高人民法院关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释理解与适用).
Li, Zhenghui 李政辉, Zum Regulierungsmodell der privaten Kredite und seiner Verbesserung: Von der Trennung von Zivil- und Handelsrecht ausgehend (论民间借贷的规制模式及改进——以民商分立为线索), in: Research on Rule of Law 2011/2, S. 67-73.
Liang, Huixing 梁慧星, Von der Verschuldenshaftung zur strengen Haftung – Zum § 76 Absatz 1 des Entwurfs des Vertragsgesetzes (从过错责任到严格责任——关于合同法草案征求意见稿第 76 条第 1 款), in: Liang, Huixing (Hrsg.), Civil and Commercial Law Review (Band 8), Peking 1997.
Lin, Chenger 林诚二, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2003 (民法债编总论).
Liu Ming-Wei/Lai Kwang-Pang 劉銘緯、賴光邦, The City Characters of the Institution of Enclosure Li-Fang Walled-Ward and Warden-Market before the Chinese Medieval City Revolution (坊市革命以前封閉型里坊、市制與城市特質), in: Journal of Building and Planning, National Taiwan University, Number 15, Dec. 2008, S. 41-69.

Liu, Yong 刘勇, Kommentar zu § 680 des Zivilgesetzbuchs (Regulierung der Darlehenszinsen) (民法典第 680 条评注：借款利息规制), in: The Jurist 2021/1, S. 171-190, 196.
Pengpai News (澎湃新闻), China Consumers Association veröffentlicht zehn typische Gerichtsfälle zum Schutz der Verbraucherrechte (中消协发布消费维权十大典型司法案例), in: https://www.xhby.net/index/202303/t20230315_7865266.shtml, 15. März 2023, abgerufen am 12. August 2023.
Shi, Shangkuan 史尚宽, Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Peking 2000 (债法总论).
Sui, Pengsheng 隋彭生, Die Grundzüge des Vertragsrechts, 4. Aufl., Peking 2015 (合同法要义).
Verfassungsgruppe für „Erläuterung der schwierigen Fragen und Anleitungen zu Fällen durch Expertenrichter des Obersten Volksgerichtshofs (最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导编写组), Erläuterung der schwierigen Fragen und Anleitungen zu Fällen durch Expertenrichter des Obersten Volksgerichtshofs: Band über private Kredite, Peking 2016 (最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导：民间借贷卷).
Wang, Jizhong 王吉中, Die Auslegung und Anwendung des Prinzips der „Zinstransparenz“ im Darlehensrecht (借款法上“利息透明”原则之释义与运用), in: Law Science 2022/8, S. 113-127.
Wang, Liming 王利明, Die Verfassung des Allgemeinen Teils des Zivilgesetzbuchs Chinas unter einem einheitlichen zivil- und handelsrechtlichen Ansatz (民商合一体例下我国民法典总则的制定), in: Studies in Law and Business 2015/4, S. 3-9.
Wang, Linqing 王林清, Rechtliche Regulierung der Zinssätze für private Kredite: Vergleichung und Lehre (民间借贷利率的法律规制：比较与借鉴), in: Journal of Comparative Law 2015/4, S. 185-200.
Wang, Linqing/Yu, Meng 王林清、于蒙, Von der Kontrolle zur Lockerung und Umleitung: Die Wahl des Regulierungsweges und die Reaktion der Justiz auf die Regulierung der Zinssätze für private Kredite in China (管控到疏导：我国民间借贷利率规制的路径选择与司法应对), in: Journal of Law Application 2012/5, S. 60-66.
Wang, Weiwei 王伟伟, Systematische Integration von Regeln für die gerichtliche Handhabung von Zinsobergrenzen bei kreditinstitutionellen Kreditverträgen (金融借款合同利率上限裁判规则的体系化整合), in: Journal of Law Application 2021/2, S. 51-60.
Wang, Wenjuan 王文娟, Finanzgericht Shanghai fällt Urteil in erstem Fall zur Anwendung des VCZGB – Kreditgeber müssen Verbrauchern die effektiven Zinssätze mitteilen (上海金融法院适用民法典首案宣判), in: http://sh.people.com.cn/n2/2021/0104/c134768-34510598.html, 4. Januar 2021, abgerufen am 30. August 2021.
Xie, Gen 解亘, Normatives System zur Inhaltskontrolle der Formklauseln (格式条款内容规制的规范体系), in: Chinese Journal of Law 2013/2, S. 102-118.

Xie, Hongfei/Zhu, Guangxin (Hrsg.) 谢鸿飞、朱广新, Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Band 1 für Verträge, Peking 2020 (民法典评注.合同编.1).
Xu, Defeng 许德风, Zur rechtlichen Regulierung von Zinsen – unter Berücksichtigung der Sozialisierung im Privatrecht (论利息的法律管制——兼议私法中的社会化考量), in: Peking University Law Review 2010/1, S. 176-209.
Yang, Lixin (Hrsg.) 杨立新, Verständnis und Anwendung der „Erläuterung des Obersten Volksgerichtshofs zu verschiedenen Fragen der Rechtsanwendung bei der Verhandlung von Sachen privater Kredite“, Peking 2015 (最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定理解与适用).
Yang, Xinzhong 杨心忠, Rechtspraxis in Bezug auf Zinsen bei Rechtsprozessen, Peking 2015 (涉诉利息法律实务).
Yao, Mingbin 姚明斌, Vertragsstrafe, Peking 2018 (违约金论).
Ye, Mingyi 叶名怡, Zur Wirkung einer im Voraus ausgesprochenen Verzichtserklärung der Rechte (论事前弃权的效力), in: Peking University Law Journal 2008/2, S. 327-346.
Yue, Caishen 岳彩申, Schwerpunkte der Regulierung der privaten Kredite und Gesetzesvorschläge (民间借贷规制的重点及立法建议), in: China Legal Science 2011/5, S. 84-96.
Zeng, Yang 曾洋, Eine Typisierung der Regulierungswege für die Verwaltung der Zinssätze in privaten Krediten (民间融资利率管理的类型化路径选择), in: Nanjing Journal of Social Sciences 2013/9, S. 95-100.
Zhang, Jinhai 张金海, Zu Verzugszinsen für Geldschulden (论金钱债务的迟延履行利息), in: Law Science 2020/11, S. 67-79.
Zhao, Wanyi 赵万一, Zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden in der Wertorientierung von Zivil- und Handelsrecht und deren Auswirkungen auf die entsprechende Gesetzgebung in China (论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响), in: Legal Forum 2003/6, S. 12-21.
Zheng, Yubo 郑玉波, Allgemeiner Teil des Schuldrechts des Zivilrechts, Peking 2004 (民法债编总论).
Zhu, Guangxin/Xie, Hongfei (Hrsg.) 朱广新、谢鸿飞, Kommentar zum Zivilgesetzbuch: Band 1 – Allgemeiner Teil der Verträge, Peking 2020 (民法典评注.合同编通则.1).