Einreden, etwa diejenige der Vorausklage nach § 771 BGB, zustehen.[88] Fehlt es an einer Rechtswahl, unterliegt die Bürgschaft nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO dem Recht des Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt (dazu Art. 19 Rom I-VO) hat. Das ist der Staat des Bürgen, da er bei der Bürgschaft die **charakteristische Leistung** erbringt.[89] Grundsätzlich ist das Bürgschaftsstatut vom Statut der Hauptschuld losgelöst.[90] Ausnahmsweise kann allerdings eine besonders enge Beziehung zur Hauptschuld zu einem gemeinsamen Vertragsstatut nach Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO führen.[91]

Für die **Form der Bürgschaft** gilt die **alternative Anknüpfung** des Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO.[92] **24**
Danach ist der Bürgschaftsvertrag formgültig, wenn er entweder den Formerfordernissen des Bürgschaftsstatuts genügt oder denjenigen des Rechts des Ortes, an dem der Bürgschaftsvertrag geschlossen wird (Ortsrecht). Handelt ein **Vertreter,** ist für den Ort des Abschlusses der Staat maßgebend, in dem sich der Vertreter befindet, Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO.[93] Bei Distanzbürgschaften, bei denen sich die Bürgschaftsparteien oder ihre Vertreter bei Vertragsschluss in verschiedenen Staaten befinden, genügt für die Formgültigkeit auch die Einhaltung der Formvorschriften eines dieser Staaten, Art. 11 Abs. 2 Rom I-VO. Art. 11 Rom I-VO ist dispositiv.[94] Haben die Parteien das Bürgschaftsstatut ausdrücklich gewählt, regelt sich deshalb im Zweifel auch die Form der Bürgschaft allein danach.

Die Ausführungen zur Bürgschaft gelten entsprechend für das auf **Schuldversprechen** und **Schuld-** **25**
anerkenntnis anwendbare Recht. Die charakteristische Leistung erbringt in beiden Fällen der versprechende oder anerkennende Schuldner. Häufig wird allerdings die Nähe zum Grundgeschäft zu einem einheitlichen Schuldstatut führen. Das Vertragsstatut beim **Kreditauftrag** bestimmt sich ebenfalls nach Art. 3 f. Rom I-VO; die charakteristische Leistung erbringt der beauftragte Kreditgeber.

§ 351 *(aufgehoben)*

§ 351 wurde durch das HRRefG vom 22.6.1998 (BGBl. I S. 1474) aufgehoben, vgl. § 350 Rn. 4.

§ 352 [Gesetzlicher Zinssatz]

(1) **[1] Die Höhe der gesetzlichen Zinsen, mit Ausnahme der Verzugszinsen, ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften fünf vom Hundert für das Jahr. [2] Das gleiche gilt, wenn für eine Schuld aus einem solchen Handelsgeschäfte Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen sind.**

(2) **Ist in diesem Gesetzbuche die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen ohne Bestimmung der Höhe ausgesprochen, so sind darunter Zinsen zu fünf vom Hundert für das Jahr zu verstehen.**

Schrifttum (allgemein): *Bartsch,* Zum gesetzlichen Zinssatz, NJW 1980, 2564; *ders.,* Nochmals: Zur Höhe der gesetzlichen Zinsen, NJW 1981, 859; *Basedow,* Die Aufgabe der Verzugszinsen in Recht und Wirtschaft, ZHR 143 (1979), 317; *ders.,* Verzugszinsen und Diskontsatz, ZRP 1980, 215; *Belke,* Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 1969, 586; *Berger,* Der Zinsanspruch im internationalen Wirtschaftsrecht, RabelsZ 61 (1997), 313; *Brehm,* Anm. zu BGH 6.3.1987 (BGHZ 100, 211), ZZP 101 (1988), 453; *Büttner,* Der Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen, BB 1970, 233; *Canaris,* Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 1891; *Casper,* Vorformulierte Verzugszinspauschalierung durch Diskontsatzverweis, NJW 1997, 240; *Crisolli,* Mehr als vier Prozent Zinsen in bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten?, DJZ 1926, 167; *Deichfuß,* Die sogenannten Zukunftszinsen, MDR 1992, 334; *Fergen,* Der Nachweis des weitergehenden Zinsschadens gemäß § 288 Abs. 2 BGB, Diss. Bielefeld 1994; *Flessner,* Geldersatz bei Zahlungsverzug – eine Skizze zum Europäischen Vertragsrecht, Mélanges Fritz Sturm, 1999, Bd. II, S. 1165 ff.; *A. Frühauf,* Die Grenzen des Zinsurteils. Das prognostische Zinsurteil und die Notwendigkeit seiner Einschränkung, 1998; *ders.,* Zinsprognose und zivilrichterliche Verantwortung, NJW 1999, 1217, *Gelhaar,* Zur Höhe der gesetzlichen Verzugs- und Prozesszinsen, NJW 1980, 1372; *ders.,* Nochmals: Zur Höhe der gesetzlichen Zinsen, NJW 1981, 859; *Gitschthaler,* Verzugsschaden und Verzugsbereicherung, ÖJZ 1985, 233; *Goltermann,* Höhe der Verzugszinsen, JW 1926, 1791; *ders.,* Zöpfe, DRiZ 1927, 50; *Graf,* Zinsen, Bereicherung und Verjährung, öJBl. 1990, 350; *Grothe,* Fremdwährungsverbindlichkeiten, 1999; *Gruber,* Die kollisionsrechtliche

[88] Heymann/*Horn* § 372 Anh. Rn. VII/72.

[89] BGH Urt. v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126; OLG Saarbrücken Urt. v. 5.2.1997 – 1 U 468/96-77, WM 1998, 2465, 2466; BankR-HdB/*Welter* § 118 Rn. 39; Baumbach/*Hopt* § 349 Rn. 23; MüKoBGB/*Martiny* Art. 4 Rom I VO Rn. 181; MüKoHGB/*K. Schmidt* § 349 Rn. 20; Palandt/*Thorn* Art. 4 Rom I (IPR) Rn. 27.

[90] OLG Saarbrücken Urt. v. 5.2.1997 – 1 U 468/96-77, WM 1998, 2465, 2466; Baumbach/*Hopt* § 349 Rn. 23; Heymann/*Horn* § 372 Anh. Rn. VII/72; Palandt/*Thorn* Art. 4 Rom I (IPR) Rn. 27.

[91] BankR-HdB/*Welter* § 118 Rn. 39; Baumbach/*Hopt* § 349 Rn. 23; MüKoBGB/*Martiny* Art. 4 Rom I VO Rn. 181.

[92] MüKoBGB/*Martiny* Art. 4 Rom I–V VO Rn. 185.

[93] Hierzu BGH Urt. v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126, 1128.

[94] Palandt/*Thorn* Art. 11 Rom I–VO (IPR) Rn. 4.

Anknüpfung der Verzugszinsen, MDR 1994, 759; *Grunsky,* Verzugsschaden und Geldentwertung, Gedächtnisschrift für Bruns, 1980, S. 19; *ders.,* Anwendbares Recht und gesetzlicher Zinssatz, Festschr. für Merz, 1992, S. 147; *Haberzettl,* Verschulden und Versprechen. Zur Haftung des Schuldners für die Verzögerung der Leistung, 2006; *Harke,* Schuldnerverzug, 2006 (rechtshistorisch); *Herr,* Das Ende der Zukunftszinsen?, NJW 1988, 3137; *ders.,* Zur Höhe der Verzugszinsen nach der mündlichen Verhandlung, MDR 1989, 778; *Honsell,* Der Verzugsschaden bei der Geldschuld, Festschr. für Herm. Lange, 1992, S. 509; *Huber,* Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, JZ 2000, 957; *Jacobus,* Der Rechtsbegriff der Zinsen, 1908; *Jud,* Marginalien zum Ersatz aufgewendeter oder entgangener Zinsen, Festschr. für Ostheim, Wien 1990, S. 113; *Kahlert,* Nochmals: Ende der Zukunftszinsen?, NJW 1990, 1715; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, 1996; *ders.,* Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Ersatz entgangener Anlagezinsen, WM 1997, 2017; *U. Königer,* Die Bestimmung der gesetzlichen Zinshöhe nach dem deutschen Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Artt. 78 und 84 I UN-Kaufrecht (CiSG), 1997 (dazu die Bespr. durch *J. Gruber,* RabelsZ 2001, 758); *Koopmann/Wenzel/Winter,* Der Anspruch auf Verzugszinsen in der Prozesspraxis, ZZP 91 (1978), 209; *Maaßen,* Ueber handelsrechtliche (kaufmännische) Zinsen, Busch's Archiv 1 (1863), 127; *Mannhardt,* Zur Rechtsprechung über Zinsen, JW 1926, 1790; *Müller,* AGB-rechtliche Zulässigkeit von Diskontsatz-Verzugszinsklauseln, NJW 1996, 1520; *Münzberg,* Rechtsbehelfe nach Absinken rechtskräftig titulierter Verzugszinssätze – BGHZ 100, 211, JuS 1988, 345; *Nasall,* Vertraglicher Zins- und Verzugsschaden – eine rechtshistorische Anmerkung, WM 1989, 705; *Peters,* Der Zinssatz des § 288 I 1 BGB, ZRP 1980, 90; *Roll,* Die Höhe der Verzugszinsen, DRiZ 1973, 339; *Sandrock,* Verzugszinsen vor internationalen Schiedsgerichten, JbSchiedsgerichtb 3 (1989), 64; *R. Schmitz,* Zinsrecht. Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in der Europäischen Union, 1994; *Schopp,* Verzugszinsen, Verzugsschaden, MDR 1989, 1; *Schulze,* Zur Höhe der Verzugszinsen nach der mündlichen Verhandlung, MDR 1989, 510; *Staub,* Die Höhe der Verzugszinsen nach neuem Recht, DJZ 1900, 64; *R. H. Weber,* Gedanken zur Verzugsschadensregelung bei Geldschulden, Festschr. für Keller, Zürich 1989, S. 323; *W. Zimmermann,* Der Zins im Zivilprozess, JuS 1991, 229, 583, 674, 758.

Schrifttum zum Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz (DÜG): s. 1. Aufl. Bd. 2 S. 218.

Schrifttum zur EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 29.6.2000: *Fina,* Die Harmonisierung der nationalen Regelungen für Zahlungsfristen des Handelsverkehrs, ÖJZ 1999, 534; *Gsell,* Der EU-Richtlinienentwurf zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, ZIP 1998, 1569 (mit dem Text des Richtlinienentwurfes auf S. 1614); *dies.,* Zahlungsverzug im Handelsverkehr: Gemeinsamer Standpunkt des Rates, ZIP 1999, 1281; *Kieninger,* Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Handelsverkehr, WM 1998, 2213; *Kindler,* Umsetzung der EG-Zahlungsverzugsrichtlinie in Italien, RIW 2003, 241; *Knapp,* Das Problem der bewussten Zahlungsverzögerung im inländischen und EU-weiten Handelsverkehr, RabelsZ 63 (1999), 295; *Lehr,* Neuer Vorschlag für eine EU-Richtlinie über Zahlungsverzug und Eigentumsvorbehalt im Handelsverkehr, EWS 1999, 241; *Oliver,* The Right to Interest in Community Law, EuZW 1998, 481; *Schmidt-Kessel,* Zahlungsverzug im Handelsverkehr – ein neuer Richtlinienentwurf, JZ 1998, 1135; *ders.,* Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, 97; *ders.,* Zahlungszeit (§§ 269 bis 271 BGB) und Verzug (§§ 280 Abs. 1 und 2, 286, 288 BGB), in: Gebauer/Wiedmann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 5, S. 143 ff. (dort weitere Schrifttumsangaben auf S. 140).

Schrifttum zur EU-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 16.2.2011 (Neufassung) und deren Umsetzung durch Gesetz vom 22.7.2014 (BGBl. I S. 1218): *Spitzer*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr…, MDR 2014, 933; *Thiergart*, Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr – Neue gesetzliche Regelungen erfordern die Anpassung allgemeiner Geschäftsbedingungen und individualvertraglicher Vereinbarungen, GWR 2014, 342.

Übersicht

	Rn.
I. Normzweck und Stellung im System	1
II. Gesetzlicher Zinssatz bei beiderseitigen Handelsgeschäften (Abs. 1)	6
1. Kaufmannseigenschaft von Schuldner und Gläubiger im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit	7
2. Beiderseitiges Handelsgeschäft	10
3. Zinsverbindlichkeit	15
a) Einzelne Zinstatbestände des BGB	16
b) Verzug des GmbH-Gesellschafters	27
c) UN-Kaufrecht	28
III. Verzugszinsen und Ersatz des Zinsschadens bei beiderseitigen Handelsgeschäften	35
1. Unanwendbarkeit des § 352 Abs. 1 Satz 1	35
2. Ansprüche des Gläubigers	36
a) Verzugszinsen	37
b) Verlust von Anlagezinsen	40
c) Aufwendung von Kreditzinsen	47
d) Verzugszinspauschalen in AGB im kaufmännischen Verkehr	57
IV. Verzinsungspflicht nach Abs. 2	61
V. Vereinbarungen über die Zinshöhe	64
1. Zinsbegriff	64
a) Gesetzlicher Zinssatz und Vertragszins	64
b) Einzelfragen	65
2. Beschränkungen	68

Rn.
a) Kündigungsrecht 69
b) Zinseszinsverbot 70
c) Wucherverbot und Sittenverstoß (§ 138 BGB) 71
d) Unzulässige Rechtsausübung 73
e) Verstoß gegen §§ 307 ff. BGB 74
VI. Zwangsvollstreckung 77
1. Zukunftszinsen 77
a) Problemstellung 77
b) Streitstand 78
c) Stellungnahme 80
d) Titulierung 81
2. Zinsberechnung 83
3. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen 84

I. Normzweck und Stellung im System

Die Vorschrift regelt die **Höhe des gesetzlichen Zinssatzes** bei beiderseitigen Handelsgeschäften (Abs. 1) und für die Zinstatbestände des HGB (Abs. 2). Innerhalb ihres Anwendungsbereichs tritt sie nach Art. 2 Abs. 1 EGHGB an die Stelle des § 246 BGB. Eine wesentliche Änderung hat die Vorschrift durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000[1] erfahren. Danach regelt § 352 Abs. 1 Satz 1 den Zinssatz für alle Forderungen, die ab dem 1.5.2000 fällig werden (Art. 229 Abs. 1 Satz 3 EGBGB) „mit Ausnahme der Verzugszinsen", statt wie früher „unter Einschluss der Verzugszinsen".[2] Der gesetzliche Verzugszins wurde vom 1.5.2000 bis zum In-Kraft-Treten des SMG am 1.1.2002 für das Zivil- wie für das Handelsrecht gleichermaßen durch § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB idF des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen bestimmt und betrug fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach § 1 des DÜG.[3] Im Übrigen verbleibt es bei dem **im Verhältnis zum bürgerlichen Recht** (§ 246 BGB) um einen Prozentpunkt **erhöhten Zinssatz.** Das SMG hat am Wortlaut des § 352 nichts geändert. Allerdings differenziert das Verzugsrecht des BGB seit dem 1.1.2002 danach, ob an dem Rechtsgeschäft, auf dem die zu verzinsende Geldschuld beruht, ein Verbraucher beteiligt ist oder nicht (vgl. § 288 Abs. 1 und 2 BGB). **1**

Die Rechtfertigung für die unterschiedliche Regelung des gesetzlichen Zinssatzes im Zivilrecht einerseits und im Handelsrecht andererseits setzt nach herkömmlicher Auffassung beim kaufmännischen Geldgläubiger an. Für ihn habe die Verfügbarkeit über geschuldetes Geld größere wirtschaftliche Bedeutung als für den Privatmann.[4] Diese Einschätzung („pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris") herrschte auch bei den Beratungen zum HGB vor und setzte sich schließlich gegen eine starke Gegenmeinung durch, die sich für einen einheitlichen Zinssatz im Zivil- und Handelsrecht ausgesprochen hatte.[5] **2**

Es ist indes zweifelhaft, ob die unterschiedlichen gesetzlichen Zinssätze im Zivil- und im Handelsrecht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen sind. Dieser gebietet unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten, gleiche Sachverhalte gleich und ungleiche Sachverhalte ungleich zu behandeln. Eine ungleiche Behandlung mehrerer Gruppen von Normadressaten ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann mit Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren, wenn „zwischen ihnen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie eine ungleiche Behandlung rechtfertigen können. Ungleichbehandlung und rechtfertigender Grund müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen."[6] Die einzige Rechtfertigung für die Schlechterstellung der großen Gruppe der nichtkaufmännischen Gläubiger gegenüber den kaufmännischen Gläubigern durch die Normierung unterschiedlicher gesetzlicher Zinssätze für beide Gruppen ist die zuvor (Rn. 2) angeführte angebliche größere Begabung des Kaufmanns im Umgang mit Geld. Ein empirischer Beleg für diese Behauptung existiert nicht. Sie entspricht insbesondere auch nicht den Gegebenheiten im heutigen Wirtschaftsleben, dh. dem Anlageverhalten und der ausgeprägten „Zinsvernunft" auch der Nichtkaufleute.[7] Folglich kann diese Behauptung die Disparität im Zinsrecht nicht rechtfertigen. Auch der Umstand, dass diese Disparität historisch gewachsen ist, ändert an dieser Beurteilung nichts. Das Bundesverfassungsgericht hat es stets abgelehnt, eine historisch gewachsene Unterscheidung allein auf Grund ihrer Tradition mit Legitimationskraft für eine gesetzliche Differenzierung **3**

[1] BGBl. I S. 330.

[2] Für Forderungen, die bis zum 30.4.2000 fällig geworden sind, verbleibt es bei der Regelung des § 352 Abs. 1 Satz 1 aF, die innerhalb ihres Anwendungsbereichs die Zinssatzfestlegung durch § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB verdrängte; OLG Saarbrücken Urt. v. 16.5.2006 – 4 U 654/04, NJOZ 2006, 4753, 4758.

[3] Dazu 1. Aufl. Rn. 111 ff. sowie *Grothe* IPRax 2002, 119, 122; das DÜG wurde mit Gesetz vom 4.4.2002 (BGBl. I S. 1219) aufgehoben.

[4] Heymann/*Horn* Rn. 11.

[5] Näher Hachenburg/Düringer/*Werner* Anm. 1; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 207 f.

[6] BVerfG Urt. v. 30.5.1990 – 1 BvL 2/83 u. a.; BVerfGE 82, 126, 146 = NJW 1990, 2246.

[7] Vgl. hierzu ausführlich *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 155 ff.

auszustatten.[8] Schließlich ist auch keine Verbindungslinie zwischen den allgemeinen Prinzipien des Handelsrechts und der vom Zivilrecht abweichenden Zinsregelung erkennbar, aus der sich sachliche Differenzierungspunkte für eine Besserstellung des Kaufmanns im Zinsrecht gewinnen ließen.[9] Die für das Zivil- und Handelsrecht einheitliche Neuregelung des gesetzlichen Verzugszinssatzes durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen[10] deutete vielmehr darauf hin, dass der Gesetzgeber zumindest für den Bereich des Verzugszinses keine sachlichen Differenzierungspunkte ausmachen konnte, die eine Beibehaltung der bislang geltenden unterschiedlichen Verzugszinssätze gerechtfertigt hätten. Gerade in diesem Bereich hätte man indes im Hinblick darauf, dass kaufmännische Gläubiger bei einer durch den Verzug ihres Schuldners erforderlichen Kreditaufnahme den Kredit häufig zu günstigeren Konditionen erhalten dürften als Privatleute, fragen können, ob der gesetzliche Zinssatz für Verzugszinsen für den Nichtkaufmann nicht sogar höher sein müsste, als der dem Kaufmann zustehende.[11]

4 Insgesamt ist daher eine Rechtfertigung für die noch fortgeltenden unterschiedlichen Zinssätze im Zivil- und Handelsrecht nicht gegeben. Die Divergenz von einem Prozentpunkt ist auch durchaus nicht unerheblich. Dasselbe gilt im Hinblick auf die Größe der von der sachwidrigen Unterscheidung betroffenen Personengruppe. Folglich verstoßen die unterschiedlichen Zinssätze in § 246 BGB einerseits und in § 352 andererseits gegen Art. 3 Abs. 1 GG.[12]

5 Durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen[13] war lediglich für den Bereich des *Verzugszinses* ein einheitlicher Zinssatz für das Zivil- und das Handelsrecht eingeführt worden. Es ist zu bedauern, dass weder im Zuge der Neuregelung des Verzugszinses noch anlässlich des SMG eine generelle Anpassung der Zinssätze im Zivil- und im Handelsrecht stattgefunden hat. Für eine derartige Angleichung der Zinssätze hatte sich schon die Schuldrechtskommission in ihrem Abschlussbericht ausgesprochen.[14] Sie stünde schließlich auch im Einklang mit einer entsprechenden Rechtsentwicklung im europäischen Ausland.[15] Das SMG hat die Zinssatzdisparität im Verzugsrecht weiter verschärft; der Abstand beträgt seither drei vH, je nachdem, ob Verbraucherbeteiligung vorliegt oder nicht (§ 288 Abs. 1 und 2 BGB). Für nach dem 28. Juli 2014 entstandene Schuldverhältnisse beträgt der Abstand nach der Neufassung des § 288 Abs. 2 sogar vier vH (Gesetz vom 22.7.2014, BGBl. I S. 1218). Für die Praxis ist angesichts der aufgezeigten Zinssatzdisparität die Einholung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung nach Art. 100 Abs. 1 GG zu erwägen.

II. Gesetzlicher Zinssatz bei beiderseitigen Handelsgeschäften (Abs. 1)

6 Der *gesetzliche* Zinssatz des Handelsrechts beträgt nach § 352 Abs. 1 fünf vH, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind.

7 **1. Kaufmannseigenschaft von Schuldner und Gläubiger im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit.** Zunächst müssen sowohl Anspruchsteller als auch Anspruchsgegner Kaufleute iSd §§ 1 bis 6 sein. Gleichgestellt sind bestimmte kleingewerbliche Nichtkaufleute (Vor § 1 Rn. 9; § 2 Rn. 42).

8 Die Frage, ob auch der **Scheinkaufmann** als Kaufmann iSd. § 352 Abs. 1 gilt, wird nicht einheitlich beantwortet. Nach einer in der Literatur zum Teil vertretenen Ansicht soll § 352 Abs. 1 bei Rechtsgeschäften von Scheinkaufleuten grundsätzlich unanwendbar sein. Wer wider besseren Wissens als Kaufmann aufgetreten sei, soll sich allerdings bei Berufung darauf, dass er als Nichtkaufmann nur Zinsen in Höhe von vier vom Hundert schulde, die Arglisteinrede entgegenhalten lassen müssen.[16] Demgegenüber unterscheidet die in der Literatur überwiegend vertretene Auffassung danach, ob die Vorschrift zugunsten oder zu Lasten des Scheinkaufmanns angewendet werden soll. Zu Lasten des Scheinkaufmanns sei § 352 Abs. 1 uneingeschränkt anwendbar.[17] Inwieweit eine Anwendung des § 352 Abs. 1 zugunsten des als Kaufmann Auftretenden in Betracht kommt, ist unter den Vertretern dieser differenzierten Betrachtungsweise strittig. Während überwiegend eine Anwendbarkeit des § 352 Abs. 1 zugunsten des Scheinkaufmanns abgelehnt wird,[18] wollen andere dem Scheinkaufmann zumindest in Ausnahmefällen eine

---

[8] Vgl. dazu *Neuner* ZHR 157 (1993), 243, 288 f.

[9] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 262.

[10] BGBl. I S. 330.

[11] Vgl. *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 258 f.

[12] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 262; zust. *Canaris* HandelsR, 24. Aufl. 2006, § 28 Rn. 3; Staub/*Canaris* Rn. 4; zweifelnd bereits *Basedow* ZHR 143 (1979), 317, 335 bei Fn. 85.

[13] BGBl. I S. 330.

[14] Vgl. § 246 BGB-KE; dazu Abschlussbericht, S. 117. Der Wortlaut der Entwurfsbestimmung ist auch abgedruckt in MüKoBGB/*Kramer* (3. Aufl.) Einl. Rn. 103 (S. 58).

[15] Vgl. *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 262; für England s. *Schellack* RIW 1999, 192.

[16] Oetker/Pamp Rn. 7.

[17] Baumbach/*Hopt* Rn. 1; MüKoHGB/*Schmidt* Rn. 6; HeidelbergerKomm/*Ruß* Rn. 1; Koller/Kindler/*Roth*/Morck Rn. 2; Heymann/*Horn* Rn. 13; RGRK-HGB/*v. Godin* Anm. 3; Röhricht/Graf v. Westphalen/*Wagner* Rn. 4; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 15; Staub/*Canaris* RdNr. 7.

[18] Baumbach/*Hopt* Rn. 1; MüKoHGB/*Schmidt* Rn. 6; HeidelbergerKomm/*Ruß* Rn. 1; Heymann/*Horn* Rn. 13; Koller/Kindler/*Roth*/Morck Rn. 2; Röhricht/Graf v. Westphalen/*Wagner* Rn. 4; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 15.

Verzinsung nach § 352 Abs. 1 gewähren.[19] Nach allgM wird indes beim Kaufmann kraft Rechtsscheins die Kaufmannseigenschaft allein zu seinem Nachteil fingiert (§ 5 Rn. 80). Aus diesem Grund **verbietet sich eine Anwendung** des § 352 Abs. 1 **zugunsten des Scheinkaufmanns. Zu seinen Lasten** ist eine Anwendung der Vorschrift dagegen im Interesse des Handelsverkehrs, der wegen des Auftretens des Rechtsscheinveranlassers auf das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft vertraut hat, **stets geboten.** Ein Handeln wider besseres Wissen ist insoweit nicht erforderlich. Die Rechtsscheinhaftung knüpft daran an, dass der Veranlasser durch sein Auftreten ein „erhöhtes Risiko"[20] geschaffen hat, das er am ehesten hätte beherrschen können. Die Verschuldensfrage ist daher unerheblich.[21]

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft ist nach allgM der Zeitpunkt der **Begründung der Schuld.** Erwirbt der Gläubiger oder der Schuldner die Kaufmannseigenschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt, ist § 352 Abs. 1 nicht anwendbar. Inwieweit der Verlust der Kaufmannseigenschaft nach Begründung der Schuld die Geltung des Zinssatzes aus § 352 Abs. 1 berührt, wird nicht einheitlich beurteilt. Nach überwiegender Ansicht ist ein derartiger nachträglicher Verlust der Kaufmannseigenschaft für die Anwendbarkeit des § 352 Abs. 1 unerheblich.[22] Nach anderer Ansicht soll dagegen für den Fall, dass der Gemeinschuldner im Insolvenzverfahren die Kaufmannseigenschaft verliert, ab diesem Zeitpunkt nur noch der bürgerlich-rechtliche Zinssatz des § 246 BGB anwendbar sein.[23] Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Zwar verliert der kaufmännische Gemeinschuldner mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens seine Verfügungsbefugnis (§ 80 Abs. 1 InsO), doch wird hiervon seine Kaufmannseigenschaft nicht berührt (§ 1 Rn. 79). Mithin verbleibt es auch bei dem handelsrechtlichen Zinssatz nach § 352 Abs. 1. **9**

2. Beiderseitiges Handelsgeschäft. Des Weiteren muss die zu verzinsende Forderung ihren Ursprung in einem beiderseitigen Handelsgeschäft iSd. § 343 haben,[24] wobei die Vermutung des § 344 gilt. **10**

Streitig ist, ob ein Handelsgeschäft auch bei einer **condictio indebiti mit Bezug zum Handelsgewerbe** der beteiligten Kaufleute vorliegt. Die neuere Rechtsprechung und ein Teil der Literatur verneinen dies mit der Folge, dass eine Verzinsung nach § 352 Abs. 1 und ein Zinsanspruch aus § 353 Satz 1 insoweit ausscheiden. Als Entstehungsgrund für einen Anspruch aus § 353 Satz 1 und eine Verzinsung nach § 352 Abs. 1 komme nur ein beiderseitiges Handelsgeschäft, kein gesetzlicher Anspruch in Betracht.[25] Nach anderer Ansicht kann dagegen auch eine condictio indebiti ein beiderseitiges Handelsgeschäft iSd.. §§ 343, 344 darstellen und somit eine Zinspflicht nach § 353 Satz 1 und eine Verzinsung nach § 352 Abs. 1 auslösen.[26] Dem ist beizutreten. Die Gegenansicht definiert den Begriff des Handelsgeschäfts zu eng. Ein Handelsgeschäft iSd. §§ 343, 344 HGB liegt nicht nur bei zum Betrieb des Handelsgewerbes gehörenden Rechtsgeschäften, sondern auch bei bloßen Rechtshandlungen, mithin also bei **jedem** zum Betrieb des Handelsgewerbes zu rechnenden **rechtserheblichen Verhalten** vor.[27] Führt nun eine derartige Rechtshandlung zu einem gesetzlichen Anspruch, so hat dieser Anspruch seine „Grundlage" in einem Handelsgeschäft. Für die Qualifikation der condictio indebiti-Sachverhalte als Handelsgeschäft spricht weiterhin die Erwägung, dass Verbindlichkeiten aus *allen* Arten von Rückgewährschuldverhältnissen auf Grund beiderseitiger Handelsgeschäfte gleich behandelt werden sollten.[28] Es ist nicht einzusehen, warum *vertragliche* Rückforderungsansprüche (zB aus Rücktritt, §§ 346 ff. BGB) aus Handelsgeschäften dem handelsrechtlichen Obligationenrecht unterstehen sollten, nicht aber die *bereicherungsrechtliche* Rückabwicklung solcher Verträge. Dies gilt umso mehr, wenn sich die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung auf Grund einer vertragsrechtlichen Rechtsfolgenverweisung vollzieht.[29] Mithin kann auch eine condictio indebiti – die Beiderseitigkeit und die Kaufmannseigenschaft der Beteiligten vorausgesetzt – als Handelsgeschäft iSd. § 343 zu qualifizieren sein und die Zinspflicht nach § 353 Satz 1 sowie eine Verzinsung nach § 352 Abs. 1 auslösen. **11**

Des Weiteren ist fraglich, ob ein **Rückgewähranspruch nach erfolgreicher Insolvenzanfechtung** (§ 143 InsO) einen Anspruch aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft darstellen kann. Die **12**

---

[19] RGRK-HGB/*v. Godin* Anm. 3; Staub/*Canaris* Rn. 7 (wenn dem Scheinkaufmann der Nachweis gelinge, dass das Vertrauen des anderen Teils auf die Kaufmannseigenschaft nicht kausal hinsichtlich der Zinshöhe geworden sei).

[20] *Canaris,* Die Vertrauenshaftung im Privatrecht, 1971, S. 482.

[21] Vgl. Staub/*Brüggemann* Anh. § 5 aF Rn. 15 f.

[22] Düringer/Hachenburg/*Werner* Anm. 3; GK-HGB/*Schmidt* Rn. 4; Heymann/*Horn* Rn. 13; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 16.

[23] RG Urt. v. 29.1.1902 – Nr. 329/1901 I, JW 1902, 186 Nr. 24; RGRK-HGB/*v. Godin* Anm. 3; Staub/*Canaris* Anm. 3 alle in Bezug auf das Konkursverfahren nach der KO.

[24] Vgl. RG Urt. v. 10.2.1921 – IV 449/20, WarnRspr. 1921 Nr. 58.

[25] RG Urt. v. 23.5.1919 – II 376/18, RGZ 96, 53, 57; BGH Urt. v. 2.12.1982 – III ZR 90/81, NJW 1983, 1420, 1423 mwN; Palandt/*Sprau* Einf. v. § 812 BGB Rn. 29; GK-HGB/*Schmidt* Rn. 4.

[26] RG Urt. v. 2.7.1918 – Rep. II 63/18, RGZ 93, 227, 229; ROHG Urt. v. 3.12.1877 – Rep. 1343/77, ROHGE 23, 143, 144; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 134; Staub/*Canaris* Rn. 12.

[27] RG Urt. v. 21.4.1888 – Rep. I 68/88, RGZ 20, 190, 194; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 134; Schlegelberger/*Hefermehl* § 343 Rn. 11.

[28] Heymann/*Kötter,* Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1971, Anm. 2; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 134.

[29] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 134.

herrschende Meinung lehnt dies selbst für den Fall ab, dass die angefochtene Rechtshandlung ein beiderseitiges Handelsgeschäft war.[30] Diese Ansicht ist aus denselben Gründen abzulehnen wie die entsprechende Meinung zur Frage, ob eine condictio indebiti mit Bezug zum Handelsgewerbe der beteiligten Kaufleute ein Handelsgeschäft iSd. § 352 Abs. 1 darstellen kann (soeben Rn. 11). Ihr liegt ein zu enges Verständnis vom Begriff des Handelsgeschäfts zugrunde.

13 Versteht man dagegen den Begriff des Handelsgeschäfts in dem oben Rn. 11 dargelegten weiten Sinn, kann sich im Einzelfall auch ein **Anspruch aus unerlaubter Handlung** als eine aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft stammende Forderung darstellen. Die Gegenmeinung[31] ist wiederum wegen ihres zu engen Verständnisses des Handelsgeschäfts abzulehnen.

14 Fehlt es an einer aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft stammenden Hauptforderung, kommt nur eine Verzinsung nach bürgerlichem Recht in Frage.[32]

15 **3. Zinsverbindlichkeit.** Schließlich muss für die aus dem beiderseitigen Handelsgeschäft stammende Hauptforderung eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen bestehen. Diese kann sich sowohl aus *Rechtsgeschäft* als auch *kraft Gesetzes* ergeben. *Kraft Gesetzes* kommen Zinsen nur bei Geldschulden in Betracht.[33] Soweit eine Zinsverbindlichkeit *rechtsgeschäftlich* begründet wurde, ist § 352 Abs. 1 nur dann anwendbar, wenn *keine* Vereinbarung über die Zinshöhe getroffen wurde, § 352 Abs. 1 Satz 2.

16 **a) Einzelne Zinstatbestände des BGB.** Das bürgerliche Recht ordnet in einer Reihe von Vorschriften *gesetzliche* Verzinsungspflichten an, die grundsätzlich auch für den Handelsverkehr gelten. Insbesondere sind folgende Zinstatbestände zu nennen:

17 **aa) Verzinsung von Aufwendungen.** Nach § 256 Satz 1 BGB sind Aufwendungen *vom Tag der Aufwendung an* zu verzinsen. Die Verzinsungspflicht knüpft mithin an eine sich aus Vertrag oder Rechtsgeschäft ergebende Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen an, vgl. etwa §§ 284, 304, 347 Abs. 2, 536a Abs. 2, 637 Abs. 1, 652 Abs. 2, 670, 683 oder 684 BGB.[34] Unter Aufwendung ist dabei jede freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen zu verstehen.[35] Durch das Merkmal der Freiwilligkeit unterscheidet sich die Aufwendung vom Schaden.[36] Die Erfüllung einer Verbindlichkeit kann eine Aufwendung darstellen, sofern sie freiwillig erfolgt.[37]

18 **bb) Verzug.** Nach § 288 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger einer **Geldschuld** während des Verzuges vom Schuldner für das Jahr Zinsen in Höhe von **fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz** nach § 247 BGB als Mindestschadensersatz verlangen.[38] Abweichend davon beträgt der Zinssatz für **Entgeltforderungen** aus Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, nach § 288 Abs. 2 BGB **neun Prozentpunkte über dem Basiszinssatz** nach § 247 BGB.[39] In beiden Fällen – dh bei einfachen Geldschulden wie auch bei Entgeltforderungen ohne Verbraucherbeteiligung – wird der Zinssatz des **§ 352 Abs. 1 Satz 1 HGB** ab Verzugseintritt **durch** die Zinssätze des **§ 288 BGB verdrängt.** Dies folgt aus dem Wortlaut des § 352 Abs. 1 Satz 1 HGB („… mit Ausnahme der Verzugszinsen …"). Vgl. zu § 288 BGB eingehend unten Rn. 37 ff.

19 **cc) Wertersatz.** Nach § 290 BGB besteht eine Zinspflicht des Schuldners für den **Wertersatz,** den er wegen des Untergangs oder der Verschlechterung eines Gegenstands **während des Verzugs** an den Gläubiger zu erbringen hat. Die Wertersatzpflicht kann sich ergeben aus §§ 283 iVm. § 280 Abs. 1, 3 BGB iVm. § 287 BGB, im Fall der Verschlechterung unter Berücksichtigung der §§ 283 Satz 2, 281 Abs. 1 Satz 3 BGB. Ebenso wie im Fall des § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich auch bei der Verzinsungspflicht nach § 290 BGB um eine Haftung des Schuldners für einen gesetzlich vermuteten Mindestschaden. Bei entsprechendem Nachweis kann der Gläubiger einen etwaigen höheren Zinsschaden geltend machen (vgl. § 288 Abs. 4 BGB).

20 **dd) Rechtshängigkeit.** Nach § 291 Satz 1 BGB hat der Schuldner eine Geldschuld vom Eintritt der Rechtshängigkeit an unabhängig davon zu verzinsen, ob er zu diesem Zeitpunkt in Verzug war. Die Zinspflicht ist mithin grundsätzlich eine materielle Folge der Rechtshängigkeit. Etwas anderes gilt nur

---

[30] Vgl. BGH Urt. v. 9.7.1987 – IX ZR 167/86, BGHZ 101, 286, 288 = NJW 1987, 2821, 2822 = WM 1987, 1082, 1084; RG Urt. v. 15.4.1902 – Nr. 47/1902 VI., JW 1902, 273 Nr. 19; Düringer/Hachenburg/*Werner* Anm. 3; GK-HGB/*Schmidt* Rn. 3; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 16, alle unter Bezug auf die mit § 143 InsO im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelung des § 37 KO.

[31] BGH Urt. v. 10.7.1986 – I ZR 102/84, NJW-RR 1987, 181, 183; GK-HGB/*Schmidt* Rn. 3; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 16.

[32] Düringer/Hachenburg/*Werner* Anm. 3; Heymann/*Horn* Rn. 13; Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 16.

[33] Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 7; Soergel/*Teichmann* § 246 Rn. 22.

[34] Palandt/*Grüneberg* § 256 Rn. 1.

[35] BGH Urt. v. 26.4.1989 – IVb ZR, NJW 1989, 2816, 2818 mwN.

[36] Palandt/*Grüneberg* § 256 Rn. 1.

[37] RG Urt. v. 6.4.1936 – VI 421/35, RGZ 151, 93, 99.

[38] Die Vorschrift erfasst auch Ansprüche, die auf die Herausgabe von Geld gerichtet sind, BGH Urt. v. 19.5.2005 – III/ZR 28/05, NJW 2005, 3709 (zu § 667 Alt. 2 BGB); zum Basiszinssatz *Petershagen* NJW 2002, 1455.

[39] Zum Begriff der Entgeltforderung BGH Urt. v. 16.6.2010 – VIII ZR 259/09, NJW 2010, 3226 Rn. 12 f. ferner *Schermaier* NJW 2004, 2501.

dann, wenn die Forderung erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit fällig wird. In diesem Fall entsteht die Verzinsungspflicht nach § 291 Satz 1 Hs. 2 BGB erst ab dem Fälligkeitseintritt. Vgl. zu den durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen bedingten Problemen 1. Aufl. Rn. 20 ff.

ee) Rücktritt. Im Fall des Rücktritts vom Vertrag bestand nach § 347 Satz 3 BGB aF für Geldsummen eine Verzinsungspflicht *ab dem Zeitpunkt des Empfangs der Leistung* bis zur Rückgewähr.[40] Das SMG hat diese Regelung nicht übernommen, weshalb der Rückgewährschuldner nach der allgemeinen Vorschrift des § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB **Zinsen nur dann und nur insoweit** schuldet, **als** ihm eine **Nutzung des Geldbetrags** nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft **möglich** gewesen wäre. **21**

ff) Kaufvertrag. Nach § 452 BGB aF war der Käufer ab dem *Zeitpunkt* zur Verzinsung des Kaufpreises verpflichtet, *von dem an ihm die Nutzungen des Kaufgegenstandes gebühren*. Das SMG hat die Bestimmung nicht in das neue Kaufrecht übernommen. Zum früheren Recht s. 1. Aufl. Rn. 25. **22**

gg) Werklohnforderung. Nach § 641 Abs. 4 BGB ist bei einem Werkvertrag der Besteller *ab dem Zeitpunkt der Abnahme* zur Verzinsung der in Geld festgesetzten Vergütung verpflichtet, sofern nicht die Zahlung der Vergütung gestundet ist. **23**

hh) Verwendung von Geld im eigenen Interesse; Überweisungsvertrag. Wer im Rahmen eines Auftrags, einer Geschäftsbesorgung, einer Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, einer Verwahrung oder als geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft Geld für sich verwendet, das er an sich dem Berechtigten herauszugeben oder für ihn zu verwenden hätte, ist zur Verzinsung des Betrages *von der Zeit der Verwendung an* verpflichtet (§§ 668, 675, 681 Satz 2, 698, 713 BGB; §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Eine Sonderregelung für den **Überweisungsvertrag** enthält § 676b Abs. 1 BGB. **24**

ii) Ungerechtfertigte Bereicherung. Wer nach §§ 812 ff. BGB zur Herausgabe einer zu Unrecht erlangten Bereicherung verpflichtet ist, haftet nach § 818 Abs. 4 BGB *vom Eintritt der Rechtshängigkeit* an „nach den allgemeinen Vorschriften" und hat daher eine fällige Geldschuld spätestens ab Rechtshängigkeit nach § 291 BGB zu verzinsen. Vor der Rechtshängigkeit kann sich eine Verzinsungspflicht nach §§ 819, 820 BGB ab dem Zeitpunkt ergeben, in dem der ungerechtfertigt Bereicherte den *Mangel des rechtlichen Grundes oder den Nichteintritt des bezweckten Erfolges erfahren* hat.[41] Zur Einordnung der condictio indebiti als Handelsgeschäft o. Rn. 11. **25**

jj) Unerlaubte Handlung. Wer wegen der Entziehung oder der Beschädigung einer Sache zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet ist, hat nach § 849 BGB den zu ersetzenden Betrag *ab dem Zeitpunkt der Wertbestimmung* zu verzinsen. Dies ist in der Regel der Zeitpunkt des Eingriffs oder des Schadensereignisses.[42] Die Zinspflicht endet mit der Zahlung des Ersatzbetrages durch den Schädiger.[43] Zur Einordnung unerlaubter Handlungen als Handelsgeschäft o. Rn. 13. **26**

b) Verzug des GmbH-Gesellschafters. Die Vorschrift des § 20 GmbHG ordnet eine Verzinsungspflicht für den Fall der nicht rechtzeitigen Einzahlung des auf die Stammeinlage zu erbringenden Betrages durch den GmbH-Gesellschafter an. Da dieser als solcher nicht Kaufmann ist (vgl. § 1 Rn. 33 aE), scheidet eine Verzinsung nach § 352 Abs. 1 allerdings schon tatbestandlich aus.[44] **27**

c) UN-Kaufrecht. Bei grenzüberschreitenden Warenkaufverträgen kann sich eine gesetzliche Zinsverbindlichkeit aus Art. 78 CISG ergeben, wenn der Vertrag nach Art. 1 bis 5 CISG in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Nach Art. 78 CISG ist eine Partei zur Zahlung von Zinsen verpflichtet, wenn sie es versäumt, den Kaufpreis oder einen anderen fälligen Betrag zu zahlen. **28**

aa) Zinstatbestände. Damit ordnet die Vorschrift eine **Zinsverpflichtung für alle nicht fristgerecht erfüllten Geldforderungen** aus einem dem CISG unterfallenden Kaufvertrag an.[45] Neben dem in Art. 78 CISG ausdrücklich genannten Anspruch auf die Kaufpreiszahlung unterfallen der Regelung insbesondere auch die folgenden Ansprüche: der Anspruch auf Rückzahlung im Wege der Minderung (Art. 50 CISG), Ansprüche auf Auslagen- oder Verwendungsersatz (Art. 85 Satz 2, 86 Abs. 1 Satz 2, 87 CISG), der Anspruch auf Ausgleich von Vorteilen (Art. 84 Abs. 2 CISG) sowie der Anspruch auf Ausgleich von Überschüssen (Art. 88 Abs. 3 Satz 2 CISG). Umstritten ist, ob auch Schadensersatzansprüche nach Art. 74 CISG nach Art. 78 CISG zu verzinsen sind. Zum Teil wird dies mit Hinweis darauf abgelehnt, dass Schadensersatzansprüche häufig im Zeitpunkt ihrer Entstehung noch nicht summenmäßig feststehen und nach manchen Rechtsordnungen nur der Höhe nach fest- **29**

---

[40] RG Urt. v. 3.7.1934 – II 43/34, RGZ 145, 79, 82.

[41] Vgl. Schlegelberger/*Hefermehl* Rn. 8; näher *Chr. Schäfer,* Der Zins im Bereicherungsrecht, 2002.

[42] Palandt/*Sprau* § 849 Rn. 2.

[43] BGH Urt. v. 24.2.1983 – VI ZR 191/81, BGHZ 87, 38, 42 = NJW 1983, 1614, 1615.

[44] Maßgebend ist § 288 BGB; *Altmeppen/Roth* § 20 GmbHG Rn. 8; OLG Hamburg Urt. v. 9.10.1987 – 11 U 125/87, WM 1988, 579, 581; OLG Köln Urt. v. 14.12.1994 – 26 U 19/94, WM 1995, 488, 490; *Banerjea* AG 1998, 488, 489 (zur Zinspflicht trotz Heilung verdeckter Sacheinlagen).

[45] Vgl. Honsell/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 1, 4; *Königer* S. 86.

liegende Forderungen zinsfällig werden können.[46] Deshalb soll Art. 78 CISG nur dann auf Schadensersatzansprüche anzuwenden sein, wenn die Höhe der Schadensersatzpflicht im Zeitpunkt ihres Entstehens „nicht ernstlich streitig" ist.[47] Nach überwiegender Ansicht erfasst Art. 78 CISG demgegenüber sämtliche Schadensersatzforderungen.[48] Dafür spricht vor allem, dass das Übereinkommen selbst keinen Anhaltspunkt für eine derartige Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 78 CISG enthält.[49]

30 **bb) Beginn des Zinslaufs.** Der Zinslauf beginnt im **Zeitpunkt der Fälligkeit.** Mithin genügt für die Entstehung des Zinsanspruchs die bloße „objektive" Tatsache des Verstreichens des Fälligkeitszeitpunkts. Weiterer Voraussetzungen bedarf es nicht. Insbesondere ist weder das Vorliegen von Verzugsvoraussetzungen (wie zB einer Mahnung) erforderlich, noch muss der Gläubiger das tatsächliche Vorliegen eines Schadens nachweisen.[50] Die Fälligkeit der zu verzinsenden Forderung beurteilt sich in erster Linie nach dem zugrundeliegenden Vertrag, hilfsweise nach dem CISG (vgl. etwa Art. 58, 59 CISG).[51] Durch die eigenständige Regelung des Zinsanspruchs in einem gegenüber den schadensersatzrechtlichen Vorschriften selbstständigen Abschnitt des Übereinkommens wird zudem klargestellt, dass sich ein Schuldner von der Zinspflicht nach Art. 78 CISG nicht nach Art. 79 CISG entlasten kann.[52]

31 **cc) Bemessung der Zinshöhe nach § 352 Abs. 1 bei deutschem Vertragsstatut.** Eine Regelung über die **Zinshöhe** und die Einzelnen **Modalitäten der Zinszahlung** enthält das Übereinkommen hingegen nicht. Daher ist fraglich, wie diese **Regelungslücke** zu schließen ist. Art. 7 Abs. 2 CISG verweist zur Entscheidung derartiger Fragen primär auf die allgemeinen, dem CISG zugrundeliegenden Grundsätze, hilfsweise auf die Rechtsordnung, die nach dem Kollisionsrecht der lex fori anzuwenden ist.[53] Zum Teil wird in der Literatur die Ansicht vertreten, das CISG enthalte Grundsätze, anhand derer die Bemessung des Zinssatzes vorgenommen werden könne. Uneinig sind sich die Vertreter dieser Auffassung indes bei der Frage, welcher allgemeine Grundsatz für die Bestimmung der Zinshöhe maßgeblich sein soll.[54] Schon aus diesem Grund ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass das CISG keinen allgemeinen Grundsatz enthält, nach dem sich die Zinshöhe bemessen ließe. Daher ist der **Zinssatz** dem – nach dem Internationalen Privatrecht der lex fori zu bestimmenden – **anwendbaren nationalen Recht** zu entnehmen.[55] Innerhalb dieser Meinung ist wiederum streitig, ob für die Zinshöhe stets das nach dem Kollisionsrecht des Forums ermittelte Vertragsstatut maßgeblich sein soll,[56] oder ob bei Fehlen einer Rechtswahl eine am Regelungszweck der jeweiligen nationalen Bestimmung orientierte Sonderanknüpfung vorzunehmen ist.[57] Die erstgenannte Ansicht ist vorzugswürdig. Sie kann sich im deutschen IPR zunächst auf Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I–VO stützen, wonach die Folgen der Nichterfüllung des Vertrages nach dem Vertragsstatut zu beurteilen sind.[58] Die Gegenansicht ist aber vor allem deswegen abzulehnen, weil sie – wie ihre Vertreter selbst einräumen[59] – häufig zu einer kollisionsrechtlichen Vertragsspaltung führen dürfte. Gerade weil auf einen Vertrag iSd. Art. 78 CISG ohnehin mindestens zwei Rechtsordnungen anwendbar sind (CISG und innerstaatliches Recht), ist es geboten, einer weiteren Aufspaltung entgegenzuwirken. Dies entspricht auch dem Interesse der vertragsschließenden Parteien an der Kalkulierbarkeit der mit der kaufrechtlichen Transaktion verbundenen Risiken.[60] Nach deutschem IPR ist nach Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I–VO in Ermangelung einer Rechtswahl regelmäßig das Recht des Niederlassungsstaats des Verkäufers für die Beurteilung der Zinshöhe nach Art. 78 CISG maßgeblich.

32 Ist danach deutsches Recht Vertragsstatut, beträgt der gesetzliche Zinssatz bei beiderseitigen Handelsgeschäften nach § 352 Abs. 1 fünf vom Hundert.[61] Die Frage, ob ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt, richtet sich dabei nach dem HGB als Teil des Vertragsstatuts. Auch die Vorfrage der Kauf-

---

[46] *Honnold,* Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3. Aufl. 1999, Rn. 422.

[47] Staudinger/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 8.

[48] Schlechtriem/Schwenzer/*Bacher* Art. 78 CISG Rn. 6, 14 ff.; *Herber/Czerwenka* Art. 78 CISG Rn. 2; *Königer* S. 87.

[49] *Königer* S. 87.

[50] Vgl. etwa Honsell/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 8; *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 100; *Koziol,* in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 195, 209.

[51] Staudinger/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 9.

[52] *Herber/Czerwenka* Art. 78 CISG Rn. 4; Honsell/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 11; *Königer* S. 90.

[53] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 111.

[54] Vgl. statt aller die Darstellung bei *Königer* S. 94 f.; für eine Einheitslösung zB Schlechtriem/Schwenzer/*Bacher* Art. 78 CISG Rn. 26 ff., 36.

[55] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 112; *Königer* S. 96; MüKoBGB/*Spellenberg* Art. 12 Rom I–VO Rn. 90 ff.; Staudinger/*Magnus* Art. 78 CISG Rn. 12 m. zahlr. weit. Nachw.

[56] So die Rspr.; vgl. *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 101 Fn. 36 m. zahlr. Nachw.; umfangreiche Nachw. zur Rspr. ferner bei Schlechtriem/Schwenzer/*Bacher* Art. 78 CISG Rn. 27 m. Fn. 35.

[57] *Stoll* IPRax 1993, 75.

[58] *Asam/Kindler* RIW 1989, 841, 842 m. Fn. 13.

[59] *Stoll* IPRax 1993, 75 f.

[60] *Kindler,* Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht, 1996, S. 113.

[61] Vgl. zu ausländischen Zinssatzregelungen den Überblick bei Schlechtriem/Schwenzer/*Bacher* Art. 78 CISG Rn. 37.