

# **Schuldrecht - Besonderer Teil I, 2.** **Halbband: §§ 481-534,** **Finanzierungsleasing**

9. Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-79447-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition.  
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage  
C.H.BECK und Franz Vahlen.  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

einer abzuschließenden Lebensversicherung, also durch Abtretung des Anspruchs des Darlehensnehmers auf die **Ablaufleistung einer Lebensversicherung** erfolgen soll. In diesem Fall verzichtet der Darlehensgeber im Zweifel nicht auf sein Nachforderungsrecht im Fall einer Unterdeckung.<sup>235</sup> Wird dagegen vereinbart, dass die Tilgung (nur) „durch“ eine Lebensversicherung erfolgen soll, so ist das Darlehen selbst im Fall der Unterdeckung mit Auszahlung der Lebensversicherungssumme an den Darlehensgeber nach § 364 Abs. 1 getilgt.<sup>236</sup> An der Natur des Vertrages als Gelddarlehensvertrag ändern diese Vereinbarungen nichts.<sup>237</sup> Schließlich kann der Darlehensnehmer gegenüber dem Anspruch des Darlehensgebers auf Rückzahlung mit eigenen Ansprüchen **aufrechnen**. Das Erfordernis der tatsächlichen Verfügbarkeit der Mittel, das einer Aufrechnungsvalutierung durch den Darlehensgeber regelmäßig entgegensteht (→ Rn. 37), gilt hier nicht.<sup>238</sup> Wegen der Zunahme von Beratungspflichtverletzungen (→ Vor § 488 Rn. 76) ist heute die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen durch den Darlehensnehmer ein häufiges Tilgungsmittel.<sup>239</sup> Ein stillschweigender Ausschluss der Aufrechnung ist allerdings dann anzunehmen, wenn den Darlehensnehmer eine Pflicht zur Abnahme der Darlehensvaluta trifft (→ Rn. 67).<sup>240</sup> Im Bereich des Bankkredits wird die Aufrechnungsbefugnis des Kunden durch die im Jahr 2018 neugefasste Nr. 4 AGB-Banken (Nr. 11 Abs. 1 AGB-Sparkassen) in zulässiger Weise<sup>241</sup> auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt. Ist der Darlehensnehmer zur Rückzahlung bereit, steht ihm ein **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 im Hinblick auf die Sicherheit(en) zu, die er dem Darlehensgeber gewährt hat.<sup>242</sup>

**ee) Parteivereinbarungen; Tilgungsbestimmungen.** Nicht nur die Höhe, sondern auch **51** die Art und Weise der Rückzahlung unterliegen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien. Sie können vereinbaren, dass die Tilgung zu Lasten eines bei der kreditgewährenden Bank geführten Kontos nur dann als Erfüllung gilt, wenn sie aus einem entsprechenden Guthaben erfolgt, und die Bank mangels Guthabens berechtigt ist, Gutschriften auf dem Darlehenskonto zu stornieren.<sup>243</sup> Eine in AGB enthaltene **Kontoverbleibsklausel**, wonach der Darlehensnehmer verpflichtet ist, sein Gehaltskonto bei der kreditgebenden Bank zu führen oder bei Verlegung des Gehaltskontos den Restkredit abzulösen, führt zu einer **unangemessenen Übersicherung** der Bank. Darüber hinaus beschränkt eine solche Klausel den Kunden **unverhältnismäßig** in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und würde zudem bei entsprechender Verbreitung zur Folge haben, dass Gehaltsempfänger nur noch bei ihrer kontoführenden Bank ein Darlehen aufnehmen könnten. Derartige Klauseln sind daher nach § 307 Abs. 1 unwirksam.<sup>244</sup> Hat der Darlehensnehmer neben der Kapitalrückerstattung auch Zahlungen auf Zinsen und Kosten zu leisten, so gilt § 367, der allerdings in der Praxis des Hypothekar- und Ratenkredits durch abweichende Tilgungsbestimmungen verdrängt wird (→ § 367 Rn. 3). In AGB vereinbarte **Tilgungsverrechnungsklauseln** können allerdings nach § 307 Abs. 1 S. 2 unwirksam sein (→ Rn. 199). Bei Verbraucherkreditverträgen darf hinsichtlich der Tilgungsbestimmungen von § 497 Abs. 3 S. 1 gemäß § 512 S. 1 nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden. Sonderzahlungen auf ein Annuitäten- oder Amortisationsdarlehen (→ Vor § 488 Rn. 50) sind im Zweifel nicht auf die monatlichen Raten anzurechnen, sondern dienen der außerordentlichen Tilgung.<sup>245</sup>

Eine vorzeitige Rückzahlung des Kredits ist in der Regel ausgeschlossen. Möglich ist dies nur über den Weg des § 490 Abs. 2 oder den Abschluss einer Änderungsvereinbarung. Beides hat aber – kraft Gesetzes bzw. kraft Vereinbarung – die Zahlung einer **Vorfälligkeitsentschädigung** durch den Darlehensnehmer zur Folge (→ § 490 Rn. 30, → § 490 Rn. 39). In der Kreditvertragspraxis der Banken werden dem Darlehensnehmer zuweilen **Sondertilgungsrechte** eingeräumt. Gewöhnlich werden derartige Rechte auf eine bestimmte Höhe des Darlehens, auf bestimmte Zeitpunkte, zu denen das Recht auszuüben ist, oder auf einen Zeitpunkt nach Ablauf einer gewissen Vertragsdauer **52**

<sup>235</sup> BGH WM 2008, 121 (122); OLG Hamm BKR 2007, 423 (424); vgl. auch OLG Karlsruhe WM 2006, 1247; 2006, 1810 (1811).

<sup>236</sup> OLG Karlsruhe NJW 2003, 2322; OLG Nürnberg WM 2007, 1787 (1788); einschr. OLG Karlsruhe WM 2006, 1810 (1811); aA BeckOGK/C. Weber, 15.6.2022, Rn. 350.

<sup>237</sup> Vgl. R.G. JW 1931, 2483; BGH WM 1963, 430 (431); Soergel/Seifert Rn. 112; vgl. BeckOGK/C. Weber, 15.6.2022, Rn. 350.

<sup>238</sup> Vgl. R.G. LZ 1929, 1402; Grüneberg/Weidenkaff Rn. 5; BeckOK BGB/Rohe Rn. 50.

<sup>239</sup> H. P. Westermann FS Raiser, 2005, 787 (790).

<sup>240</sup> Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 369 aE.

<sup>241</sup> Zur Unzulässigkeit der bisherigen Regelung BGH NJW 2018, 2042.

<sup>242</sup> BGHZ 73, 317 (319) = NJW 1979, 1203.

<sup>243</sup> OLG München WM 1977, 776.

<sup>244</sup> OLG Hamburg WM 1996, 105 (106); Nobbe BankR Rn. 514.

<sup>245</sup> OLG Köln ZIP 1987, 25.

beschränkt.<sup>246</sup> Durch das Recht zur Sondertilgung wird dem Darlehensnehmer die Möglichkeit gegeben, seine während der Laufzeit des Darlehensvertrages bestehende überschießende Liquidität zur Senkung der Zinsbelastung zu nutzen. Häufig wird vereinbart, dass der Darlehensnehmer der Bank bis zu einem bestimmten Termin mitteilt, dass er von seinem Recht Gebrauch machen wird. Lässt der Darlehensnehmer den vereinbarten Termin verstreichen, verfällt das Sondertilgungsrecht. Der Darlehensnehmer kann diese Rechte nicht „ansammeln“, um sie später in Höhe des Betrags aller angesparten Sondertilgungsrechte geltend machen zu können.<sup>247</sup> Derartige Klauseln begründen entgegen § 266 ein **vorzeitiges Teilleistungsrecht** des Darlehensnehmers im Hinblick auf die Rückzahlung der Valuta. Eine Verpflichtung zur Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung ist damit nicht verbunden. Die Pflicht zur Zinszahlung im Hinblick auf den getilgten Anteil der Valuta endet im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung.<sup>248</sup> Die Bank hat sich also durch die Einräumung dieses Rechts ihrer geschützten Zinserwartung als Grundvoraussetzung für einen Anspruch auf Zahlung einer Nichtabnahmeentschädigung (→ Rn. 69) oder einer Vorfälligkeitsentschädigung (→ § 490 Rn. 35) bereits bei Vertragsschluss begeben. Etwas anderes gilt dann, wenn der Darlehensnehmer eine über den für das Sondertilgungsrecht vereinbarten Betrag hinausgehende vorzeitige Tilgungsleistung erbringen will. Insoweit besteht, in den dafür geltenden Grenzen, die geschützte Zinserwartung der Bank, so dass diese teilweise Vorverlegung der Fälligkeit nur durch Abschluss eines Änderungsvertrages gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung in Betracht kommt (→ § 490 Rn. 39).

- 53 Hat der Darlehensnehmer **mehrere selbständige Gelddarlehensverträge** mit einer Bank abgeschlossen, kann er nach § 366 Abs. 1 bestimmen, welcher Rückzahlungsanspruch durch eine Zahlung getilgt werden soll.<sup>249</sup> Die Bestimmung kann auch stillschweigend erfolgen, solange die Beziehung der Zahlung auf eine bestimmte Rückzahlungsforderung für den Darlehensnehmer ohne weiteres ersichtlich ist (→ § 366 Rn. 12). Hat der Darlehensnehmer zur Erfüllung seiner Rückzahlungspflicht erfüllungshalber (§ 364 Abs. 2) einen **Wechsel** hingegeben, kann er dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers den Einwand der Wechselhingabe entgegenhalten. Ist der Wechsel mangels Zahlung zum Protest gegangen, entfällt der Einwand. Der Rückzahlungsanspruch kann dann aber nur Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Wechsels oder Vorlage eines Ausschlussurteils geltend gemacht werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Darlehensnehmer gegen eine doppelte Inanspruchnahme geschützt ist, weil alle in Betracht kommenden Wechsel- und Wechselbereicherungsansprüche gegen ihn verjährt sind.<sup>250</sup>
- 54 Ist der Darlehensvertrag nicht wirksam zustande gekommen, die Valuta aber bereits ausgezahlt worden, besteht keine darlehensrechtliche Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers, wohl aber ein auf die Rückzahlung der Nettokreditsumme gerichteter **Bereicherungsanspruch** des Darlehensgebers. Dabei schlagen allerdings beim sittenwidrigen Ratenkreditvertrag die Fälligkeitsbestimmungen des nichtigen Vertrages auf den Bereicherungsausgleich durch (→ Rn. 126).
- 55 **b) Zahlung von Zinsen.** Abs. 1 S. 2 verpflichtet den Darlehensnehmer, einen „geschuldeten“ Zins zu zahlen. Diese Formulierung ist aus zwei Gründen bedeutsam. Zum einen geht das Gesetz im Einklang mit der wirtschaftlichen Realität davon aus, dass das Darlehen **im Zweifel entgeltlich** gewährt wird.<sup>251</sup> Die Pflicht des Darlehensnehmers zur Zahlung von Zinsen steht mit der Pflicht des Darlehensgebers zur Hingabe und Belassung der Valuta im **Gegenseitigkeitsverhältnis** (→ Rn. 156). Dies schließt jedoch nicht aus, dass es auch unentgeltliche „**Gefälligkeitsdarlehen**“ gibt. Für unentgeltliche Verbraucherdarlehensverträge gilt die Sonderregelung des § 514. Zum anderen wird mit der Formulierung „geschuldeter“ Zins deutlich gemacht, dass die Zinszahlungspflicht nicht nur auf Vereinbarung der Parteien, sondern auch **auf Gesetz** beruhen kann.<sup>252</sup> Nach dem Entstehungsgrund richtet sich auch die Frage, wann die Zinsschuld entsteht und fällig wird. Die Sonderbestimmung über die Fälligkeit von Zinsen in Abs. 2 gilt nur für vertraglich „vereinbarte“ Zinsen (→ Rn. 161). Der Zinsanspruch des Darlehensgebers kann nicht in dem Sinn „umgekehrt“ werden, dass dieser zur Zahlung „**negativer Zinsen**“ verpflichtet ist (→ Rn. 154).

<sup>246</sup> Berger WM 2021, 757 (759); Knops, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen, 2000, 101; Rösler/Wimmer/Lang, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, 2. Aufl. 2021, Rn. 362.

<sup>247</sup> BGH NJW 2012, 445 Rn. 13; v. Heymann/Rösler ZIP 2001, 441 (448); Früh/Müller-Arends in BuB Rn. 3/227a.

<sup>248</sup> BGH NJW 2012, 445 Rn. 12; Knops, Verbraucherschutz bei der Begründung, Beendigung und Übernahme von Immobiliarkreditverhältnissen, 2000, 101 f.; v. Heymann/Rösler ZIP 2001, 441 (448).

<sup>249</sup> BGH WM 1982, 329; vgl. auch BGH WM 1991, 195 = NJW-RR 1991, 169.

<sup>250</sup> BGH ZIP 2001, 64 (65) = NJW 2001, 517.

<sup>251</sup> BT-Drs. 14/6040, 253; Grüneberg/Weidenkaff Rn. 15; NK-BGB/Krämer Rn. 12; K. P. Berger in Horn/Krämer, Bankrecht 2002, 1, 12.

<sup>252</sup> BT-Drs. 14/7052, 200.

**c) Stellung von Sicherheiten?** Unter bestimmten Umständen hat der Darlehensgeber einen Anspruch gegen den Darlehensnehmer auf Stellung von Sicherheiten (§§ 232 ff.) für den Rückzahlungsanspruch. Ein solcher Anspruch folgt allerdings nicht schon stillschweigend bzw. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157) aus dem Gelddarlehensvertrag. Die Verpflichtung, den Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers zu besichern, ist nicht etwa als Minus in der Rückzahlungspflicht enthalten.<sup>253</sup> Hierfür bedarf es vielmehr einer **besonderen Vereinbarung**. Als Quelle eines Besicherungsanspruchs des Darlehensgebers kommen daher nur ein zwischen den Parteien zeitgleich mit dem Darlehensvertrag oder einem Krediteröffnungsvertrag (→ Vor § 488 Rn. 59) abgeschlossener formloser Sicherungsvertrag,<sup>254</sup> sonstige spezielle vertragliche Vereinbarungen der Parteien oder Nr. 13 AGB-Banken (Nr. 22 AGB-Sparkassen) in Betracht.

**aa) Sicherungsvertrag.** Ein zwischen den Parteien abgeschlossener Sicherungsvertrag enthält zum einen die Sicherungszweckvereinbarung (Zweckabrede), also die fiduziarische Verknüpfung von zu sichernder Forderung und Sicherungsrecht.<sup>255</sup> Er liefert damit zugleich den Rechtsgrund für die Bestellung der Sicherheit (→ 8. Aufl. 2020, Anh. §§ 929–936 Rn. 25).<sup>256</sup> Bei **Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen** bis zu 75.000 Euro kann die Sicherheit vom Darlehensgeber nur gefordert werden, wenn sie gemäß § 494 Abs. 6 S. 2 im Darlehensvertrag erwähnt wurde (→ § 494 Rn. 39 f.). In Kreditvertragsbedingungen enthaltenen Erweiterungen des Sicherungszwecks über den zu sichernden Rückzahlungsanspruch hinaus auf alle Forderungen, die der kreditgebenden Bank aus der Geschäftsverbindung gegen den Darlehensnehmer zustehen („**weite Sicherungszweckerklärung**“), werden durch die „Anlass-Rspr.“ des BGH im Hinblick auf § 305c Abs. 1 und § 307 Abs. 1 und 2 dann enge Grenzen gesetzt, wenn der Sicherungsgeber mit dem persönlichen Schuldner nicht identisch ist<sup>257</sup> (→ § 305c Rn. 19). So ist eine vorformulierte Sicherungsabrede, die zwei Darlehensnehmer aus Anlass der Darlehensaufnahme unterschrieben haben, nach § 305c Abs. 1 insoweit unwirksam, als sie den Sicherungszweck über den durch den Anlass des Geschäfts bestimmten Rahmen hinaus erweitert und auch auf solche Verbindlichkeiten erstreckt, die einer der Gesamtschuldner allein gegenüber der Bank hat.<sup>258</sup> Wirksam ist die weite Sicherungsabrede dagegen dann, wenn sich die gesicherten zukünftigen Ansprüche nur gegen den Sicherungsgeber richten.<sup>259</sup> Darüber hinaus enthält die Sicherungsabrede Angaben über die Art und den Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung sowie über die Frage, ob neben dem Rückzahlungsanspruch auch ein etwaiger Bereicherungsanspruch des Darlehensgebers (→ Rn. 125) gesichert sein soll.<sup>260</sup> Notfalls sind diese Angaben durch Auslegung des Vertrages (§§ 133, 157) zu ermitteln. Wurden in der Abrede keine Angaben über die Art der zu stellenden Sicherheit gemacht, ist der Darlehensnehmer grundsätzlich in der **Auswahl der anzubietenden Sicherheiten** frei, solange es sich um bankmäßige, also **leicht und rasch verwertbare** Sicherheiten handelt.<sup>261</sup> Bei der Bewertung der angebotenen Sicherheiten sind der Bank engere Grenzen gesetzt, wenn eine Nichtabnahmeentschädigung (→ Rn. 69) vereinbart wurde. Unter diesen Umständen kann die Bank nicht erwarten, dass ihr bei der Bewertung der angebotenen Sicherheiten ein Beurteilungsspielraum zusteht, wie er einer vertraglich nicht gebundenen Bank zukommt. Vielmehr entspricht es einer interessengerechten Auslegung des Darlehensvertrages, dass der Darlehensnehmer darauf vertrauen darf, dass die Bank im Interesse des Darlehensnehmers die bankübliche Kreditlinie nicht unterschreitet und nicht ohne besondere Gründe von ihrer bisherigen Beleihungspraxis abweicht.<sup>262</sup> Auch ohne ausdrückliche Abrede begründet der Sicherungsvertrag kraft seiner fiduziarischen Rechtsnatur nebenvertragliche Schutz- und Treuepflichten des Sicherungsnehmers wie

<sup>253</sup> BGH ZIP 2000, 82 (83) = NJW 2000, 957; WM 1983, 62 (63) = NJW 1983, 1679; WM 1985, 923 (925); dazu EWIR 1985, 537 (Henckel); Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Ganter § 69 Rn. 211.

<sup>254</sup> Vgl. RGZ 55, 128 (129 ff.); BGHZ 21, 52 (55) = WM 1956, 919; BGH BB 1962, 116; NJW 1991, 353; *Leitmeier* NJW 2022, 12; *Staudinger/Freitag*, 2015, Rn. 215; zur Aufnahme der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung von Sicherheiten in den Darlehensvertrag BGH NJW 2002, 1199 (1200).

<sup>255</sup> Vgl. *Serick* EV I § 4 II 2; *Bilow*, *Recht der Kreditsicherheiten*, 9. Aufl. 2017, Rn. 49.

<sup>256</sup> Anders *Leitmeier* NJW 2022, 12 (Darlehens- und Sicherungsabrede seien zusammen Rechtsgrund).

<sup>257</sup> Vgl. BGHZ 102, 152 (158) = NJW 1988, 558; BGHZ 130, 19 (24) = NJW 1995, 2553; BGH NJW 1996, 2369 (2370); 1998, 2815 (2816); OLG Hamm WM 1999, 2065 (2067); *Nobbe* BKR 2002, 747 ff.; *Wand* WM 2005, 1969 (1975).

<sup>258</sup> OLG Düsseldorf WM 1998, 1875 (1881 f.).

<sup>259</sup> BGH DNotZ 1987, 495 (497); 2001, 119 (121); BKR 2002, 494 (495); vgl. allg. *Obermüller* BKR 2017, 221.

<sup>260</sup> Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Ganter § 69 Rn. 113.

<sup>261</sup> BGH NJW 1981, 1363; *Grüneberg/Weidenkaff* Rn. 15; *Erne* in *Claussen BankR* § 5 Rn. 28.

<sup>262</sup> BGH WM 1990, 751 (752) = NJW 1990, 2676; Ellenberger/Bunte BankR–HdB/Häuser 3. Aufl. 2007, § 83 Rn. 144.

zB das **Verbot einer übermäßigen Schädigung** des Sicherungsgebers und das **Verbot rücksichtslosen Vorgehens**, etwa im Rahmen der Verwertung der Sicherheit.<sup>263</sup>

58 Die schuldrechtliche Sicherungsabrede ist von dem je nach Sicherung schuldrechtlich (zB Abschluss eines Bürgschaftsvertrages) oder dinglich (zB Bestellung einer Grundschuld) zu qualifizierenden Akt der Sicherheitenbestellung zu unterscheiden. Dies zeigt sich etwa bei den Auswirkungen der Nichtigkeit dieser Abreden auf den Darlehensvertrag. Während die Nichtigkeit der Sicherheitenbestellung den Darlehensvertrag nicht erfasst (→ Rn. 87), ergreift die Nichtigkeit der Sicherungsabrede, etwa wegen anfänglicher Übersicherung nach § 138,<sup>264</sup> in Anwendung von § 139 auch den Darlehensvertrag (→ Rn. 87 aE). Die Vereinbarung einer Pflicht des Darlehensnehmers zur Bestellung von Sicherheiten begründet **keine im Synallagma stehende Vertragspflicht** des Darlehensnehmers,<sup>265</sup> es sei denn, die Parteivereinbarung bietet Anhaltspunkte für eine echte Zug-um-Zug-Verknüpfung von Auszahlungsanspruch und Sicherheitenbestellung<sup>266</sup> (→ Vor § 488 Rn. 10). Dies folgt schon aus der rechtlichen Trennung von Darlehensvertrag und Sicherungsabrede. Wird, wie in der Kreditpraxis üblich, die Auszahlung des Kredits von der Bestellung einer Sicherheit abhängig gemacht, handelt es sich vielmehr in der Regel um eine bloße Auszahlungsvoraussetzung (→ Rn. 39) für das Darlehen.<sup>267</sup> Kommt es nicht zur Sicherheitenbestellung oder wird sie verzögert, steht dem Darlehensgeber ein außerordentliches Kündigungsrecht zu (→ § 490 Rn. 50). Gegenüber dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers aus S. 2 kann der Darlehensnehmer nach § 273 den Anspruch auf Rückgewähr bestellter Sicherheiten geltend machen (→ Rn. 50 aE).

59 **bb) Positivklärung.** Ein Anspruch der Bank auf Bestellung von Sicherheiten kann sich aus einer sog. „Positivklärung“ ergeben. Dabei handelt es sich um einen Sicherungsvorvertrag, aus dem die Bank gegen den Darlehensnehmer einen Anspruch auf Bestellung bestimmter („**konkrete**“ Positivklärung) oder nicht näher bestimmter („**weite**“ Positivklärung) bankmäßiger Sicherheiten hat. Der Anspruch geht also auf Mitwirkung am Abschluss des in der Klausel bestimmbar bezeichneten Sicherungsvertrages.<sup>268</sup> Bei einer „weiten“ Positivklärung hat nicht der Sicherungsgeber, sondern die Bank die Wahl unter mehreren gleichermaßen geeigneten Sicherheiten.<sup>269</sup> Der Abschluss eines derartigen Vorvertrages kann daher auch dann in Betracht kommen, wenn der Kreditvertrag in den Anwendungsbereich des Nachbesicherungsanspruchs aus Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 AGB-Sparkassen) fällt, denn danach steht dem Darlehensnehmer das Wahlrecht zu (→ Rn. 61). Der Anspruch kann durch ein jederzeit zulässiges „erstes Anfordern“ der Bank bedingt sein. Möglich ist auch, dass im Kreditvertrag Finanzkennzahlen („**financial covenants**“, → Vor § 488 Rn. 43) vereinbart werden, bei deren Nichteinhaltung der Anspruch der Bank aus der Positivklärung besteht.<sup>270</sup> In der Bankpraxis werden Positivklärungen häufig mit „Negativklauseln“ verbunden („Negativ-Positiv-Erklärungen“),<sup>271</sup> zur Negativklausel → Rn. 66.

60 Haben die Parteien keine Sicherungsabrede getroffen, soll aber die Auszahlung der Darlehensvoluta dennoch von der Stellung von Sicherheiten durch den Darlehensnehmer abhängen, liegt eine **aufschiebende Bedingung** (§ 158 Abs. 1) des Darlehensvertrages vor.<sup>272</sup>

61 **cc) Nr. 13 AGB-Banken (Nr. 22 AGB-Sparkassen).** Unabhängig vom Abschluss einer Sicherungsabrede hat die kreditgebende Bank gegen den Darlehensnehmer aus Nr. 13 Abs. 1 AGB-Banken einen Anspruch auf Bestellung **bankmäßiger**, dh vor allem rasch und leicht verwertbarer Sicherheiten für alle Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung gegen den Kunden, auch soweit sie bedingt oder befristet sind (die AGB-Sparkassen enthalten in Nr. 22 Abs. 1 nur einen Nachbesicherungsanspruch). Die Bank hat für die Sicherheitenbestellung nach Nr. 13 Abs. 3 S. 1 AGB-Banken eine angemessene Frist einzuräumen, da sie die Sicherheiten nicht zur Unzeit verlan-

<sup>263</sup> OLG Schleswig ZIP 2011, 1254 = WM 2011, 1128.

<sup>264</sup> Vgl. BGHZ 137, 212 (GS) = NJW 1998, 671; zur Unterscheidung zwischen anfänglicher (Sittenwidrigkeit nach § 138) und nachträglicher (Freigabeanspruch aus §§ 242, 157) Übersicherung *Ganter* WM 1999, 1741 ff.; *Ganter* ZIP 1994, 257 ff.; *Nobbe* BankR Rn. 748 ff. und 786 ff.

<sup>265</sup> RG JW 1912, 462 (463); 1937, 2765; *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Ganter* § 69 Rn. 211; *Derleder* in *Derleder/Knops/Bamberger BankR-HdB* § 12 Rn. 13; aA *Grüneberg/Weidenkaff* Vor § 488 Rn. 2 aE; *Neuhof/Richrath* NJW 1996, 2894 (2896, 2899).

<sup>266</sup> *Langenbucher/Bliesener/Spindler/Steffek* Kap. 13 Rn. 77.

<sup>267</sup> RG JW 1909, 309 (310); *Soergel/Seifert* Rn. 168.

<sup>268</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Ganter* § 69 Rn. 239; *Obermüller*, Ersatzsicherheiten im Kreditgeschäft, 1987, 146 ff.

<sup>269</sup> BGH WM 1981, 150 (151) = NJW 1981, 1363; *Staudinger/Freitag*, 2015, Rn. 215.

<sup>270</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Merkel/Richrath* § 77 Rn. 175; *Thießen* ZBB 1996, 19; *Wittig/Wulfers* in *BuB* Rn. 4/3158; *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003, 92 f.

<sup>271</sup> *Merkel*, Die Negativklausel, 1985, 49 ff.

<sup>272</sup> RG SeuffA 78, Nr. 68; BGH WM 1962, 1264 (1265); *Soergel/Seifert* Rn. 168.

gen darf.<sup>273</sup> Außerdem unterliegt sie der **Rücksichtnahmepflicht** aus § 242. Auch hier gilt, dass der Kreditnehmer in der Auswahl der bankmäßigen Sicherheiten frei ist, wenn keine entsprechende Abrede zwischen den Parteien über die Art der Sicherung getroffen wurde.<sup>274</sup> Würden bei der Entstehung von Ansprüchen gegen den Kunden zunächst ganz oder teilweise keine Sicherheiten vereinbart oder wurde von einer Verstärkung von Sicherheiten ganz oder teilweise abgesehen, so hat die Bank nach Nr. 13 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 AGB-Sparkassen) auch später noch einen **Anspruch auf Nachbesicherung** innerhalb angemessener Frist. Dies setzt allerdings nach Nr. 13 Abs. 2 S. 2 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 UAbs. 1 Hs. 2 AGB-Sparkassen) voraus, dass Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine erhöhte Risikobewertung der Ansprüche gegen den Kunden rechtfertigen. Hierzu zählt nach Nr. 13 Abs. 2 S. 3 AGB-Banken insbesondere die Situation, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden nachteilig verändern oder sich zu verändern drohen oder dass sich die vorhandenen Sicherheiten wertmäßig verschlechtern oder zu verschlechtern drohen. Rechtstechnisch handelt es sich um einen Anspruch der Bank auf Neuverhandlung der Sicherheiten.<sup>275</sup> Die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse kann auch durch die Verletzung von im Vertrag vereinbarten **Finanzkennzahlen** („financial covenants“, → Vor § 488 Rn. 43) indiziert werden.<sup>276</sup> Allerdings besteht die Gefahr, dass diese als abschließende Individualvereinbarung angesehen werden, so dass insoweit der weite Nachbesicherungsanspruch der Bank aus Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 AGB-Sparkassen) verdrängt oder zumindest eingeschränkt, statt bloß konkretisiert wird.<sup>277</sup> Diese Gefahr besteht auch dann, wenn die Bank auf Grund aufsichtsrechtlicher Vorgaben („Basel II“, → Vor § 488 Rn. 44, → Rn. 154) für den Fall der Verschlechterung der Bonität des Darlehensnehmers im Vertrag als „speziellere“ Rechtsfolge eine Erhöhung des Zinssatzes vorsieht. In diesen Fällen kommt dann auch eine Kündigung des Darlehensvertrages durch die Bank nach Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken (Nr. 26 Abs. 2 AGB-Sparkassen) wegen Nichterfüllung des Nachbesicherungsanspruchs der Bank nicht in Betracht (→ § 490 Rn. 57).

Die Bank hat nach Nr. 13 Abs. 2 S. 4 AGB-Banken keinen Anspruch auf Besicherung bzw. Nachbesicherung,<sup>278</sup> wenn, etwa als Ergebnis der Verhandlung über die Höhe der zu stellenden Sicherheiten, ausdrücklich vereinbart wurde, dass der **Kunde** ausschließlich im Einzelnen benannte Sicherheiten zu bestellen hat. Gleiches gilt, wenn es sich bei dem Kreditvertrag um einen **Blankokredit** handelt, bei dem die Bank im Kreditvertrag ausdrücklich auf die Stellung von Sicherheiten verzichtet hat („Die Kreditgewährung erfolgt ohne Sicherheitenstellung“).<sup>279</sup> Die Bank kann also in diesen Fällen die Bedingungen des Darlehensvertrages nicht nachträglich einseitig zu Lasten des Kreditnehmers verändern. Wegen des dem Kunden erkennbaren Interesses der Bank an der Sicherung ihrer Rückzahlungsforderung ist aber anzunehmen, dass die Bank nicht ohne weiteres auf diese Sicherung verzichten will. Daher liegt nicht schon in der bloßen Gewährung eines ungesicherten oder untersicherten Kredits oder in der Vereinbarung bestimmter Sicherheiten ein **stillschweigender Ausschluss der Sicherungsansprüche** der Bank.<sup>280</sup> Auch darin, dass die Bank für einige Zeit von ihrem Recht auf Sicherheitenbestellung keinen Gebrauch macht, liegt weder ein Verzicht noch eine Verwirkung hinsichtlich ihres Rechts aus Nr. 13 AGB-Banken, denn insoweit wird kein Vertrauenstatbestand für ein zukünftig gleichförmiges Verhalten der Bank begründet.<sup>281</sup> Auch in der Vereinbarung von „financial covenants“ (→ Vor § 488 Rn. 43) als speziellen Voraussetzungen für einen Anspruch der Bank auf Nachbesicherung (→ Rn. 59) liegt ohne besondere Anhaltspunkte noch keine stillschweigende Abbedingung des allgemeinen Nachbesicherungsanspruchs aus Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 AGB-Sparkassen).<sup>282</sup> Bei **Verbraucherdarlehensverträgen** besteht der Anspruch auf Bestellung oder Verstärkung nach Nr. 13 Abs. 2 S. 5 und 6 AGB-Banken (Nr. 22 Abs. 1 UAbs. 2 AGB-Sparkassen) nur, soweit die Sicherheiten im Kreditvertrag angegeben

<sup>273</sup> BGH NJW 1983, 2701; Heymann/Horn, 2. Aufl. 2005, HGB Anh. § 372 Rn. II/125.

<sup>274</sup> BGHZ 33, 389 (394) = NJW 1961, 408 (409); BGH NJW 1981, 1363; WM 1984, 1178 (1179); *Canaris* BankvertragsR Rn. 1304.

<sup>275</sup> Vgl. allg. Horn AcP 181 (1981), 255 (282 ff.).

<sup>276</sup> *Früh/Müller-Arends* in BuB Rn. 3/84d.

<sup>277</sup> *Wittig/Wulfers* in BuB Rn. 4/3160 aE.

<sup>278</sup> S. 4 gilt sowohl für den Besicherungsanspruch aus Abs. 1 als auch für den Nachbesicherungsanspruch aus Abs. 2, vgl. *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Bunte/Artz* § 3 Nr. 13 AGB-Banken Rn. 12.

<sup>279</sup> *Erne* in *Claussen BankR* § 5 Rn. 29; *Merkel* WM 1993, 725 (729).

<sup>280</sup> BGH WM 1979, 1176 (1179); 1981, 150 = NJW 1981, 1363 (151); OLG Koblenz WM 1986, 61; *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Bunte/Artz* § 3 Nr. 13 AGB-Banken Rn. 25, 29; *EBJS/Menges BankR* IV Rn. 97.

<sup>281</sup> BGH WM 1986, 61 (62); *Staudinger/Hopt/Mülbert*, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 372; *EBJS/Menges BankR* IV Rn. 97.

<sup>282</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Merkel/Richrath* § 77 Rn. 175; *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Samhat* § 54 Rn. 267.

sind; es sei denn, der Nettodarlehensbetrag (§ 492 Abs. 2 iVm Art. 247 § 3 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB, → § 491a Rn. 18 f.) liegt bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag über 75.000 Euro.

63 Die neue Sicherheitenvereinbarung unterliegt wiederum den Schranken der Vertragsfreiheit, die generell für die Besicherung von Kreditforderungen gelten. Die Bank darf sich also keine Sicherheiten einräumen lassen, deren Hingabe den wirtschaftlichen Bewegungsspielraum des Darlehensnehmers übermäßig einschränken oder eine **Gläubigergefährdung** oder **anfängliche Übersicherung** der Bank bewirken würde. Dies folgt auch aus der Begrenzung des Besicherungsanspruchs durch Nr. 16 Abs. 1 AGB-Banken. Aus den AGB-Sparkassen ergibt sich eine Deckungsgrenze insoweit, als die Sparkasse bei einer dauerhaften Übersicherung um zehn Prozent gemäß Nr. 22 Abs. 2 AGB-Sparkassen zur Sicherheitenfreigabe verpflichtet ist.<sup>283</sup>

64 Wird der Besicherungs- bzw. Nachbesicherungsanspruch der kreditgebenden Bank trotz entsprechender Aufforderung nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt, kann die Bank den Kreditvertrag nach Nr. 19 Abs. 3 S. 1 und 2, 3. Spiegelstrich AGB-Banken (Nr. 26 Abs. 2 S. 3 lit. b AGB-Sparkassen) **fristlos kündigen**. Da das Kündigungsrecht stets unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben steht (→ § 490 Rn. 55), hat die Bank den Kreditnehmer nach Nr. 13 Abs. 3 S. 2 AGB-Banken zuvor auf die Möglichkeit der Kündigung **hinzuweisen**, um ihm die Konsequenzen der Nichtbestellung deutlich vor Augen zu führen. Versäumt die Bank diesen Hinweis, steht ihr das Recht zur Kündigung zunächst nicht zu. Sie muss vielmehr erneut eine Frist nach Abs. 3 S. 1 setzen, die allerdings kürzer bemessen sein kann als die erste.<sup>284</sup> Darüber hinaus können sich Einschränkungen des Kündigungsrechts aus dem aus § 242 abgeleiteten und in Nr. 19 Abs. 3 S. 1 AGB-Banken (Nr. 26 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 AGB-Sparkassen) niedergelegten Grundsatz der Berücksichtigung der berechtigten Belange des Kreditnehmers (→ § 490 Rn. 53) ergeben. Auch kommt eine Kündigung aus diesem Grund nicht in Betracht, wenn die Bank zuvor mehrfach auf die Stellung von Sicherheiten verzichtet hat.<sup>285</sup> Ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung kann sich in Einzelfällen auch aus **§ 490 Abs. 1** wegen wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit der für das Darlehen gestellten Sicherheit ergeben.<sup>286</sup> Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Werthaltigkeit einer schon bestehenden Sicherheit bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung mit zu berücksichtigen ist und das Kündigungsrecht nach Valutierung des Darlehens nur „in der Regel“ besteht (→ § 490 Rn. 17). Nr. 19 Abs. 3 S. 2, 3. Spiegelstrich AGB-Banken bringt daher zum Ausdruck, dass es sich im Falle der Nichterfüllung des Nachbesicherungsanspruches um einen besonderen, von § 490 Abs. 1 verschiedenen Kündigungstatbestand handelt.

65 Wenn die für den Rückzahlungsanspruch gegebene Sicherheit nachträglich ohne Verschulden des Darlehensnehmers wegfällt und er trotz Aufforderung durch die Bank keine neue Sicherheit bestellt, kann die Bank den Vertrag ebenfalls nach Nr. 19 Abs. 3 S. 1 und 2, 3. Spiegelstrich AGB-Banken (Nr. 26 Abs. 2 S. 3 lit. b AGB-Sparkassen) fristlos kündigen. Dagegen kann man in diesen Fällen **keine Störung der Geschäftsgrundlage** des Darlehensvertrages (§ 313) annehmen (allgemein → § 490 Rn. 67) und über diesen Weg zu einer Kündigung des Vertrages (§ 313 Abs. 3 S. 2) gelangen.<sup>287</sup> Dieses Szenario fällt vielmehr in den Risikobereich der Bank und wurde von ihr vorhergesehen, wie die Existenz des Nachbesicherungsanspruches in Nr. 13 AGB-Banken (Nr. 22 AGB-Sparkassen) zeigt.

66 **dd) Gleichbehandlungsklausel; Negativerklärung.** Zuweilen wird in kurzfristigen Kreditverträgen eine „Gleichbehandlungsklausel“ („*pari-passu-Klausel*“) vereinbart. Darin verpflichtet sich der Darlehensnehmer, für den Fall, dass er während der Laufzeit des Kredits anderen Gläubigern Sicherheiten bestellt, zuvor oder zumindest gleichzeitig auch der aus der Klausel berechtigten Bank gleichwertige Sicherheiten zu bestellen oder sie an der für die anderen Gläubiger bestellten Sicherheit zu beteiligen.<sup>288</sup> Durch diese Klausel wird der Sicherungsanspruch der Bank nicht abbedungen.<sup>289</sup>

<sup>283</sup> Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Bunte/Artz § 3 Nr. 13 AGB-Banken Rn. 35.

<sup>284</sup> Heymann/Horn, 2. Aufl. 2005, HGB Anh. § 372 Rn. II/125; Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Bunte/Artz § 3 Nr. 13 AGB-Banken Rn. 33 aE.

<sup>285</sup> OLG Celle WM 1984, 1175 (1178).

<sup>286</sup> H. P. Westermann WM 1993, 1865 (1874).

<sup>287</sup> Staudinger/Mülbart, 2015, § 490 Rn. 219; vgl. Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Samhat § 54 Rn. 236; anders aber noch Staudinger/Hopt/Mülbart, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 399; RGRK-BGB/Ballhaus Vor § 607 Rn. 79.

<sup>288</sup> Vgl. Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 6.590; Merkel, Die Negativklausel, 1985, 49; Kästle, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003, 60; Wand WM 2005, 1932 (1946) für Klauselbeispiel aus dem Musterdarlehensvertrag für gewerbliche Kreditvergaben des Bundesverbandes deutscher Banken.

<sup>289</sup> So aber Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Bunte/Artz § 3 Nr. 13 AGB-Banken Rn. 26.

Vielmehr steht die Pflicht des Darlehensnehmers zur Bestellung von Sicherheiten unter der **aufschiebenden Bedingung** der Sicherheitenbestellung für Dritte.<sup>290</sup> Verletzt der Kreditnehmer diese Verpflichtung, so hat die Bank ein außerordentliches Kündigungsrecht (→ § 490 Rn. 61). Auch durch die Vereinbarung einer „**Negativklausel**“ wird der Besicherungsanspruch der Bank nicht abbedungen. Dies folgt schon aus ihrem geringen Sicherungswert. In einer Negativklausel verpflichtet sich der Kreditnehmer lediglich, Dritten keine Sicherheiten zu gewähren und das Vermögen auch sonst nicht anderweitig zu belasten. Die Klausel verfolgt also das Ziel, eine Vorzugsstellung anderer Gläubiger in der Besicherung zu verhindern und zugleich das Schuldnervermögen in seinem Bestand zu erhalten. Eine Pflicht zur Bestellung von Sicherheiten gegenüber dem Darlehensgeber folgt hieraus nicht, die Bank hat lediglich einen unter Umständen nach §§ 935 ff. ZPO durchsetzbaren Unterlassungsanspruch sowie einen Schadensersatzanspruch<sup>291</sup> und ein Recht zur außerordentlichen Kündigung<sup>292</sup> (→ § 490 Rn. 61). Der Kreditnehmer ist nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, seine Haftung gegenüber der Bank durch Stellung einer Sicherheit zu vermeiden.<sup>293</sup> Wegen § 137 S. 1 kommt dem in der Klausel enthaltenen rechtsgeschäftlichen Verfügungsverbot **keine dingliche Wirkung** zu. In der Praxis werden daher häufig Negativklauseln mit Gleichstellungsverpflichtungen kombiniert.<sup>294</sup> Durch Vereinbarung einer Positivklärung (→ Rn. 59) wird Nr. 13 Abs. 2 AGB-Banken ebenfalls nicht abbedungen.<sup>295</sup>

**d) Abnahme der Valuta. aa) Abnahmepflicht.** Der Darlehensnehmer ist nicht ohne weiteres vertraglich zur Abnahme der Valuta verpflichtet. Allein die Tatsache, dass das Darlehen verzinslich ausgestaltet ist, bedeutet noch nicht, dass der Darlehensnehmer zur Abnahme verpflichtet ist.<sup>296</sup> Man wird nur umgekehrt annehmen können, dass beim unverzinslichen Darlehen eine Abnahmepflicht schon wegen der erleichterten Lösungsmöglichkeit für den Darlehensnehmer nach Abs. 3 S. 3 kaum je in Betracht kommt. Beim verzinslichen Darlehen kann sich eine Pflicht des Darlehensnehmers zur Abnahme der Darlehensvaluta aus einer speziellen **Vereinbarung** oder aus dem **Sinn und Zweck** des Darlehens ergeben.<sup>297</sup> Von besonderer Bedeutung ist dabei das über die bloße Zinszahlung hinausgehende **Interesse des Darlehensgebers** an der tatsächlichen Inanspruchnahme der Valuta durch den Darlehensnehmer. So ist bei Grundstücksbeleihungen durch eine Pfandbriefbank schon auf Grund des Anlagezwecks von einer **Abnahmepflicht** auszugehen.<sup>298</sup> Aus diesem Grund ist eine in den AGB einer Pfandbriefbank enthaltene Klausel, die für den Darlehensnehmer eine Abnahmepflicht und darauf aufbauend eine Pflicht zur Zahlung einer Nichtabnahmeentschädigung (→ Rn. 69) formularmäßig begründet, AGB-rechtlich nicht zu beanstanden.<sup>299</sup> Eine Abnahmepflicht ist auch bei einem **partiarischen Darlehen** anzunehmen, wenn der Darlehensnehmer mit der Valuta einen Gewinn erwirtschaften soll, an dem der Darlehensgeber partizipiert, oder wenn der Darlehensgeber an dem durch die Valuta finanzierten Projekt beteiligt ist.<sup>300</sup> Der **Krediteröffnungsvertrag** (→ Vor § 488 Rn. 59) begründet allerdings ohne besondere Vereinbarung nur ein Recht, jedoch keine Pflicht des Darlehensnehmers zur Inanspruchnahme des Kredits; der Darlehensgeber ist durch die Vereinbarung von Bereitstellungsgebühren ausreichend abgesichert.

Besteht eine Abnahmepflicht, so steht sie jedenfalls dann, wenn es sich beim Darlehensgeber um eine Bank handelt, wegen der refinanzierungstechnischen Besonderheiten des Bankkreditgeschäfts im **Synallagma**.<sup>301</sup> Gleiches gilt für das partiarische Darlehen (→ Vor § 488 Rn. 23), weil der

<sup>290</sup> *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 6.590 aE; *Obermüller*, Ersatzsicherheiten im Kreditgeschäft, 1987, 163.

<sup>291</sup> *Mucke* WM 2006, 1804 (1805); *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003, 73 f.; *Merkel*, Die Negativklausel, 1985, 219 ff.; *Obermüller*, Ersatzsicherheiten im Kreditgeschäft, 1987, 128.

<sup>292</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Ganter* § 69 Rn. 238.

<sup>293</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Merkel/Richrath* § 77 Rn. 112.

<sup>294</sup> *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 6.580; *Kästle*, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, 2003, 60.

<sup>295</sup> *Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Merkel/Richrath* § 77 Rn. 99.

<sup>296</sup> *Derleder* in *Derleder/Knops/Bamberger BankR-HdB* § 12 Rn. 10; *Grundmann/Renner* BankvertragsR 4. Teil Rn. 125; zurückhaltend auch *BeckOGK/Binder*, 15.6.2022, Rn. 221; zu weitgehend *BeckOK BGB/Rohe* Rn. 24; *Erman/Saenger* Rn. 10 (Abnahmepflicht als Regelfall).

<sup>297</sup> *EBJS/Menges BankR IV* Rn. 95; *Heermann*, Geld und Geldgeschäfte, 2003, § 21 Rn. 12; *Wand* WM 2005, 1932 (1936); eine Abnahmepflicht verneinend hingegen *Staudinger/Freitag*, 2015, Rn. 218.

<sup>298</sup> *BGH* WM 1962, 114 (115); 1991, 760 (761) = *NJW* 1991, 1817; *Soergel/Seifert* Rn. 151; *Derleder* JZ 1989, 165 (169); *Königgen* *NJW* 2000, 468 (474).

<sup>299</sup> *BGH* *NJW* 1991, 1817; 1998, 683; *Rösler/Wimmer/Lang*, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, 2. Aufl. 2021, Rn. 88.

<sup>300</sup> *Staudinger/Hopt/Mülbert*, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 369.

<sup>301</sup> *BGH* WM 1991, 760 (761) = *NJW* 1991, 1817; dazu *EWiR* 1991, 443 (*Derleder*); *OLG Köln* ZIP 1999, 355 (357); aA *Staudinger/Freitag*, 2015, Rn. 219; *BeckOGK/Binder*, 15.6.2022, Rn. 222.

Darlehensnehmer in diesem Fall mit dem Kapital zugleich im Interesse des Darlehensgebers arbeiten soll.<sup>302</sup> Auch bei **Darlehen für finanzierte Projekte**, an denen der Darlehensgeber beteiligt ist, besteht ein besonderes Interesse des Darlehensgebers an der Abnahme, so dass insoweit von einer synallagmatischen Hauptpflicht des Darlehensnehmers auszugehen ist.<sup>303</sup> Ansonsten wird man dagegen von einer bloßen Nebenpflicht ausgehen müssen. Ersatz des Verzögerungsschadens kann der Darlehensgeber nach § 280 Abs. 1, Abs. 2, § 286 verlangen, Ersatz von Mehraufwendungen nach § 304. Besteht eine Abnahmepflicht, so liegt darin zugleich die stillschweigende Vereinbarung eines **Aufrechnungsausschlusses** für den Darlehensnehmer.<sup>304</sup>

#### bb) Nichtabnahmeentschädigung.

**Schrifttum:** v. Heymann/Rösler, Berechnung von Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigung, ZIP 2001, 441; Wehrt, Die Risikokostenerstattung bei Vorfälligkeitsberechnungen, WM 2018, 1158; Wenzel, Vorfälligkeitsausgleich bei Nichtabnahme oder vorzeitiger Beendigung langfristiger Hypothekarkredite, ZfR 2001, 93; s. auch die Lit. zur Vorfälligkeitsentschädigung vor → § 490 Rn. 23.

69 (1) **Begrenzung auf Zeitraum der rechtlich geschützten Zinserwartung.** Nimmt der Darlehensnehmer entgegen einer vertraglichen Verpflichtung die Valuta nicht ab, so begeht er eine **Vertragsverletzung**. Der Darlehensnehmer hat diese Vertragsverletzung zu vertreten, ohne dass es darauf ankommt, warum das mit der Darlehensvaluta geplante Vorhaben, zB ein Grundstückserwerb, gescheitert ist. Es handelt sich um eine Garantiehafung iSv § 276 Abs. 1 S 1 aE, weil nach der darlehens typischen Risikoverteilung das Verwendungsrisiko allein in den Verantwortungsbereich des Darlehensnehmers fällt (→ Vor § 488 Rn. 8).<sup>305</sup> Auch in der unberechtigten außerordentlichen Kündigung durch den Kreditnehmer vor Auszahlung liegt eine pflichtwidrige Nichtabnahme der Darlehensvaluta.<sup>306</sup> Die Pflichtverletzung berechtigt den Darlehensgeber, in aller Regel eine kreditgebende Bank, zum Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3, § 281).<sup>307</sup> Da der Darlehensnehmer in diesen Fällen meist die Abnahme ernsthaft und endgültig verweigert oder das Scheitern des Kreditgeschäfts aus sonstigen Gründen endgültig feststeht, ist eine Fristsetzung häufig entbehrlich (§ 281 Abs. 2).<sup>308</sup>

70 In Anlehnung an die von der Rspr. zur Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung wegen Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers entwickelten Grundsätze (→ Rn. 217) kann die Bank einen durch Nichtabnahme der Valuta entstandenen Schaden nicht für die volle, dh planmäßig nach den vertraglichen Vereinbarungen in Aussicht genommene Laufzeit des Darlehensvertrages, sondern nur für den Zeitraum ihrer **rechtlich geschützten Zinserwartung** geltend machen.<sup>309</sup> Dabei handelt es sich um den Zeitraum, für den die Bank auf Grund der vertraglichen Vereinbarungen und der gesetzlichen Regelungen auf die Fortsetzung des Vertrages und damit auch auf die Zahlung der vereinbarten Zinsen durch den Darlehensnehmer vertrauen durfte.<sup>310</sup> Dieser Zeitraum erstreckt sich vom Moment des endgültigen Scheiterns des Darlehensgeschäfts bis zu dem Zeitpunkt, zu dem sich der Darlehensnehmer durch Kündigung erstmalig vom Vertrag hätte lösen können. Eine solche Kündigung hätte die Bank hinnehmen müssen, ohne daraus Ansprüche herleiten zu können. Gemäß § 489 Abs. 1 Nr. 2 kann also der Schadensberechnung längstens ein Zeitraum von zehneinhalb Jahren zugrunde gelegt werden.<sup>311</sup> Dies ist nicht nur für die konkrete Schadensberechnung, sondern auch für die Pauschalierung der Nichtabnahmeentschädigung in AGB von Bedeutung (→ Rn. 69 ff.). Hat die Bank dem Kunden **Sondertilgungsrechte** (→ Rn. 52) eingeräumt, so hat sie sich der Zinserwartung für den betreffenden Betrag freiwillig begeben.<sup>312</sup> Eine AGB-Klausel,

<sup>302</sup> RG JW 1912, 462 (463); OLG Hamburg OLGE 20, 212; Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 19.

<sup>303</sup> Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 369.

<sup>304</sup> Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 369 aE.

<sup>305</sup> Staudinger/Freitag, 2015, Rn. 217; BeckOK BGB/Rohe Rn. 31.

<sup>306</sup> BGH ZIP 2001, 510 = NJW 2001, 1344; Fröh/Müller-Arends in BuB Rn. 3/99.

<sup>307</sup> Vgl. BGHZ 230, 140 Rn. 13 f. = NJW 2021, 2739; WM 1990, 174 (175) = NJW-RR 1990, 432; NJW 1991, 1817 (1818); Staudinger/Hopt/Mülbert, 12. Aufl. 1989, § 607 Rn. 395; aA Staudinger/Freitag, 2015, Rn. 246; modifizierter Vertragszinsanspruch.

<sup>308</sup> BGH NJW 1991, 1817 (1818); WM 1990, 174 (175) = NJW-RR 1990, 432; OLG Köln ZIP 1999, 355 (357); Rösler/Wimmer/Lang, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, 2. Aufl. 2021, Rn. 91; Grüneberg/Weidenkaff Rn. 17.

<sup>309</sup> BGHZ 208, 290 Rn. 25 = NJW 2016, 1382; BGHZ 146, 5 (12) = NJW 2001, 509; BGH NJW 1991, 1817 f.; Rösler/Wimmer/Lang, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, 2. Aufl. 2021, Rn. 361; Ellenberger/Bunte BankR-HdB/Samhat § 55 Rn. 30, § 54 Rn. 169; Köndgen WM 2001, 1637 (1640).

<sup>310</sup> Rösler/Wimmer/Lang, Vorzeitige Beendigung von Darlehensverträgen, 2. Aufl. 2021, Rn. 361.

<sup>311</sup> BGHZ 146, 5 (12) = NJW 2001, 509.

<sup>312</sup> BGHZ 208, 290 Rn. 26 = NJW 2016, 1382; BGH NJW 2012, 445; Wimmer BKR 2002, 479.