
Toralf Reitmann

Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Verzugs beim
Darlehensvertrag



Institut für Deutsches und Internationales Bank- und Kapitalmarktrecht
an der Universität Leipzig

Autor: Toralf Reitmann

Stand der Arbeit: Juni 2002

Veranstaltung: Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Kreditwirtschaft
Seminar an der Ostdeutschen Sparkassenakademie Potsdam
vom 10. -12. Juli 2002

Herausgeber: Institut für Deutsches und Internationales Bank- und Kapital-
marktrecht
Burgstraße 27 (Petersbogen) 04109 Leipzig

Direktoren: Prof. Dr. Franz Häuser / Prof. Dr. Reinhard Welter

Zitiervorschlag: *Reitmann, Reitmann*, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des
Verzugs beim Darlehensvertrag,
<http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/dokumente/2002-10-09-06.pdf>

Umsetzung: Gunther Thomas / Sebastian Taschke / Christian Zumpf

<http://www.uni-leipzig.de/bankinstitut/>

- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001;
(zitiert: *Bearbeiter*, Palandt, Paragraph und Randnummer)
- Ergänzungsband zu Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61.
Auflage, München 2002
(zitiert: *Bearbeiter*, Ergänzungsband zu Palandt, Paragraph und
Randnummer)
- Rieble, Volker
Ansprüche des Darlehensgebers bei Verzug des
Darlehensnehmers, ZIP 1988, S. 1027ff.
(zitiert: *Rieble*, ZIP 1988, S. 1027 (Seite))
- Senne, Petra
Das Recht der Leistungsstörungen nach dem
Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JA 2002, S. 424ff.
(zitiert: *Senna*, JA 2002, S. 424 (Seite))
- Schimansky; Bunte;
Lwowski
Bankrechts-Handbuch, Band 2, 1. Auflage, München 1997
(zitiert: *Bearbeiter*, Bankrechts-Handbuch, Paragraph und
Randnummer)
- Wittig, Judith; Wittig, Arne
Das neue Darlehensrecht im Überblick, WM 2002, S. 145ff.
(zitiert: *Wittig/Wittig*, WM 2002, S. 145 (Seite))
- Zimmer, Daniel
Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, S. 1ff.
(zitiert: *Zimmer*, NJW 2002, S. 1 (Seite))

GLIEDERUNG

A. EINFÜHRUNG	1
B. VORAUSSETZUNGEN DES VERZUGS	1
I. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges.....	1
1. Nichtleistung der geschuldeten Leistung.....	1
2. Nachholbarkeit der Leistung.....	2
3. Fälliger und vollwirksamer Anspruch.....	2
a) Fälligkeit.....	2
(1) Fälligkeit bei fehlender Laufzeitvereinbarung.....	3
(2) Fälligkeit bei vereinbarter Laufzeit.....	3
b) Vollwirksamkeit.....	4
4. Mahnung und Mahnungssurrogate.....	5
a) Mahnung.....	5
b) Entbehrlichkeit der Mahnung.....	6
(1) Nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit.....	6
(2) Berechenbarkeit der Leistungszeit.....	7
(3) Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung.....	7
(4) Besondere Gründe.....	8
c) Sonderregelung für Entgeltforderungen.....	8
5. Vertretenmüssen.....	10
II. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges.....	10
1. Leistungsberechtigung des Schuldners.....	11
2. Ordnungsgemäßes Angebot.....	11
a) Tatsächliches Angebot.....	11
b) Wörtliches Angebot.....	11
c) Überflüssiges Angebot.....	12
3. Leistungsvermögen des Schuldners.....	12
4. Nichtabnahme der Leistung.....	12
III. Beginn und Beendigung des Verzuges.....	12
C. RECHTSFOLGEN DES VERZUGS	13
I. Die Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers.....	13
1. Verzögerungsschaden nach §§ 280I, II, 286 BGB.....	13
a) Die zusätzlichen Voraussetzungen.....	14
(1) Bestehendes Schuldverhältnis.....	14
(2) Pflichtverletzung (objektiv).....	14
(3) Vertretenmüssen (subjektiv).....	14
(4) Kausaler Schaden.....	15
b) Schadensberechnung.....	15
c) Verzögerungsschaden und AGB.....	17
2. Mindestschaden des § 288I BGB.....	17
a) Die gesetzlichen Verzugszinsen.....	17
b) Höhere Zinsen aus anderem Rechtsgrund.....	19
3. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280I, III, 281 BGB.....	19
4. Rücktritt nach § 323 BGB.....	20
a) Nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte, fällige Leistung.....	20
b) Fristsetzung und Fristsetzungssurrogate.....	21
(1) Fristsetzung.....	21

(2) Entbehrlichkeit der Fristsetzung.....	21
c) Rücktritt vor Fälligkeit.....	22
d) Ausschluss des Rücktritts	22
e) Teilleistung.....	22
f) Schicksal des Leistungs- und Gegenleistungsanspruches	22
5. Kündigung	23
II. Der Ersatz von Mehraufwendungen des Schuldners nach § 304 BGB.....	23
III. Weitere Verzugsfolgen.....	24
D. SCHLUSSBEMERKUNG	24

A. Einführung

Die für die Praxis besonders bedeutsame Leistungsverzögerung gehört zu den häufigsten Formen der Leistungsstörung. Ihre wirtschaftliche Bedeutung ist (nicht nur) im Hinblick auf Darlehensverträge erheblich. Nachdem das Verzugsrecht mit den in § 286 BGB (nach bisherigen Recht § 284 BGB a.F.) und § 293 BGB geregelten Verzugs Voraussetzungen in den letzten Jahren zweimal, durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen¹ und das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz², geändert und umstrukturiert worden ist, soll nachfolgend ein Überblick der aktuellen Rechtslage im Bezug auf den Darlehensvertrag nach § 488ff. BGB gegeben werden. Hierbei soll auch die Einbettung des Verzugs (als Unterfall der Leistungsstörung) in die neue Systematik des Leistungsstörungsrechts, die nicht mehr an die einzelnen Störungsformen anknüpft, sondern den Oberbegriff der „Pflichtverletzung“ (§ 280I BGB als zentraler Baustein dieses „Einheitskonzeptes“³) wählt und sich von da aus an die einzelnen Ausformungen auffächert, veranschaulicht werden.

B. Voraussetzungen des Verzugs

I. Voraussetzungen des Schuldnerverzuges

Die im Darlehensvertrag weit überwiegende Verzugsform ist der Schuldnerverzug nach § 286. Er liegt dann vor, wenn der Schuldner einer fälligen Leistung diese aus einem von ihm zu vertretenden Grund trotz Mahnung und Leistungsmöglichkeit rechtswidrig verzögert⁴. Das ist im Folgenden zu erörtern.

1. Nichtleistung der geschuldeten Leistung

Die Grundvoraussetzung des Schuldnerverzuges ist, dass der Schuldner zunächst überhaupt zu einer Leistung verpflichtet ist und dass er dieser Verpflichtung nicht nachkommt. Als schuldnerverzugsfähige Leistungspflichten kommen sämtliche Leistungen, Tun wie Unterlassen i.S.v. § 241I S.1 und S.2 BGB, in Betracht⁵. Für den Darlehensvertrag sind hier auf der einen Seite die Auszah-

¹ Gesetz zur Beschl. fälliger Zahlungen v. 30.03.2000, BGBl. I S. 330.

² Gesetz zur Modern. des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

³ Lang, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, S. 38.

⁴ Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 391.

lungsverpflichtung des Darlehensgebers und auf der anderen Seite die Tilgungs- bzw. (Vertrags-) Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers als wichtigste Pflichten zu nennen, welche im Synallagma (Gegenseitigkeitsverhältnis) stehen. Eine weitere Pflicht des Darlehensnehmers kann aber z.B. auch das vereinbarte Erbringen einer Sicherheitsleistung darstellen. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob (nach der nunmehr herrschenden Konsensualvertragstheorie) auch die Abnahme eines Darlehens durch den Darlehensgeber eine solche Pflicht darstellt. Man wird aber stets davon ausgehen können, wenn diese Pflicht von den Vertragsparteien vereinbart worden ist. Eine zumindest konkludente Vereinbarung ist regelmäßig bei einem verzinslichen Darlehen⁶ oder bei einem Darlehen, dass für den Darlehensgeber Anlagecharakter hat⁷ anzunehmen. Liegt keine dahingehende Abrede vor, kann sich der Darlehensnehmer mit der Nichtabnahme lediglich in Annahmeverzug begeben⁸.

2. Nachholbarkeit der Leistung

Da im Schuldnerverzug der Anspruch auf die primär geschuldete Leistung erhalten bleibt, muss diese im Rechtssinn noch möglich, also nachholbar sein. Wenn Unmöglichkeit vorliegt, scheidet der Schuldnerverzug aus. Tritt Unmöglichkeit während des Schuldnerverzuges ein, so gilt für die Zukunft nur noch Unmöglichkeitsrecht. Lediglich § 290 BGB bestimmt eine zusätzliche Verzinsungspflicht⁹. Unmöglichkeit ist beim Darlehensvertrag nur hinsichtlich einer evtl. zu erbringenden Sicherheitsleistung des Darlehensnehmers vorstellbar. Gegenüber einem Geldanspruch kann sich der Schuldner nicht auf Unmöglichkeit berufen, da er unabhängig von seinem Verschulden für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat¹⁰.

3. Fälliger und vollwirksamer Anspruch

a) Fälligkeit

Ein Anspruch ist fällig, wenn der Schuldner leisten muss, der Gläubiger die Leistung verlangen kann. Vor Fälligkeit braucht der

⁵ *Diederichsen*, JuS 1985, S. 825 (827).

⁶ *Putzo*, Ergänzungsband zu Palandt, § 488 Rn. 23.

⁷ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 1.

⁸ *Mülbert*, WM 2002, S. 465 (472).

⁹ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 393.

¹⁰ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 275 Rn. 3.

Schuldner nicht zu leisten und kann daher auch nicht in Verzug geraten. Sofern nichts anderes vereinbart ist, ist die Leistung gem. § 271I BGB sofort fällig¹¹. Die Erteilung einer Rechnung ist im Regelfall keine Fälligkeitvoraussetzung¹², ausnahmsweise aber dann, wenn der Gläubiger den geschuldeten Geldbetrag erst noch durch eine Rechnung beziffern muss¹³. Wann beim Darlehensvertrag der Auszahlungsanspruch des Darlehensnehmers bzw. dessen Abnahmepflicht fällig wird ergibt sich regelmäßig aus dem geschlossenen Darlehensvertrag. Für die Frage, wann die Rückzahlung fällig wird, ist danach zu differenzieren, ob für die Rückzahlung des Darlehens eine Zeit im Darlehensvertrag bestimmt worden ist, also das Darlehen befristet gewährt wurde, oder ob eine Laufzeitvereinbarung fehlt, also ein „b.a.w.-Darlehen“ bis auf weiteres vereinbart worden ist¹⁴.

(1) Fälligkeit bei fehlender Laufzeitvereinbarung

Ohne Vereinbarung einer Zeit für die Rückerstattung des Darlehens setzt § 488III BGB (§ 609 BGB a.F.) für die Fälligkeit der Rückerstattungsverpflichtung eine Kündigung durch den Darlehensgeber oder Darlehensnehmer voraus. Dabei beträgt, jetzt unabhängig von der Höhe des Darlehens, nach dem Gesetz (§ 488III S.2 BGB) die Frist für diese ordentliche Kündigung drei Monate. Die bisherigen Differenzierungen wurden aufgegeben¹⁵. Zu beachten ist aber, dass auch nach der Schuldrechtsreform diese Kündigungsfrist durch vertragliche Vereinbarung verkürzt werden kann¹⁶ (wie z.B. in Nr. 19II AGB-Banken).

(2) Fälligkeit bei vereinbarter Laufzeit

Ist für die Rückerstattung des Darlehens im Darlehensvertrag eine Zeit bestimmt, so wird gem. §§ 488I S.2, III S.1 BGB das Darlehen zu diesem Zeitpunkt zur Rückzahlung fällig. Insbesondere bei langfristigen, festverzinslichen Darlehen wird der Darlehensgeber eine vorzeitige Rückzahlung ausschließen wollen. Er kann dies weiterhin nach der unveränderten dispositiven Regelung des § 271II BGB mit

¹¹ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 394

¹² *Senne*, JA 2002, S. 424 (427).

¹³ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 394.

¹⁴ *Wittig/Wittig*, WM 2002, S. 145 (147).

¹⁵ *Wittig/Wittig*, a.a.O..

¹⁶ *Wittig/Wittig*, a.a.O..

dem Darlehensnehmer vertraglich vereinbaren. Einem solchen Ausschluss der vorzeitigen Rückzahlung kann aber nach der neuen Rechtslage ein unabdingbares ordentliches Kündigungsrecht des Darlehensnehmers aufgrund § 489 BGB (im wesentlichen § 609a BGB a.F.) entgegenstehen¹⁷. Danach ist bei einem Darlehen mit veränderlichem Zinssatz der Darlehensnehmer weiterhin berechtigt den Darlehensvertrag jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zu kündigen. Ist ein fester Zinssatz vereinbart, kann der Darlehensnehmer zum Ende der Zinsbindungsfrist unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat (§ 489I Nr.1 BGB), bei nicht grundpfandrechtlich gesicherten Verbraucherdarlehen nach Ablauf von sechs Monaten nach dem vollständigen Empfang des Darlehens unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten (§ 489I Nr.2 BGB) oder jedenfalls nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang des Darlehens unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten (§ 489I Nr.3 BGB) ganz oder teilweise kündigen. Die für Darlehen an die öffentliche Hand vorgesehene Ausnahme zur Unabdingbarkeit dieses ordentlichen Kündigungsrechts wurde auf Darlehen an die Europäischen Gemeinschaften oder ausländische Gebietskörperschaften erstreckt¹⁸.

b) Vollwirksamkeit

Kann der Schuldner seine Leistung berechtigterweise verweigern, so kommt er nicht in Verzug. Dies ist z.B. bei einer unvollkommenen Verbindlichkeit, wie bei einem schwebend unwirksamen Vertrag, oder durch eine Einrede gegeben. Einreden gehören als Leistungsverweigerungsrechte ihrer Natur nach zu den Gestaltungsrechten; sie lassen das Recht selbst in seinem Bestand unberührt, hindern aber die Durchsetzbarkeit des Rechts¹⁹. Zu nennen sind hier z.B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach § 320 BGB sowie das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, aber auch die Einrede der Verjährung gem. § 214 BGB. Gestaltungsrechte entfalten ihre Wirksamkeit aber erst mit der Geltendmachung. Entsprechend muss sich der Einredoberechtigte im Prozess auf die Einrede berufen. Konsequenter wäre es daher, wenn auch die den Verzug

¹⁷ Freitag, WM 2001, S. 2370 (2372).

¹⁸ Wittig/Wittig, WM 2002, S. 145 (148).

¹⁹ Senne, JA 2002, S. 424 (427).

ausschließende Wirkung nicht eintritt, bevor sich der Schuldner auf das Bestehen der Einrede berufen hat; was von einem Teil der Literatur gefordert wird²⁰. Hat der Schuldner das einmal getan, kann er für die Zukunft nicht mehr im Schuldnerverzug sein. Ob aber die Erhebung der Einrede den Verzug auch für die Vergangenheit bereinigt, ist dann anhand der Gestaltung der einzelnen Einredenormen zu entscheiden²¹. Nach weit überwiegender Ansicht soll hingegen schon das Bestehen einer dauernden oder aufschiebenden Einrede den Verzug ausschließen, also als fälligkeits- oder verzugshindernd angesehen werden, und zwar auch dann, wenn der Schuldner die Einrede (zunächst) nicht erhebt²². Auch wenn das den Gläubiger zu benachteiligen scheint, ist diese Ansicht doch überzeugender, da diesem regelmäßig das Bestehen der Einrede bekannt sein wird.

4. Mahnung und Mahnungssurrogate

Allein die Fälligkeit eines vollwirksamen Leistungsanspruchs genügt nicht, um Verzug zu begründen. Da die Verzugsfolgen den Schuldner schwer treffen können, soll er zuvor noch besonders gewarnt werden²³. Es muss somit zusätzlich regelmäßig nach Eintritt der Fälligkeit eine Mahnung erfolgen (§ 286I BGB).

a) Mahnung

Rechtlich stellt die Mahnung eine einseitige empfangsbedürftige und nicht formgebundene Erklärung dar, durch die der Gläubiger den Schuldner bestimmt und eindeutig zur Leistung auffordert²⁴. Die Mahnung muss nach Fälligkeit erfolgen, vorher ausgesprochen ist sie wirkungslos²⁵. Die Obliegenheit zur Mahnung kann nicht durch AGB abbedungen werden²⁶. Sie kann aber mit der die Fälligkeit begründenden Handlung bzw. Erklärung verbunden werden²⁷, wie das bei einer Rückzahlung des Darlehens auf Abruf der Fall ist. Die in der Mahnung erklärte Aufforderung muss hinreichend bestimmt und eindeutig²⁸, aber nicht mit einer Fristsetzung verbunden

²⁰ *Diederichsen*, JuS 1985, S. 825 (829).

²¹ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 395.

²² *Brox*, Allgemeines Schuldrecht, Rn. 273.

²³ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 399.

²⁴ *Senne*, JA 2002, S. 424 (427).

²⁵ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn. 16.

²⁶ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 16.

²⁷ *Krause*, Jura 2002, S. 217 (218).

²⁸ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn. 17ff..

sein. Auch ist eine Androhung bestimmter Folgen nicht erforderlich. Ist der mit der Mahnung geltend gemachte Verzugszinsbetrag weit überhöht und tritt dadurch der zu Recht angemahnte Teil so in den Hintergrund, dass dem Schuldner kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er sich nicht als wirksam angemahnt ansieht, so ist die Mahnung nicht wirksam; dies gilt auch dann, wenn der Schuldner die wirklich geschuldeten Verzugszinsen nicht allein ausrechnen kann, da sie von ihm unbekannt internen Daten des Darlehensgebers abhängen²⁹. Verlangt der Gläubiger dagegen mit der Mahnung einen zu geringen Betrag, so wird nur hinsichtlich des angemahnten Betrags Verzug begründet³⁰. Unverändert sind der Mahnung nach § 286I S.2 BGB (§ 284I S.2 BGB a.F.) die Erhebung einer Leistungsklage (§ 253I ZPO) bzw. die Zustellung eines Mahnbescheides (§§ 688ff. ZPO) gleichgestellt.

b) Entbehrlichkeit der Mahnung

§ 286II BGB enthält eine Reihe von Fallgruppen, in denen die Mahnung entbehrlich ist. Diese Regelung knüpft an die Grundsätze an, die bisher in § 284II BGB a.F. niedergelegt waren oder sich aus ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen ergaben, sie führt aber auch eine wichtige Neuerung ein³¹. Liegt eine Mahnung vor, kommt es auf die Formen, wie sie ersetzt werden kann, nicht an.

(1) Nach dem Kalender bestimmte Leistungszeit

Ausnahmsweise ist eine Mahnung gem. § 286II Nr.1 BGB (§ 284II BGB a.F.) entbehrlich, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist. Es bedarf hierfür einer vertraglichen Festlegung z.B. im Darlehensvertrag, während eine einseitige Bestimmung durch den Gläubiger nicht ausreicht³². Der Verzug beginnt an dem Tag nach dem Zahlungstermin (§ 187 BGB). Entsprechendes gilt auch für den Fall, dass der Darlehensgeber das Darlehen unter Einhaltung einer angemessenen Frist kündigt; der Schuldner gerät so dann nach Ablauf der mit der Kündigung gesetzten Frist in Verzug, wenn die verlangte Zahlung nicht geleistet wird³³.

²⁹ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 16.

³⁰ *Bruchner*, a.a.O..

³¹ *Motsch*, NJ 2002, S. 1 (3).

³² *Krause*, Jura 2002, S. 217 (218).

³³ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 17.

(2) Berechenbarkeit der Leistungszeit

Nach § 286II Nr.2 BGB soll eine Mahnung auch dann entbehrlich sein, wenn die Leistungszeit kalendermäßig bestimmbar ist, beispielsweise aufgrund des Eintritts einer bestimmten Bedingung. Nach bisherigem Recht war diese Fallgruppe auf die Kündigung beschränkt (§ 284II S.2 BGB a.F.) und eine Ausweitung auf andere Ereignisse hat man bislang strikt abgelehnt³⁴. Das gegenwärtige Recht verändert diese Situation, indem es allgemein von einem Ereignis spricht und damit auch andere Umstände, die weder aus der Sphäre des Schuldners noch des Gläubigers stammen müssen, wie etwa die Darlehensauszahlung oder die Rechnungserteilung als Ausgangspunkt einer kalendermäßigen Bestimmung der Leistungszeit, ausreichen lässt³⁵. Auch wenn die Bestimmung der Leistungszeit, die auf das Ereignis folgt, nicht durch einseitige Anordnung erfolgen kann, sondern der vertraglichen Vereinbarung bedarf, läuft das Gesetz damit auf eine massive Verschlechterung der Rechtsstellung von Verbrauchern hinaus³⁶. Diese vorgenommene Erweiterung auf sämtliche Ereignisse, von denen nicht einmal vorausgesetzt wird, dass sie dem Schuldner zur Kenntnis gelangen, durfte bislang noch nicht einmal in AGB vereinbart werden, während sie nunmehr das gesetzliche Leitbild darstellt. Allerdings muss eine angemessene Zeit zwischen Ereignis und Fälligkeitseintritt vereinbart sein. Abhängig vom Einzelfall ist die Zeit dann angemessen, wenn sie wenigstens so lang ist, dass es dem Schuldner möglich ist, bei sofortigen Tätigwerden seine Leistung innerhalb der vereinbarten Frist zu erbringen³⁷. Beim Darlehensvertrag ist hierfür z.B. die an die Auszahlung des Darlehens gebundene Fälligkeitstellung der Vertragszinsen denkbar.

(3) Ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung

Eine Mahnung ist weiter dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Erfüllung der Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (§ 286II Nr.3 BGB). Hierbei handelt es sich um eine seit langem anerkannte und nunmehr im Gesetz verankerte Regel, die sich letztlich aus den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergibt. Durch

³⁴ Vgl. BGHZ 96, S. 313 (315).

³⁵ Lang, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, S. 43.

³⁶ Krause, Jura 2002, S. 217 (218).

³⁷ Senne, JA 2002, S. 424 (427).

eine derartige Erfüllungsverweigerung gibt der Schuldner dem Gläubiger nämlich derart zu verstehen, dass eine weitere Mahnung sinnlos ist³⁸. Würde sich der Schuldner auf das Fehlen einer Mahnung berufen, so wäre dies widersprüchlich³⁹.

(4) Besondere Gründe

Die Mahnung ist schließlich nach § 286II Nr.4 BGB dann verzichtbar, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. Auch diese Konstellationen wurden bisher über § 242 BGB gelöst. Zu denken ist hier an beispielsweise ein die Mahnung verhandelndes Verhalten des Schuldners (Selbstmahnung), etwa bei koordiniertem regelmäßigem Umzug oder durch Anzeige der bereits erbrachten Leistung. Ferner kommen Vertragspflichten in Betracht, deren besondere Dringlichkeit sich aus dem Vertragsinhalt ergibt⁴⁰; eine solche besonders dringliche Vertragspflicht ist für den Darlehensvertrag schwer vorstellbar.

c) Sonderregelung für Entgeltforderungen

Auch für Entgeltforderungen tritt der Verzug unter den Voraussetzungen des § 286I, II BGB ein. Ergänzend gilt die besondere Regelung des § 286III BGB. Diese Vorschrift löst unter Vornahme entscheidender Veränderungen den bisherigen „missglückten“ § 284III BGB a.F. ab⁴¹. Kraft Gesetzes kommt danach der Schuldner unabhängig von einer Mahnung spätestens nach Ablauf von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung in Verzug. Gegenüber Verbrauchern (§ 13 BGB) gilt dies jedoch nur, wenn der Unternehmer bzw. Darlehensgeber in der Rechnung oder Zahlungsaufstellung auf diese Rechtsfolge hingewiesen hat (§ 286III S.1 BGB). Während § 284III BGB a.F. auf sämtliche Geldforderungen anwendbar war, ist der Begriff der Entgeltforderung enger⁴². Der Rechtsausschuss des Bundestages, auf den diese Formulierung zurückgeht verweist auf die EG-Richtlinie 2000/35 und damit auf deren Art. 1 und 2 Nr.1⁴³. Danach werden von diesem Begriff nur Leistungen umfasst, die eine Ge-

³⁸ Krause, Jura 2002, S. 217 (219).

³⁹ Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 402.

⁴⁰ Lang, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, S. 44.

⁴¹ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn. 26.

⁴² Krause, Jura 2002, S. 217 (219).

genleistung für eine vom Gläubiger erbrachte Leistung darstellen⁴⁴. Beim Darlehen stellen nur die vom Darlehensnehmer an den Darlehensgeber zu entrichtenden Vertragszinsen eine solche Gegenleistung dar. Die Auszahlung, Rückzahlung, Tilgung bzw. Schadensersatzforderungen fallen demnach nicht unter diesen Begriff. Insofern können sich Probleme bei Ratendarlehen ergeben, bei denen der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber das Darlehen in Raten zurückzahlt; jede Rate enthält dabei einen Tilgungs- und Zinsanteil, wobei der Zinsanteil fortlaufend geringer und der Tilgungsanteil höher wird. Nach § 286III BGB kann der Darlehensnehmer mit dem Zinsanteil der Rate in Verzug sein, bevor die Verzugs Voraussetzungen für den Tilgungsanteil gegeben sind; was zu erheblicher Unübersichtlichkeit führen kann. Eine Rechnung ist die schriftliche, gegliederte Aufstellung der Entgeltforderung z.B. für die Darlehensgewährung oder sonstige Leistung⁴⁵. Für den alternativ zum Rechnungszugang als fristauslösendes Ereignis genannten Zugang einer gleichwertigen Zahlungsaufstellung (insoweit Abweichung von der bisherigen Formulierung des § 284III BGB a.F, der eine gleichwertigen Zahlungsaufforderung voraussetzte) sind geringere Anforderungen als an die Mahnung zu stellen⁴⁶, so dass diese auch schon vor der Fälligkeit der Forderung wirksam zugehen kann. Tatsächlich bleibt für diese Tatbestandsalternative sonst kein Anwendungsbereich. Der Schuldner kann den Verzugseintritt nur dann verhindern, wenn innerhalb von 30 Tagen der Leistungserfolg eintritt, also die Zahlung beim Gläubiger eintrifft. § 286III BGB unterscheidet sich damit von den Fällen der Absätze I und II, in denen es im Allgemeinen genügt, dass der Schuldner rechtzeitig die Leistungshandlung vornimmt, wobei man auch bei Geldschulden ein ordnungsgemäßes Ingangsetzen des Zahlungsvorgangs ausreichen lässt⁴⁷. Kommt es zu Unklarheiten, ob bzw. wann eine Rechnung bzw. Zahlungsaufstellung zugegangen ist, und ist der Schuldner nicht Verbraucher (§ 13 BGB), so tritt gemäß § 286III S.2 BGB spätestens 30 Tage nach der Fälligkeit und Empfang der Gegenleistung Verzug ein. Der bisherige § 284III BGB a.F. hatte durch seine missglückte Formulierung, die eher zur Verlangsamung als

⁴³ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn.27.

⁴⁴ *Senne*, JA 2002, S. 424 (428).

⁴⁵ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn. 29.

⁴⁶ *Krause*, Jura 2002, S. 217 (221).

⁴⁷ *Krause*, a.a.O..

zur Beschleunigung führte, im Darlehensrecht geringe Bedeutung. Aber auch dem § 286III BGB ist trotz seiner gelungeneren Formulierung wegen dem engeren Begriff der Entgeltforderung kein großer Anwendungsbereich im Darlehensrecht eröffnet.

5. Vertretenmüssen

§ 286IV BGB übernimmt wortgleich die bisherige Regelung des § 285 BGB a.F., dass der Schuldner nicht in Verzug gerät, solange er nicht die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat. Diese negative Fassung regelt die Behauptungs- und Beweislast. Da das Leistungshindernis regelmäßig in der Sphäre des Schuldners liegt, soll dieser die Gründe für das Fehlen seiner Verantwortung zu behaupten und zu beweisen haben⁴⁸. Der Schuldner hat unverändert nach § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn nichts anderes bestimmt ist. Die neue Fassung des § 276I S.1 BGB hebt jedoch deutlich hervor, dass eine mildere und strengere Haftung bestimmt werden kann bzw. aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist⁴⁹. Für die für den Darlehensvertrag maßgebenden Geldschulden gilt das Prinzip unbeschränkter Vermögenshaftung, so dass der Schuldner einer Geldschuld, welche er wegen finanzieller Leistungsunfähigkeit nicht erfüllen kann, die Nichterfüllung unabhängig von einem Verschulden zu vertreten hat⁵⁰. Die Haftungsveranschärfung ergibt sich insoweit aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses.

II. Voraussetzungen des Gläubigerverzuges

Vom Schuldnerverzug ist der Gläubigerverzug (Annahmeverzug) nach § 293 zu unterscheiden. Dieser ist dann gegeben, wenn die Erfüllung des Darlehensvertrages dadurch verzögert wird, dass der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung, insbesondere die Abnahme des Darlehens unterlässt⁵¹.

⁴⁸ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 403.

⁴⁹ *Otto*, Jura 2002, S. 1 (7).

⁵⁰ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 276 Rn. 28.

⁵¹ *Heinrichs*, Palandt, § 293 Rn. 1.

1. Leistungsberechtigung des Schuldners

Gläubigerverzug kommt erst in Betracht, wenn der Schuldner erfüllen darf, also Erfüllbarkeit eingetreten ist. Diese liegt nach § 271 III BGB im Zweifel sofort vor⁵². Die Sonderregelung des § 299 BGB ist dabei zu beachten. Beim Darlehen wird sich der Auszahlungstermin regelmäßig aus dem geschlossenen Vertrag ergeben.

2. Ordnungsgemäßes Angebot

Der Schuldner muss die Leistung dem Gläubiger so wie geschuldet anbieten (§§ 294-296 BGB). Das bedeutet, dass die Leistung vollständig sein, am rechten Ort angeboten werden und den Anforderungen von Treu und Glauben entsprechen muss⁵³.

a) Tatsächliches Angebot

Als Regel verlangt § 294 BGB das tatsächliche Angebot. Es muss so vorgenommen werden, dass der Gläubiger nichts weiter zu tun braucht, als zuzugreifen bzw. ja zu sagen⁵⁴. Es genügt etwa nicht, dass der Darlehensgeber das Geld nur bei sich trägt, ohne seine Auszahlungsbereitschaft kundzutun⁵⁵.

b) Wörtliches Angebot

Statt eines tatsächlichen Angebotes ist in zwei Ausnahmefällen gem. § 295 BGB ein wörtliches Angebot ausreichend. Erstens wenn der Gläubiger erklärt er werde die Leistung, z.B. die Auszahlung des Darlehens oder eine Tilgungszahlung, nicht annehmen. Hier wäre es eine unnötige Belastung des Schuldners, wenn er die Leistung noch tatsächlich anbieten sollte. Gleich steht der Fall, dass der Gläubiger zwar bereit ist die Leistung anzunehmen, aber die Gegenleistung verweigert⁵⁶. Ein wörtliches Angebot ist nicht erforderlich, wenn bekannt ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung beharrt⁵⁷. Und zweitens nennt § 295 BGB die Fälle, in denen es der Mitwirkungshandlung des Gläubigers bedarf. Nach § 295 S.2 BGB steht hier dem wörtlichen Leistungsangebot die Anforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Mitwirkungshandlung vorzunehmen, z.B. also die Kontonummer anzugeben.

⁵² Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 428.

⁵³ Kreuzer/Stehle, JA 1984, S. 69 (71).

⁵⁴ Heinrichs, Palandt, § 294 Rn. 2.

⁵⁵ Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 430.

⁵⁶ Kreuzer/Stehle, JA 1984, S. 69 (72).

⁵⁷ Heinrichs, Palandt, § 295 Rn. 4.

c) Überflüssiges Angebot

Nach § 296 BGB ist ein Angebot unnötig, wenn für die Mitwirkungshandlung des Gläubigers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder sich von einem Ereignis ab nach dem Kalender berechnen lässt. Bisher galt dies nur für eine Kündigung des Gläubigers. § 296 BGB übernimmt damit für den Gläubigerverzug die entsprechende Änderung des Schuldnerverzuges⁵⁸. Für den Darlehensvertrag kann diese z.B. eine endgültige Zahlungsaufstellung des Darlehensgebers darstellen.

3. Leistungsvermögen des Schuldners

Der Gläubigerverzug tritt nur ein, wenn der Schuldner zur Leistung imstande ist (Umkehrschluss aus § 297 BGB). Ist die Leistung dauernd unmöglich, gelten die Vorschriften des Unmöglichkeitrechts, und zwar auch dann, wenn die Ursache der Unmöglichkeit aus der Sphäre des Gläubigers stammt⁵⁹.

4. Nichtabnahme der Leistung

Endlich setzt der Gläubigerverzug voraus, dass der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt oder die nötige Mitwirkungshandlung unterlässt. Er kommt abgesehen von dem Fall des § 299 BGB auch dann in Verzug, wenn er die Nichtannahme oder Nichtmitwirkung nicht zu vertreten hat; der Annahmeverzug setzt gerade kein Verschulden des Gläubigers voraus⁶⁰.

III. Beginn und Beendigung des Verzuges

Der Schuldnerverzug beginnt mit dem Zugang der Mahnung und bei kalendermäßiger festgelegter oder berechenbarer Leistungszeit mit dem Ablauf des Tages, an dem die Leistung (spätestens) zu erbringen war⁶¹. Entsprechendes gilt für den Ablauf der Dreißigtagesfrist des § 286III BGB. Mit der Nichtabnahme der Leistung entsteht der Gläubigerverzug. Beide Verzugsformen enden für die Zukunft, wenn eine ihrer Voraussetzungen entfällt. Also wenn der Schuldner seine Leistung erbringt bzw. der Gläubiger die Leistung annimmt oder die ihm obliegende Mitwirkungshandlung vornimmt. Der Verzug endet auch mit Unmöglichwerden der Leistung, was

⁵⁸ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 296.

⁵⁹ *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 433.

⁶⁰ *Thode*, Münchner Kommentar zum BGB, § 293 Rn. 10.

aber für den Darlehensvertrag eine untergeordnete Rolle spielt. Der Schuldnerverzug kann auch dadurch enden, dass der Gläubiger die Mahnung zurücknimmt oder sich mit der verspäteten Leistung einverstanden erklärt⁶².

C. Rechtsfolgen des Verzugs

I. Die Handlungsmöglichkeiten des Gläubigers

Leistet der Schuldner zu spät, bleibt (wie nach bisherigem Recht) der Erfüllungsanspruch des Gläubigers zunächst bestehen. Denn schließlich kann dieser auch weiterhin an der Leistung und nur am Ersatz des ihm durch die Verzögerung entstandenen Schadens (sog. Verzögerungsschaden, §§ 280I und II, 286 BGB) interessiert sein⁶³. Will der Gläubiger nicht endlos auf seine Leistung warten, kann er unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB geltend machen bzw. nach § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten. Der Primäranspruch erlischt dann mit dem Geltendmachen dieser Möglichkeiten, da hiermit gleichzeitig die Aussage des Gläubigers verbunden ist, er wolle vom Vertrag Abstand nehmen⁶⁴.

1. Verzögerungsschaden nach §§ 280I, II, 286 BGB

§ 280I BGB ist Grund- und Auffangnorm in einem, sie ist Ausgangspunkt für sämtliche Schadensersatzformen und deckt alle Schäden ab, die weder durch verspätete oder entfallene Leistungserbringung entstehen⁶⁵; sie bestimmt allgemein den Schadensersatzanspruch im Falle einer Pflichtverletzung des Schuldners. Besteht diese in einer Verzögerung der Leistung, so soll der Gläubiger nicht bei jeder noch so geringen Verspätung Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen können, sondern nur dann wenn die oben erörterten besonderen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs vorliegen (§§ 280II, 286 BGB). Will der Gläubiger Ersatz seines Verzögerungsschadens, aber dennoch die (verspätete) Leistung erhalten, so sind die §§ 280I und II, 286 BGB zu prüfen⁶⁶.

⁶¹ *Heinrichs*, Ergänzungsband zu Palandt, § 286 Rn. 32.

⁶² *Diederichsen*, JuS 1985, S. 825 (834).

⁶³ *Mattheus*, JuS 2002, S. 209 (216).

⁶⁴ *Mattheus*, a.a.O..

⁶⁵ *Münch*, Jura 2002, S. 361 (370).

⁶⁶ *Senne*, JA 2002, S. 424 (427).

(Schadensersatz neben der Leistung), die an die Stelle des § 286I BGB a.F. treten.

a) Die zusätzlichen Voraussetzungen

(1) Bestehendes Schuldverhältnis

Voraussetzung für die Anwendung des Allgemeinen Leistungsstörungsrechts ist das Bestehen eines Schuldverhältnisses, da dieses die Verantwortlichkeit infolge einer Sonderbeziehung regelt⁶⁷. Dieses ist hier durch den Darlehensvertrag nach § 488ff. BGB als schuldrechtlichen Vertrag gegeben⁶⁸.

(2) Pflichtverletzung (objektiv)

Die Pflichtverletzung i.S.v. § 280I S.1 BGB ergibt sich aus der Differenz zwischen dem rechtlich Geschuldeten bzw. vertraglich Vereinbarten und dem wirklich Erbrachten⁶⁹. Eine Pflichtverletzung ist also jegliches (positive wie negative) Verhalten, welches den Pflichten aus dem Schuldverhältnis widerläuft bzw. widerspricht. Dabei ist das rein objektive Abweichen des Erbrachten (Istzustand) vom zu Erbringenden (Sollzustand) maßgeblich, so wie man es von der Sachmängelprüfung nach dem subjektiven Fehlerbegriff im Kaufrecht gewöhnt ist; auf die Ursache kommt es nicht an, da dieses Verletzungsfaktum noch keinerlei Verschuldensvorwurf impliziert⁷⁰. Eine solche Pflichtverletzung liegt nach der Vorstellung des Gesetzgebers bereits darin, dass der Schuldner in zeitlicher Hinsicht hinter seinen Pflichten aus dem Schuldverhältnis zurückbleibt; der objektive Erfolg in Gestalt der rechtzeitigen Erfüllung also ausbleibt⁷¹.

(3) Vertretenmüssen (subjektiv)

Gem. § 280I S.2 BGB hat der Schuldner für seine Pflichtverletzung nur einzustehen, wenn er diese zu vertreten hat. Eine Verantwortlichkeit nach § 276 BGB ist folglich neben dem objektiven Pflichtverstoß ergänzendes subjektives Erfordernis eines Schadensersatzanspruches⁷². Das Vertretenmüssen nach §§ 280I S.2, 286IV

⁶⁷ *Münch*, Jura 2002, S. 361 (363).

⁶⁸ *Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, § 76 Rn. 1.

⁶⁹ *Otto*, Jura 2002, S. 1 (3).

⁷⁰ *Senne*, JA 2002, S. 424 (425).

⁷¹ *Krause*, Jura 2002, S. 217 (218).

⁷² *Münch*, Jura 2002, S. 361 (367).

BGB stellt insoweit also nicht lediglich eine Beweislastregel, sondern vielmehr einen materiellen Ausschlussgrund dar⁷³. Durch das schon oben erwähnte Prinzip unbeschränkter Vermögenshaftung bei Geldschulden hat der Schuldner aber unabhängig von einem Verschulden die Leistungsstörung zu vertreten.

(4) Kausaler Schaden

Letzte Voraussetzung für das Bestehen eines Schadensersatzanspruches ist ein Schaden beim Gläubiger. Zwischen der Pflichtverletzung und dem entstandenen Schaden muss ein haftungsausfüllender, adäquater Kausalzusammenhang bestehen⁷⁴.

b) Schadensberechnung

Der Schadensersatzanspruch nach §§ 280I, II, 286 BGB richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249ff. BGB; der Gläubiger ist so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Leistung des Schuldners stehen würde. Sollte der Darlehensgeber mit seiner Leistung in Verzug geraten, kann der Schaden des Darlehensnehmers meist relativ einfach bestimmt werden. Im umgekehrten Fall gehört die Berechnung des Verzugsschadens des Darlehensgebers seit jeher zu den umstrittensten und von den Kreditsachbearbeitern gefürchtetsten Fragen des Kreditrechts⁷⁵. Nach einer nahezu ausufernden Diskussion, die hier nicht noch einmal aufgerollt werden soll, erging am 28.04.1988 eine Grundsatzentscheidung des BGH⁷⁶. Danach darf die Bank als Darlehensgeber wie andere Kaufleute auch ihren Schaden abstrakt, also nach dem regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr berechnen⁷⁷. Damit ist ersichtlich kein abstrakter Schaden in dem Sinne gemeint, dass dieser unabhängig vom Vorliegen eines Schadens überhaupt zu ersetzen ist, sondern allein die Beweiserleichterung des § 252 S.2 BGB. Diese stellt die Geschädigte gerade von dem Beweis frei, welches konkrete gewinnbringende Geschäft sie mit der geschuldeten Leistung vorgenommen hätte⁷⁸. Dabei ist davon auszugehen, dass die Bank den ihr vorenthaltenen Geldbetrag im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes durch Abschluss

⁷³ *Otto*, Jura 2002, S. 1 (6).

⁷⁴ *Münch*, Jura 2002, S. 361 (368).

⁷⁵ *Köndgen*, NJW 2000, S. 468 (476).

⁷⁶ BGHZ 104, S. 337 = NJW 1988, S. 1967 = WM 1988, 1292 = JuS 1988, S. 904.

⁷⁷ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 19.

⁷⁸ *Rieble*, ZIP 1988, S. 1027 (1028).

neuer Kreditverträge zu den im fraglichen Zeitraum üblichen Zinssätzen gewinnbringend genutzt hätte. Der säumige Schuldner muss die Sollzinsen als Verzugsschaden ersetzen, die der Bank infolge des Verzuges entgangen sind⁷⁹. Betreibt die Bank verschiedenartige Kreditgeschäfte mit unterschiedlichen Sollzinssätzen, so ist sein Schaden nach dem Durchschnittzinssatz zu berechnen, der sich nach ihrer speziellen Geschäftsstruktur, nach dem Anteil der verschiedenen Kreditarten an ihrem gesamten Aktivkreditvolumen richtet. Der BGH knüpft bei der abstrakten Schadensberechnung an den auf diese Weise ermittelten Durchschnittsgewinn an, der in Form eines darlehensgeberspezifischen Durchschnittzinssatzes auf Basis marktüblicher Bruttosollzinsen darzustellen ist⁸⁰. Nach Ansicht des BGH muss die Bank, wenn sie Kreditgeschäfte mit üblicherweise unterschiedlichen Sollzinsen betreibt, lediglich darlegen, welchen Anteil die einzelnen Kreditarten am Gesamtvolumen ihres Aktivgeschäfts haben. Der Durchschnittzinssatz der marktüblichen Sollzinsen könne dann aufgrund der Zinsstatistik der deutschen Bundesbank errechnet werden⁸¹. Will die Bank ihre Karten nicht aufdecken, muss sie sich mit dem marktüblichen Zinsertrag der Anlageart bescheiden. Probleme wirft dabei aber die Bestimmung des maßgeblichen Marktzinses auf⁸². Die Bank als Darlehensgeber ist in diesem Zusammenhang nicht nach § 254II BGB analog verpflichtet, von den sich ihr bietenden Refinanzierungsmöglichkeiten gebrauch zu machen, also z.B. ein Deckungsgeschäft abzuschließen. Insofern scheidet also eine Beschränkung des Schadenersatzanspruches auf die Refinanzierungskosten aus; denn überobligationsmäßige Anstrengungen der Geschädigten zur Schadensabwehr sollen den Schuldner nicht entlasten und bleiben demzufolge bei der Schadensberechnung außer Betracht⁸³. Der so gewonnene Schadensbetrag ist auch nicht um ersparte Aufwendungen des Darlehensgebers zu mindern; der BGH verneint jedoch die Ersatzfähigkeit von Mahnkosten⁸⁴. Anderen Darlehensgebern ist eine abstrakte Schadensberechnung verwehrt; sie müssen den ihnen ent-

⁷⁹ BGH, NJW 1988, S. 1967 (1969).

⁸⁰ *Bruchner*, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 19.

⁸¹ BGH, NJW 1988, S. 1967 (1970).

⁸² *Rieble*, ZIP 1988, S. 1027 (1028).

⁸³ BGHZ, NJW 1988, S. 1967 (1970).

⁸⁴ BGHZ, WM 1988, S. 1292 (1295).

standenen Schaden konkret darlegen und beweisen (diese Möglichkeit ist auch der Bank gegeben).

c) Verzögerungsschaden und AGB

Der Darlehensgeber darf sich die unveränderte Fortzahlung des Vertragszinses im Falle des Verzuges nicht durch ABG ausbedingen⁸⁵. Eine schadenspauschalierende Formulklausel, die ohne Rücksicht auf den Marktzins und seine Wandlungen einen Verzugszins der gesamten noch offenen Darlehensschuld mit einem gegenüber dem Vertragszins erhöhten Verzugszins für die Dauer des Verzuges vorsieht, ist mit §§ 307I, 309 Nr.5a BGB (§§ 9I, 11 Nr.5a ABGB a.F.) nicht vereinbar⁸⁶. Dies gilt erst recht, wenn schon Verzug mit Teilen der Zins- oder Tilgungsleistung eine erhöhte Verzinsung der gesamten Darlehensrestschuld auslösen soll⁸⁷.

2. Mindestschaden des § 288I BGB

Eine besondere, für Darlehensverträge bedeutsame Ausgestaltung haben die Regelungen über den Verzugszins erfahren⁸⁸. Bei Geldschulden können wie bisher als (abstrakt bemessenen) Mindestschaden Verzugszinsen verlangt werden, egal ob dem Gläubiger tatsächlich ein Schaden entstanden ist oder nicht⁸⁹. Ob dieser Mindestschaden bei der Geltendmachung eines zusätzlichen Verzögerungsschadens anzurechnen ist, ist noch nicht abschließend geklärt⁹⁰.

a) Die gesetzlichen Verzugszinsen

Grundsätzlich beträgt der Verzugszins gem. § 288I S.2 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Der Basiszinssatz beläuft sich nach § 247I S.1 BGB seit dem 01.07.2002 auf 2,47%. Er liegt genau einen Prozentpunkt unter dem Hauptrefinanzierungssatz der Europäischen Zentralbank⁹¹, verändert sich (zweimal jährlich jeweils am 01. Januar und 01. Juli) nach einem komplizierten Verfahren, dessen Einzelheiten hier nicht darzustellen sind und wird anschließend durch die Deutsche Bundesbank im Bundesanzeiger

⁸⁵ BGHZ, NJW 1988, S. 1967 (1968).

⁸⁶ Bruchner, Bankrechts-Handbuch, § 80 Rn. 22.

⁸⁷ Bruchner, a.a.O..

⁸⁸ Lang, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, S. 44.

⁸⁹ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 288 Rn. 4.

⁹⁰ Lang, Schuldrechtsmodernisierung in der Bankpraxis, S. 46.

⁹¹ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 288 Rn. 10.

bekannt gemacht⁹². Der Verzugszins liegt somit momentan bei 7,47%. Für Verbraucherdarlehen ist eine wesentliche Neuregelung für die Verzugszinssätze in § 497I BGB getroffen worden. Durch Verweis gilt auch dann der grundsätzliche Verzugszinssatz nach § 288I BGB. Eine Ausnahme dazu wird aber bei Verzug des Darlehensnehmers mit Zahlungen im Rahmen eines Immobiliendarlehensvertrages gemacht; bei diesen Verträgen beträgt der Verzugszinssatz für das Jahr lediglich zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Handelt es sich bei dem Geldschuldner nicht um einen Verbraucher, ist der Zinssatz für Entgeltforderungen gem. § 288II BGB noch drei Prozentpunkte höher (Basiszinssatz plus acht Prozent) als der grundsätzliche Verzugszinssatz und beläuft sich somit auf derzeit 10,47%. Zu beachten ist, dass der bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft geltende § 352 HGB ausdrücklich nicht für Verzugszinsen gilt, insoweit also keine weitere Ausnahme zu machen ist. Dem Schuldner ist der Nachweis eines geringeren Schadens bewusst verwehrt worden (außer bei Verbraucherdarlehen nach § 497 BGB), während dem Gläubiger die Geltendmachung eines weiteren Schadens nach wie vor offen steht (§ 288IV BGB)⁹³. Dagegen ist es dem Darlehensgeber selbst bei gewerblichen Darlehen nicht möglich, nach § 288II BGB den Verzugszinssatz pauschal durch Basiszinssatz plus acht Prozentpunkte zu berechnen; auch kann der Anwendungsbereich des § 288II BGB im Gegensatz zu § 286III BGB ausdrücklich nicht auf Verbraucher erweitert werden. § 288II BGB ist auf Entgeltforderungen beschränkt, so dass diese Berechnung für ausstehende Tilgungen (bzw. andere Leistungen) im Darlehensgeschäft ausscheidet, weil die Rückzahlung der Hauptsumme kein Entgelt für die Gewährung des Darlehens ist⁹⁴. § 288II BGB wäre im Darlehensrecht demnach ausschließlich auf die Darlehenszinsen anwendbar. Hier ergibt sich aber ein weiteres Problem; denn § 288I, II BGB sind wegen des Zinseszinsverbotes aus § 289 BGB nicht auf Zinsen anwendbar⁹⁵. Damit kann § 288II BGB im Darlehensrecht keine (direkte) Anwendung finden.

⁹² Wittig/Wittig, WM 2002, S. 145 (153).

⁹³ Krause, Jura 2002, S. 299 (302).

⁹⁴ Wittig/Wittig, WM 2002, S. 145 (154).

⁹⁵ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 288 Rn. 8.

b) Höhere Zinsen aus anderem Rechtsgrund

Nach § 288III BGB (§ 288I S.2 BGB a.F.) kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen. Damit wird kein Rechtsgrund geschaffen, sondern vorausgesetzt⁹⁶. Haben die Parteien im Vertrag den Verzugsfall bereits berücksichtigt und dort einen höheren Zinssatz vereinbart, so ist dieser maßgebend⁹⁷. Der BGH lässt Zinsvereinbarungen für die Zeit nach Verzugseintritt in den Grenzen des § 138 BGB durch individuelle Vertragsabreden zu, die den bisherigen Vertragszins entsprechen bzw. sogar überschreiten können; äußert aber Bedenken, dass der Darlehensgeber sich die Fortzahlung des Vertragszinses durch AGB ausbedingt (Verstoß gegen §§ 307, 309 Nr.5a und 6 BGB bzw. §§ 9, 11 Nr.5a und 6 AGBG a.F.)⁹⁸. Nach Ansicht des BGH ist für die Zahlung des Vertragszinses als Verzugszinses erforderlich, dass auch nach Verzugseintritt zumindest eine stillschweigende Fortsetzung des Darlehensvertrages gegeben und somit der Darlehensnehmer weiterhin zur Nutzung des ihm überlassenen Darlehenskapitals berechtigt ist. Nach der h.M. soll der Darlehensnehmer hingegen stets verpflichtet sein, den Vertragszins als Verzugszins insoweit bis zur (vertragsgemäßen) Fälligestellung des Darlehens, also nur für den Zeitraum, für den eine rechtlich geschützte Zinserwartung besteht, zu zahlen⁹⁹. Obwohl diesem Problem durch die hohen gesetzlichen Zinssätze und die aktuelle Niedrigzinsphase die Brisanz genommen worden ist, bleibt eine endgültige Lösung offen.

3. Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280I, III, 281 BGB

Der Gläubiger kann bei einer Leistungsverzögerung daran interessiert sein, auf die Leistung durch den Schuldner vollständig zu verzichten und stattdessen Schadensersatz wegen der gesamten nicht erbrachten Leistung zu verlangen. Das neue Recht sieht für den schadensrechtlichen Sekundäranspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses nur noch eine Anspruchsgrundlage vor, die sich gleichermaßen auf die Leistungsverzögerung mit synallagmatischen wie nichtsynallagmatischen Pflichten bezieht¹⁰⁰. Die §§ 280I, III,

⁹⁶ Rieble, WM 1988, S. 1027 (1028).

⁹⁷ Diederichsen, JuS 1985, S. 825 (825).

⁹⁸ BGH, NJW 1988, S. 1967 (1968).

⁹⁹ Heinrichs, Palandt, § 288 Rn. 6.

¹⁰⁰ Krause, Jura 2002, S. 299 (299).

281 BGB treten also an die Stelle von § 286II und § 326 BGB a.F.. Als terminologische Neuerung spricht das Gesetz nicht mehr von Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern von Schadensersatz statt der Leistung. Der Schadensersatz statt der Leistung und der Schadensersatz wegen Leistungsverzögerung stehen unabhängig voneinander¹⁰¹; es ist aber darauf zu achten, dass nicht ein und derselbe Schaden zweimal ersetzt wird¹⁰². § 281 BGB ist für Ansprüche auf Leistung von Geld unanwendbar¹⁰³. Der dem Gläubiger durch die Nichtleistung entstehende Schaden wird einschließlich aller Folgeschäden durch §§ 280I, II, 286 BGB vollständig umfasst. Einen Primäranspruch auf Leistung von Geld in einen Schadensersatzanspruch auf Leistung von Geld umzuwandeln, macht keinen Sinn.

4. Rücktritt nach § 323 BGB

Die zentrale Norm für den Rücktritt bei einer Leistungsverzögerung bildet nunmehr § 323 BGB, der an die Stelle des bisherigen § 326 BGB a.F. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts entsprechen nahezu jenen des Schadensersatzes statt der Leistung¹⁰⁴. Für den Darlehensvertrag kann die Ausübung eines evtl. bestehenden Rücktrittsrechts nach § 323 BGB insofern eine Rolle spielen, da der Rücktritt nach § 325 BGB nicht mehr ausschließt, zugleich Schadensersatz zu verlangen. Dies stellt im Grundsatz einen fundamentalen Unterschied zum bisherigen Recht mit seinem Alternativitätsverhältnis dar; nach neuem Recht kann also kumulativ Vertragsaufhebung und Ersatz des positiven Interesses gefordert werden. Zu beachten ist aber, dass ein Rücktritt im Darlehensrecht grundsätzlich nur vor der Leistung des Darlehensbetrages durch den Darlehensgeber zulässig ist¹⁰⁵.

a) Nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte, fällige Leistung

Grundvoraussetzung des Rücktrittsrecht ist gem. § 323I BGB eine nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte, fällige Leistung; welche nicht im Synallagma stehen muss¹⁰⁶. Eine objektive Leistungsver-

¹⁰¹ Rieble, ZIP 1988, S. 1027 (1030).

¹⁰² Rieble, ZIP 1988, S. 1027 (1031).

¹⁰³ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 281 Rn.5.

¹⁰⁴ Münch, Jura 2002, S. 361 (372).

¹⁰⁵ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 488 Rn. 28.

¹⁰⁶ Heinrichs, Ergänzungsband zu Palandt, § 323 Rn. 10.

zögerung des Schuldners ist demzufolge als Rücktrittsgrund ausreichend. Subjektiv ist nunmehr aber kein Vertretenmüssen erforderlich; was zu einem verschuldensunabhängigen Rücktrittsrecht des Gläubigers führt¹⁰⁷. Unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 323IV BGB kann der Gläubiger sogar vor Fälligkeit, also vor Verzugseintritt zurücktreten.

b) Fristsetzung und Fristsetzungssurrogate

§ 323I BGB verlangt weiter, dass der Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich eine angemessene Frist für die Leistung setzt.

(1) Fristsetzung

Soweit es um eine Nachfrist geht, gelten dieselben Grundsätze wie im Rahmen des § 281I S.1 BGB und damit die in der Sache zu § 326I BGB a.F. entwickelten Regeln¹⁰⁸. Dagegen ist die nach bisherigen Recht erforderliche Ablehnungsandrohung nicht in das neue Schuldrecht übernommen worden¹⁰⁹.

(2) Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Ausnahmsweise ist die Fristsetzung in den Fällen des § 323II BGB entbehrlich. Hat der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, macht die Fristsetzung keinen Sinn mehr, auf sie kann daher verzichtet werden (§ 323II Nr.1 BGB). § 323II Nr.2 BGB gewährt ein gesetzliches Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung, wenn der Schuldner nach Inhalt des Vertrages zu einem bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist leisten muss und der Gläubiger deutlich macht, dass der Bestand des Vertrages von dem Einhalten der Leistungszeit abhängig ist (sog. Fixgeschäft). Allein die Festlegung eines bestimmten Leistungstermins genügt hierfür nicht¹¹⁰. Die Darlehensparteien müssen vielmehr vereinbaren, dass eine bestimmte Zahlung prompt, genau, spätestens zu erfolgen hat. Erfolgt die Leistung nicht zum vereinbarten Termin liegt dann Unmöglichkeit vor, so dass Verzug ausscheidet. Eine Fristsetzung soll schließlich auch dann entbehrlich sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen.

¹⁰⁷ Krause, Jura 2002, S. 299 (302).

¹⁰⁸ Krause, Jura 2002, S. 299 (303).

¹⁰⁹ Zimmer, NJW 2002, S. 1 (5).

c) Rücktritt vor Fälligkeit

Anders als beim Schadensersatzanspruch hat der Gesetzgeber für das Rücktrittsrecht an einen vorweggenommenen Vertragsbruch gedacht und hierfür in § 323IV BGB eine besondere Regelung geschaffen. Danach kann der Gläubiger bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden. Darunter fällt z.B. die ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung vor Fälligkeit.

d) Ausschluss des Rücktritts

Dem Gläubiger steht das Rücktrittsrecht nicht zu, wenn er für die Leistungsverzögerung allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder sich im Annahmeverzug befindet (§ 323VI BGB).

e) Teilleistung

Sofern der Schuldner einer teilbaren Leistung nicht mit der ganzen, sondern lediglich mit einzelnen Teilen säumig geblieben ist, steht dem Gläubiger grundsätzlich nur ein auf die verzögerte Teilleistung bezogenes Rücktrittsrecht zu (§ 323V BGB)¹¹¹. Danach kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der erbrachten Teilleistung kein Interesse hat. Beim Darlehensvertrag ist insofern nur die Konstellation denkbar, dass der Darlehensgeber die Darlehensvaluta nur teilweise auszahlt. Mit dieser Teilzahlung wird der Darlehensnehmer regelmäßig nicht den mit dem Darlehensvertrag angestrebten Zweck erreichen können; ein Rücktrittsrecht bzgl. des gesamten Vertrages ist also anzunehmen.

f) Schicksal des Leistungs- und Gegenleistungsanspruchs

Nach bisherigem Recht führte der erfolglose Ablauf der Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gem. § 326I S.2 HS.2 BGB a.F. dazu, dass der Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner unterging; infolgedessen aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung auch der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf die Gegenleistung erlosch¹¹². Ein derartiger Mechanismus ist im gegenwärtigen Recht nicht vorhanden. Entscheidet sich der Gläu-

¹¹⁰ Senne, Jura 2002, S. 424 (432).

¹¹¹ Krause, Jura 2002, S. 299 (303).

¹¹² BGH, NJW 2000, S. 278 (279).

biger für den Rücktritt, gehen die beiderseitigen Leistungsansprüche erst in dem Augenblick unter, in dem die Rücktrittserklärung dem Schuldner zugeht (§ 349 BGB)¹¹³.

5. Kündigung

Wurde die Darlehensvaluta bereits ausgezahlt kommt nur noch ein (verzugsbedingtes) ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht in Betracht. Aus dem Darlehensvertrag wird sich regelmäßig ein vertragliches Kündigungsrecht wegen Verzug ergeben (nach § 498 BGB für den Verbraucherdarlehensvertrag gesetzlich geregelt); dem Darlehensvertrag wird sich dann stets auch die Abwicklung des gekündigten Darlehens entnehmen lassen. Auch bei einer Kündigung bleibt ein evtl. bestehender der Schadensersatzanspruch wegen Verzuges bestehen.

II. Der Ersatz von Mehraufwendungen des Schuldners nach § 304 BGB

Der Gläubigerverzug hat keine direkten Auswirkungen auf die Leistungspflichten, d.h. der Schuldner bleibt weiterhin zur Leistung und der Gläubiger (beim gegenseitigen Vertrag) zur Gegenleistung verpflichtet. Auch steht dem Schuldner weder ein Recht zur Lösung vom Vertrag noch ein Recht auf Schadensersatz zu¹¹⁴. Dies folgt aus dem Umstand, dass die Gläubigermitwirkung in der Regel keine Pflicht (anders als die Abnahmeverpflichtung beim Darlehensvertrag), sondern lediglich eine Obliegenheit des Gläubigers darstellt. Insoweit hat auch die Schuldrechtsmodernisierung keine Änderungen gebracht. Das Gesetz gewährt dem Schuldner jedoch einen Anspruch auf Ersatz von tatsächlich angefallenen Mehraufwendungen im Zusammenhang mit dem gescheiterten Leistungsangebot oder mit der Aufbewahrung und Erhaltung der geschuldeten Leistung nach § 304 BGB. § 304 BGB ist die einzige Anspruchsgrundlage im Rahmen der Regeln des Gläubigerverzugs, der hierauf beruhende Anspruch ist ein Aufwendungsersatzanspruch und nicht mit einem Schadensersatzanspruch zu verwechseln¹¹⁵. Dieser Aufwendungsersatz wird aber für den Darlehensvertrag eine eher untergeordnete Rolle spielen, da für die Aufbewah-

¹¹³ Krause, Jura 2002, S. 299 (304).

¹¹⁴ Kreuzer/Stehle, JA 1984, S. 69 (73).

¹¹⁵ Kreuzer/Stehle, JA 1984, S. 69 (75).

zung von Geld keine wesentlichen Kosten entstehen und somit nur die Kosten für ein vergebliches Angebot anfallen können.

III. Weitere Verzugsfolgen

Die Haftungsverschärfung des § 287 BGB hat für den Darlehensvertrag insofern keine Bedeutung, da es sich hier um Geldschulden handelt, für die das Prinzip unbeschränkter Vermögenshaftung gilt. Wichtiger ist das der Schuldner einer Geldschuld während des Gläubigerverzugs diese nach § 301 BGB nicht zu verzinsen braucht.

D. Schlussbemerkung

Trotz mancher Verbesserungen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, etwa die Modifizierung des § 286III BGB, die Kumulation von Schadensersatz und Rücktritt nach § 325 BGB oder die Lückenfüllung durch Integration der positiven Vertragsverletzung in das neue System der Pflichtverletzung der § 280ff. BGB, bleibt der Verzug im Darlehensrecht ein komplexes und schwierig zu handhabendes Rechtsgebiet. Die Grundprinzipien für die Voraussetzungen des Schuldners- und des Annahmeverzuges wurden, wie sich gezeigt hat, beibehalten. Bei den Rechtsfolgen des Verzuges hat sich insofern nicht viel geändert, da sich dem Gläubiger einer verzögerten Leistung beim Darlehensvertrag weiterhin wesentlich mehr Handlungsmöglichkeiten bieten, als dem Schuldner, dessen Leistung nicht abgenommen wird. Wobei der Darlehensnehmer nicht (in jedem Fall) mit dem Schuldner gleichzusetzen ist. Für den Verzug im Darlehensrecht ist außerdem immer eine strenge Unterscheidung zwischen Zins-, Tilgungs- und Aus- bzw. Rückzahlungen sowie der konkreten Darlehensform einzuhalten. Insoweit ergeben sich auch die unterschiedlich hoch ausfallenden Schadensersatzansprüche der einzelnen Anspruchsnormen. Wie und ob z.B. das Rücktrittsrecht nach § 323 BGB von den Darlehensparteien angenommen wird, bleibt abzuwarten.

Die Überschriften 1 bis 6 werden automatisch numeriert. Sie müssen jeweils nur die **entsprechende Formatvorlage zuweisen** (wichtig auch deshalb, weil sonst das automatische Inhaltsverzeichnis nicht funktioniert!)

