

PROFESSOR DR. BARBARA DAUNER-LIEB

**LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, HANDELS-UND
GESELLSCHAFTSRECHT, ARBEITSRECHT UND
EUROPÄISCHE PRIVATRECHTSENTWICKLUNG**

**DIREKTOR DES INSTITUTS FÜR
ARBEITS- UND WIRTSCHAFTSRECHT**



**Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Universität zu Köln**

Vorbereitung: Wiss. Mit. Germar Enders und Jörg Schumacher

Überlegungen zum neuen Kreditrecht¹ nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz

I. Anmerkungen zum reformierten (allgemeinen) Darlehensrecht

Einleitung

Titel 3 im achten Abschnitt des zweiten Buches des BGB lautet nunmehr "Darlehensvertrag; Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher". Im Wesentlichen sind in diesem Titel die Vorschriften der §§ 607 - 610 BGB aF (nunmehr §§ 488-490 BGB) und des alten Verbraucherkreditgesetzes (nunmehr §§ 491-507 BGB) enthalten. Allerdings finden sich in §§ 488-490 BGB nur noch Vorschriften über das Gelddarlehen. Regelungen über das Sachdarlehen finden sich weiterhin in den §§ 607-609 BGB, während der Diskussionsentwurf vollständig auf die Normierung des Sachdarlehens verzichten wollte. Dies ist in der Wissenschaft auf Kritik gestoßen, da dem Sachdarlehen neuerdings im Rahmen der Wertpapierleihe wieder eine steigende Bedeutung zukommt.² Auch das Verbraucherkreditgesetz ist nicht vollständig in den §§ 488 ff BGB aufgegangen. Der bislang in den §§ 15-17 VerbrKrG geregelte Kreditvermittlungsvertrag ist nun unter dem Begriff Darlehensvermittlungsvertrag in den §§ 655a-e BGB geregelt.

Mit dieser Neufassung wurden im Wesentlichen zwei Ziele verfolgt: Zum einen wollte man das als anachronistisch empfundene Darlehensrecht modernisieren, zum anderen sollten weiteren Auslegungs- und Anwendungsdivergenzen, wie sie in der Vergangenheit zwischen allgemeinem Darlehensrecht und Verbraucherkreditrecht aufgetreten waren, vorgebeugt werden.³

¹ Der Terminus Kreditrecht wird vorliegend als Oberbegriff für die Regelungen über Darlehensverträge, Ratenlieferungsverträge und Teilzahlungsgeschäfte verwendet. Die endgültige Gesetzesfassung verzichtet - anders als noch der Diskussionsentwurf - auf eine entsprechende Oberbegriffsbildung.

² zur Kritik vgl. Bülow, Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht in: Schulze, Rainer/ Schulte-Nölke, Hans, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechtes, S. 156 unten.

³ BT-Drucks. 14/6040, S. 252

Inhaltliche Änderungen sollen mit den Neuregelungen nach dem Willen des Gesetzgebers jedoch - bis auf wenige Ausnahmen - nicht verbunden sein.

§ 488 I BGB

In § 488 I BGB findet sich nun die Legaldefinition des Darlehensvertrages. Die Definition wird an die Diktion des BGB angepasst, welche die besonderen Vertragstypen in der Weise beschreibt, dass die Hauptpflichten der Parteien herausgestellt werden, während der Wortlaut des § 607 BGB aF noch Anklänge an die alte römische Realvertragskonstruktion aufwies.⁴ Dadurch wurde die vom historischen Gesetzgeber bewusst offengehaltene Frage, ob das Darlehen Real- oder Konsensualvertrag ist, im Sinne der Konsensualvertragstheorie beantwortet.⁵

Die Neuformulierung ist in zweierlei Hinsicht nicht ganz gelungen. Zum einen kommt nicht zum Ausdruck, dass im Falle eines Bardarlehen – im Gegensatz zu Miete und Leihe – das Eigentum an der Darlehensvaluta zu übertragen ist. Zum anderen macht die Gesetzesformulierung nicht deutlich, dass gleiche aber nicht dieselben Gegenstände zurückzuerstatten sind.⁶

Als Darlehen wird entgegen dem bisherigen Sprachgebrauch des Gesetzes nur noch das zur wirtschaftlichen Nutzung überlassene Kapital bezeichnet, während der zugrunde liegende Vertrag Darlehensvertrag heißt. Durch die §§ 488 ff BGB wird zukünftig nur noch das Gelddarlehen erfasst. Hauptpflicht des Darlehensgebers ist danach dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen. Mit dieser Formulierung sollen die verschiedenen, in der Rechtswirklichkeit vorkommenden Formen der Überlassung von Geld als Darlehen erfasst werden (Übergabe von Bargeld, Überweisung, die Gutschrift, die Gewährung eines Kontokorrentkredites etc.).

Neuer gesetzlicher Regeltypus ist – im Gegensatz zur derzeitigen Regelung – das verzinsliche Darlehen. Selbstverständlich ist aber auch weiterhin die unentgeltliche Hingabe eines Darlehens möglich, wie die Formulierung „einen *geschuldeten* Zins“ in § 488 I 2 BGB deutlich macht.

§ 607 II BGB, die Regelung über das Vereinbarungsdarlehen, entfällt. Daraus werden sich jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach keine Änderungen der Rechtslage ergeben, da sich die Regelung bisher ohnehin schon aus der in §§ 241, 305 BGB aF verankerten Vertragsfreiheit ergab.

§ 488 II BGB

§ 488 II BGB bestimmt den Zeitpunkt der Zinszahlung. Im wesentlichen wird die Vorschrift des § 608 BGB aF wortgleich übernommen. Anders als § 608 BGB aF geht aber auch § 488 II BGB jetzt vom gesetzlichen Regeltypus des verzinslichen Darlehens aus.

§ 488 III BGB

§ 488 III 1 BGB regelt die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs des Darlehensgebers. Er entspricht wörtlich dem jetzigen § 609 I BGB aF.

§ 488 III 2 BGB verzichtet - im Gegensatz zu seiner Vorgängernorm, dem § 609 II BGB aF – auf die Unterscheidung zwischen der einmonatigen Kündigungsfrist für Darlehen bis zu 200 Euro und der dreimonatigen für Darlehen von mehr als 200 Euro. Von großer praktischer Relevanz war diese Unterscheidung nicht.

⁴ BT-Drucks. 14/6040 (Internetversion), S. 253 1. Spalte unten

⁵ Reiff in: AnwaltKommentar Das neue Schuldrecht, § 488, Rn. 2, dies entspricht der bisher hM unter Geltung des § 607 BGB aF

⁶ Bülow, a.a.O., S. 193

§ 488 III 3 BGB enthält eine Sondervorschrift für zinslose Darlehen, die mit § 609 III BGB aF nahezu identisch ist. Im Umkehrschluss ist ihr zu entnehmen, dass für verzinsliche Darlehen die Auslegungsregel des § 271 II BGB nicht gilt, der Darlehensnehmer das Darlehen also nicht vorzeitig zurückzahlen darf.⁷

§ 489 BGB

§ 489 BGB entspricht im Wesentlichen wörtlich dem bisherigen § 609a BGB aF. Klargestellt wird jedoch, dass die Vorschrift nur die ordentliche Kündigung betrifft und auch nur die des Darlehensnehmers.⁸

In Abs. 1 Nr. 2 ist der Begriff der natürlichen Person durch den des Verbrauchers ersetzt. Laut Gesetzesbegründung handelt es sich dabei lediglich um eine redaktionelle Anpassung.⁹ Dennoch ergeben sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage zwei bedeutende Veränderungen.

Die erste dieser Änderungen betrifft die Darlehensaufnahme durch einen Arbeitnehmer zu beruflichen Zwecken. nimmt Arbeitnehmer A etwa ein Darlehen auf, um sich von dem Geld ein KfZ zu kaufen, welches er für den Weg zur Arbeit benötigt, so stand A nach alter Rechtslage ein Kündigungsrecht nach § 609a I Nr. 2 BGB aF nicht, weil er ja für "berufliche Zwecke" handelte.¹⁰ Da § 489 I Nr 2 BGB nunmehr auf die Verbraucherdefinition des § 13 BGB Bezug nimmt, ist das Kündigungsrecht nach neuer Rechtslage nur dann ausgeschlossen, wenn mit dem Darlehen gewerbliche oder "selbständige berufliche Zwecke" verfolgt werden.

Die zweite, durch die Neufassung bedingte Änderung betrifft die Beweislast. Das von § 609a I Nr. 2 BGB aF einer natürlichen Person gewährte Kündigungsrecht sollte nach dessen HS 2 dann nicht gelten, wenn das Darlehen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit diene. Danach hatte der kündigende Kreditnehmer lediglich nachzuweisen, dass er eine natürliche Person ist. Das Handeln für gewerbliche oder berufliche Zwecke war dagegen vom Kreditgeber zu beweisen, der sich gegen die Kündigung wehrte.¹¹ Nach § 489 I Nr.2 BGB muß der Darlehensnehmer nun seine Verbrauchereigenschaft beweisen, wenn er sich auf das Kündigungsrecht beruft. Verbraucher ist nach der Legaldefinition des § 13 BGB jede natürliche Person die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese neue Gesetzesfassung legt es nahe, dass nun der Darlehensnehmer selbst im Rahmen des § 489 I Nr. 2 BGB die Beweislast dafür trägt, dass der Darlehensvertrag weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Diese Änderung ist konsequent, da eine beweisrechtliche Sonderbehandlung gerade des Kündigungsrechtes gegenüber den sonstigen Verbraucherschutzbestimmungen sachlich nicht gerechtfertigt ist. Außerdem wird es dem Darlehensnehmer im Gegensatz zum Darlehensgeber in der Regel recht leicht fallen, den Verwendungszweck des Darlehens zu beweisen.

Durch die Neufassung des § 489 I Nr. 2 BGB ist die in der Literatur als unglücklich empfundene Formulierung¹² „ganz oder *überwiegend* für Zwecke einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“

⁷ Reiff in: AnwaltKommentar: Das neue Schuldrecht, § 488

⁸ siehe den neuen Titel des Paragraphen

⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 252

¹⁰ vgl. dazu MünchKomm/Westermann, § 609a, Rn. 23

¹¹ Soergel/Häuser, BGB § 609a Rdn. 13

¹² Bülow, a.a.O. S. 165

des § 609a I Nr. 2 HS 2 BGB aF entfallen, so dass sich auch einige der diesbezüglichen Abgrenzungsprobleme erledigt haben dürften.¹³

Eine mit der Einfügung des Begriffes des Verbrauchers zusammenhängende inhaltliche Änderung wie sie aus der Fassung des Regierungsentwurfes hätte geschlussfolgert werden können, ist nunmehr endgültig verworfen worden: Die allgemeinen Regeln über das Gelddarlehen, also auch § 490 I Nr.2 RE, sind mit den Regeln über das Verbraucherdarlehen unter demselben Titel, ja sogar unter demselben Untertitel zusammengefasst. § 491 I S. 2 RE bestimmte, dass Verbraucher „im Sinne dieses Titels“ über § 13 BGB hinaus auch Existenzgründer seien. Folgerichtig galt das dann natürlich auch im Rahmen des § 489 I Nr. 2 RE. Damit wäre der Gesetzgeber durch diese Neufassung der § 489 I Nr. 2, 491 I S. 2 BGB der Forderung aus der Wissenschaft nachgekommen, Kongruenz zwischen dem verbraucherkreditrechtlichen Verbraucherbegriff und demjenigen in § 609a I Nr. 2 BGB aF herzustellen.¹⁴ Doch schon die systematische Stellung des § 491 I S. 2 RE im Verhältnis zu § 489 I Nr. 2 RE und auch die Regierungsbegründung zu §§ 489, 491 RE, wo es heißt „inhaltlich ergäben sich keine Änderungen zum geltenden Recht“¹⁵ bzw. § 491 I S. 2 RE werde lediglich „sprachlich geglättet“¹⁶, deuteten eher auf ein Versehen des Gesetzesverfassers hin. Auch war das Verbrauchercreditrecht im Disk-E noch in einem eigenen Titel enthalten.

Die endgültige Gesetzesfassung bestätigt nun letztgenannte Auffassung, nach der sich gegenüber der geltenden Rechtslage keine Änderungen ergeben sollen. Um die Definition des §13 BGB nicht aufzuweichen, soll das Ziel, den als schutzwürdig eingestuften Existenzgründer in die Verbraucherregelungen einzubeziehen dadurch erfolgen, dass eine entsprechende Verweisung in den Untertitel 4 aufgenommen wird. §491 I.2 und II Nr.2 RE wurden gestrichen und deren Inhalt in Untertitel 4, d.h. im Anschluß an die Vorschriften über die Unabdingbarkeit in §506 BGB angeschlossen. Der neue §507 BGB lautet: „ Die §§ 491 bis 506 gelten auch für natürliche Personen, die sich ein Darlehen, einen Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe für die Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gewähren lassen oder zu diesem Zweck einen Ratenlieferungsvertrag schließen, es sei denn, der Nettodarlehensbetrag oder Barzahlungspreis übersteigt 50.000 Euro.“ Damit aber enthält die Regelung gerade keine Verweisung mehr auf den Ausschlussbestand hinsichtlich des Kündigungsrechts nach § 489 I.Nr.2 BGB.

Nach § 489 IV S. 2 BGB kann jetzt auch bei Darlehen an die Europäischen Gemeinschaften und ausländische Gebietskörperschaften das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden.

§ 490 I BGB

§ 490 BGB ist die interessanteste Neuerung im Darlehensrecht. In seinem Absatz 1 geht zunächst der alte § 610 BGB auf, der dem Darlehensgeber ein Widerrufsrecht seines Darlehensversprechens für den Fall einräumte, dass in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Dieses Widerrufsrecht wird in der Fassung des § 490 I BGB als jederzeitiges Kündigungsrecht ausgestaltet. Dies ist sachgerecht, da die Rechtsfigur des Widerrufs infolge europarechtlicher Vorgaben

¹³ vgl. MüKo/Westermann, BGB, § 609a, Rdn. 21 ff

¹⁴ vgl. Bülow, a.a.O. S. 165 oben

¹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 253 zu § 489 am Ende

¹⁶ BT-Drucks. 14/6040, S. 255 2. Spalte oben

inzwischen primär für verbraucherrechtliche Rechtsbehelfe reserviert ist und ein Kündigungsrecht dem modernen Verständnis des Darlehensvertrages als einem zweiseitig verpflichtenden Konsensualvertrag und Dauerrechtsverhältnis entspricht.¹⁷

Im Vergleich zu § 610 BGB aF wird das Recht des Darlehensgebers zur Lösung vom Vertrag durch §490 I BGB jedoch in dreierlei Hinsicht im Sinne einer Kodifikation der Rechtsprechung erweitert.

Zum einen sieht § 490 I BGB in seiner zweiten Alternative („nach Auszahlung nur in der Regel fristlos“) ein Kündigungsrecht jetzt auch für den Fall der Vermögensverschlechterung nach Valutierung des Darlehen vor. Bisher war nach hM in solchen Fällen ein Kündigungsrecht nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben.¹⁸ Das nachträgliche Kündigungsrecht ist mit der Formulierung „nur in der Regel“ entsprechend der bislang geübten Rechtslage bei Anwendung der Geschäftsgrundlagenprinzipien weicher gestaltet als das Kündigungsrecht vor Valutierung. Entscheidend für das Vorliegen des Kündigungsrechts soll wie bisher eine Würdigung der Gesamtumstände sein, insbesondere die Frage, ob dem Kreditgeber die Belassung des Darlehens noch zumutbar ist.¹⁹ Das kann dann der Fall sein, wenn etwa dem Darlehensnehmer die ratenweise Rückzahlung möglich ist, während er bei einer sofortigen Rückzahlungsverpflichtung insolvent würde oder wenn die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse erkennbar vorübergehender Natur ist.²⁰

Zum anderen wird die Kündigungsmöglichkeit des Darlehensgebers jetzt ausdrücklich auch auf den Fall erstreckt, dass eine Vermögensverschlechterung zwar noch nicht eingetreten ist, eine Verschlechterung jedoch unmittelbar bevorsteht („eintritt oder einzutreten droht“). Dies entspricht der bisherigen Rechtslage, es war lediglich eine Klarstellung beabsichtigt.²¹

Schließlich erweitert § 490 I BGB die Kündigungsmöglichkeit des Darlehensgebers um den Fall, dass in der Werthaltigkeit einer gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht.²² Der Regierungsentwurf sprach insoweit noch von der Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen eines Dritten, der für das Darlehen eine Sicherheit bestellt hat. Die endgültige Gesetzesfassung bringt in zweierlei Hinsicht mehr Klarheit. Zum einen wird deutlich, dass es für das Kündigungsrecht wegen Vermögensverschlechterung bei einem Dritten allein um die Werthaltigkeit der Sicherheit geht, nicht um die sonstigen Vermögensverhältnisse. Der Darlehensgeber hat nämlich keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Sicherungsgebers als Ganzem, sondern lediglich auf Verwertung der Sicherheit im Sicherungsfall. Zum anderen wird durch die Formulierung, dass die Gefährdung der Darlehensrückzahlung auch unter Berücksichtigung der Verwertungsmöglichkeit der Sicherheit gegeben sein muss, unterstrichen, dass ein außerordentliches Kündigungsrecht nur in Frage kommt, wenn sowohl der Anspruch aus dem Darlehensvertrag als auch- soweit vorhanden- der Anspruch aus der Sicherheit kumulativ und nicht wie die Formulierung des Regierungsentwurfes hätte vermuten lassen können, alternativ gefährdet sind.

¹⁷ Vgl. Köndgen „Modernisierung des Darlehensrechtes. Eine Fehlannonce“ in: Ernst, Wolfgang/ Zimmermann, Reinhard, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 471

¹⁸ siehe Staudinger/Mülbert, BGB § 610 Rdn. 12 f; MüKo/Westermann, BGB § 610 Rdn. 13; Köndgen, NJW 1994, 1508, 1514

¹⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 254 2. Spalte oben

²⁰ BT-Drucks. 14/6040, S. 254

²¹ BT-Drucks. 14/6040, S. 254 1. Spalte Mitte

²² Müko/Westermann, BGB § 610 Rdn. 7 (Fn 28)

§ 490 II BGB

Mit Absatz 2 wird die Rechtsprechung des BGH zu der seit langem in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Darlehensnehmer bei einem Festzinskredit gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung eine vorzeitige Kreditabwicklung verlangen kann, festgeschrieben. Aus der Kodifikation sollen sich keine Änderungen der geltenden Rechtslage ergeben. Die nunmehr festgeschriebenen Grundsätze hat der BGH anlässlich zweier Entscheidungen entwickelt.²³

- BGH, WM 1997, 1747 ff = NJW 1997, 2875 ff

Sachverhalt

Eheleute A hatten bei der Hypothekbank B im Januar 1986 zwei durch Grundschulden gesicherte Darlehen über 190.000,- DM und 85.000,- DM aufgenommen. Mit Wirkung vom 1. Januar 1991 hatten die Parteien für eine Festschreibungszeit bis zum 31. Dezember 2000 einen jährlichen Zinssatz von 9,35 % vereinbart. Im Sommer 1993 wollten A wegen ihrer bevorstehenden Scheidung das beliebige Hausgrundstück verkaufen und deshalb Darlehen und Grundschuld vorzeitig ablösen. B willigte gegen Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 46.731,03 DM ein. Zunächst erklärten sich die A nur unter Vorbehalt einer Nachprüfung der Entschädigungshöhe mit einer solchen Zahlung einverstanden. Als die B die Löschungsbewilligung von der vorbehaltlosen Zahlung abhängig machte, überwies die A letztlich den geforderten Betrag.

Mit einer Klage verlangten die A die teilweise Rückzahlung der Vorfälligkeitsentschädigung in Höhe von 17254,- DM. Das LG gab der Klage in Höhe von 7767,60 DM nebst Zinsen statt und wies sie im übrigen ab. Auf die Berufung der B hat das OLG die Klage der A insgesamt abgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entscheidung des OLG

Das OLG war der Ansicht, dass den A ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB nicht zustehe. Zwischen den Parteien sei eine Aufhebungsvereinbarung zustande gekommen, die auch eine Einigung über die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung enthalte. Gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung könnten die Kläger nicht einwenden, dass ihnen ein Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung der Darlehen oder ein Anspruch gegen die Beklagte auf Vertragsbeendigung gegen Ersatz des Erfüllungsschadens zugestanden habe. **Die Frage einer vorzeitigen Vertragsbeendigung und des dafür zu entrichtenden Preises sei vielmehr der freien Vereinbarung der Parteien überlassen gewesen. Da die verlangte Vorfälligkeitsentschädigung den der B tatsächlich entstandenen Schaden nur um 8,6 % übersteige, sei die Vereinbarung auch nicht gemäß § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig (diese Argumentation entsprach der bis dahin hM).**

Entscheidung des BGH

Zwar hätten die A kein Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung gehabt, jedoch hätten sie –entgegen den Ausführungen des OLG – gegen die B einen **Anspruch auf Einwilligung in die vorzeitige Ablösung der beiden Darlehen gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung**. Dabei handele es sich nicht um einen Anspruch auf Vertragsauflösung, sondern um eine Modifizierung des Vertragsinhaltes ohne Reduzierung des Leistungsumfanges. Letztlich könne der Darlehensnehmer nur die Beseitigung der vertraglichen-

²³

zeitlich begrenzten – Erfüllungssperre verlangen, dh eine Vorverlegung des Erfüllungszeitpunktes. Ein Vertragspartner müsse sich zwar grundsätzlich auf eine Abänderung nicht einlassen, sondern habe Anspruch auf Einhaltung der Vertragspflichten. Bei Dauerschuldverhältnissen erfahre dieser Grundsatz der Vertragstreue jedoch dann Ausnahmen, wenn berechnigte Interessen des anderen Teils dies geböten. Könnte der Darlehensnehmer bei einem beabsichtigten Verkauf des beliebigen Objekts an der Durchführung des Darlehensvertrages festhalten, könnte er den Verkauf vereiteln. Eine anderweitige Verwertung des Gegenstandes wäre dann faktisch unmöglich. Darin läge ein Eingriff in dessen wirtschaftliche Handlungsfreiheit. Dem Kreditgeber hingegen sei in derartigen Fällen eine vorzeitige Ablösung der Darlehens zumutbar, wenn er dadurch keinen finanziellen Verlust erleide.

Da dem A also ein Anspruch auf Einwilligung in die vorzeitige Kreditabwicklung gegen eine die Interessen der B währende Fälligkeitsentschädigung zustehe, dürfe die B nicht jeden beliebigen Preis bis zur Grenze des § 138 BGB verlangen. Sie könne vielmehr nur den Ausgleich der Nachteile beanspruchen, die ihr durch die vorzeitige Kreditablösung entstanden (Entschädigung nach Schadensersatzgesichtspunkten).

Nach Ansicht des BGH stand den A daher ein Anspruch aus § 812 BGB zu, soweit die gezahlte Vorfalligkeitsentschädigung die mit der Darlehensabwicklung tatsächlich entstandenen Nachteile überstiegen habe.

- BGH, WM 1997, 1799 = NJW 1997, 2978

Sachverhalt

Die A schuldeten der Sparkasse S aufgrund zweier Festzinsdarlehen rund 8,4 Mio. DM. Die beiden Darlehen waren gemeinsam mit einem weiteren Darlehen durch eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 9 Mio. DM abgesichert. In der Folgezeit führten die B mit der S. Verhandlungen über eine Nachfinanzierung, die jedoch scheiterten. Von einer anderen Bank erhielten die B eine Kreditzusage in Höhe von 9,6 Mio., worauf sie an die S. wegen der vorzeitigen Ablösung der Darlehen herantraten, um die belasteten Grundstücke erneut als Kreditunterlage verwenden zu können. Die S. erklärte sich dazu gegen Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 702 372,24 DM bereit. Die B beglichen die Forderung bis auf einen Restbetrag von 400.000,- DM, der in ein Darlehen umgewandelt wurde.

Die S. macht gerichtlich die Rückzahlung dieses Darlehens geltend.

Entscheidung des BGH

Das Berufungsgericht hatte den Darlehensrückzahlungsanspruch noch in voller Höhe bejaht, da die Höhe einer Vorfalligkeitsentschädigung der freien Vereinbarung der Parteien unterliege. Dieser Annahme tritt der BGH mit derselben Argumentation wie im zuvor dargestellten Urteil entgegen.

Die Bindung eines Darlehensnehmers an einen Darlehensvertrag mit fest vereinbarter Laufzeit erfahre dann eine Durchbrechung, wenn das Bedürfnis nach anderweitiger Verwertung des beliebigen Objekts eine vorzeitige Kreditablösung erforderlich mache. In solchen Fällen sei der Darlehensgeber nach Treu und Glauben verpflichtet, auf die Belange des Kreditnehmers Rücksicht zu nehmen und gegen eine angemessene Vorfalligkeitsentschädigung in die vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages einzuwilligen. Da sich dieses Recht auf vorzeitige Ablösung des Kredites aus der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Darlehensnehmers in Bezug auf das beliebigen Objekt

rechtfertige, sei es unerheblich, dass die B die betroffenen Objekte nicht wie im vorangehenden Fall verkaufen, sondern als Kreditunterlage für einen anderen Kredit verwenden wolle. **Es komme also nicht darauf an, aus welchem Beweggrund der Darlehensnehmer das Beleihungsobjekt anderweitig verwerten wolle.**

Da der B also ein Anspruch auf Einwilligung in die Kreditablösung gegen angemessene Entschädigung zustand, durfte die S. nicht jeden beliebigen Preis für die vorzeitige Ablösung fordern. Die B waren somit zur Rückzahlung des Darlehens nur in der Höhe verpflichtet, in der sich die tatsächlich vereinbarte Vorfälligkeitsentschädigung mit einer nach Schadensersatzgesichtspunkten berechneten, angemessenen Entschädigung deckt. Es folgen Ausführung zur Berechnung einer solchen angemessenen Entschädigung.

Fazit:

Nach der Rechtsprechung des BGH hatte der Darlehensnehmer bisher also einen Anspruch gegen den Darlehensgeber auf Einwilligung in die vorzeitige Ablösung eines festverzinslichen und grundpfandrechlich besicherten Darlehens gegen Zahlung einer angemessenen Vorfälligkeitsentschädigung, wenn ein Bedürfnis nach anderweitischer Verwertung des besicherten Gegenstandes bestand.

Nach § 490 II BGB kann der Darlehensnehmer sich nunmehr immer dann vom Vertrag lösen, wenn seine berechtigten Interessen dies gebieten. Erst in Satz 2 wird das anderweitige Verwertungsinteresse als Konkretisierung der berechtigten Interessen genannt. Diese Formulierung wurde erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses²⁴ in den Gesetzestext aufgenommen, um dem Mißverständnis vorzubeugen, dass mit der engen Anlehnung an den vom BGH entschiedenen konkreten Fall einer Weiterentwicklung der Rechtsprechung entgegengewirkt werden solle.

Der neue § 490 II BGB setzt an die Stelle des Anspruchs auf Einwilligung in eine Vertragsabänderung ein Kündigungsrecht des Darlehensnehmers. Eine Einigung zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber ist also nicht mehr nötig. Nach dem Regierungsentwurf war noch eine konditionale Verbindung der Kündigung und der Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung vorgesehen, dh die Kündigung war nur dann wirksam, wenn der Darlehensnehmer die Entschädigung auch entrichtet hatte. Durch diese Konstruktion waren Unsicherheiten über die Wirksamkeit der Kündigung im Einzelfall denkbar, etwa wenn der Darlehensnehmer eine zu geringe Entschädigung gezahlt hatte. Diese Konstruktion widersprach dem Postulat, dass Gestaltungsrechte der Rechtsklarheit wegen grundsätzlich bedingungsfeindlich sein sollten. Im letztendlichen Gesetzesentwurf wurde diese Verknüpfung jedoch wieder aufgehoben. Die Kündigung ist nun auch ohne Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung wirksam. Der Darlehensgeber hat nunmehr lediglich einen gesetzlichen Entschädigungsanspruch. Zwar führt die Gesetzesfassung insoweit zu einer gewissen Schlechterstellung des Darlehensgebers gegenüber der früheren durch die Rechtsprechung geschaffenen Rechtslage. Diese Schlechterstellung ist allerdings unbedenklich, da der Darlehensgeber Freigabe der Sicherheit nur Zug-um-Zug gegen Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung schuldet (vgl. §§ 273, 274 BGB).

²⁴

Die Kodifizierung der Rechtsprechung zur Vorfälligkeitsentschädigung ist schon in einem sehr frühen Stadium des Gesetzgebungsprozesses kritisiert worden,²⁵ zum einen weil die Rechtsprechung sowohl im Hinblick auf ihre dogmatischen Grundlagen als auch auf ihre sachliche Richtigkeit äußerst umstritten war,²⁶ zum anderen weil ihre Entwicklung zum Zeitpunkt der Kodifizierung noch im Fluß war und durch die Kodifizierung nun gehemmt werden könnte.

Die Berechnungsgrundsätze für die Vorfälligkeitsentschädigung sollen ausweislich der Gesetzesbegründung weiterhin der Rechtsprechung überlassen werden²⁷, so dass sich auch insoweit keine Abweichungen zur bisherigen Rechtslage ergeben dürften. Hierzu hat der BGH verschiedene Berechnungsmodelle entwickelt. Die Vorfälligkeitsentschädigung ist danach im Grundsatz gleich der Nichtabnahmeentschädigung bei Annuitätendarlehen zu berechnen, mit der sich der BGH anlässlich seiner Entscheidung

WM 2001, 21 beschäftigt hat:

- Eine Bank kann den Schaden, der ihr durch die Nichtabnahme oder durch die vorzeitige Ablösung eines Darlehens entsteht, sowohl nach der Aktiv-Aktiv-Methode als auch nach Aktiv-Passiv-Methode berechnen
- Bei der von der Klägerin gewählten Aktiv-Passiv-Methode stellt sich der finanzielle Nachteil des Darlehensgebers als Differenz zwischen den Zinsen, die der Darlehensnehmer bei Abnahme des Darlehens tatsächlich gezahlt hätte, und der Rendite dar, die sich aus einer laufzeitkongruenten Wiederanlage der freigewordenen Beträge in sicheren Kapitalmarktstiteln ergibt.
- Der Differenzbetrag ist um ersparte Risiko- und Verwaltungskosten zu vermindern und auf den Zeitpunkt der Leistung der Nichtabnahmeentschädigung abzuzinsen.
- Die Schadensberechnung nach der Aktiv-Passiv-Methode setzt nicht voraus, dass der Darlehensgeber sich tatsächlich refinanziert hat. Sie beruht auf der Grundlage einer fiktiven Wiederanlage
- Bei Annuitätendarlehen ist zu berücksichtigen, dass auch während der Laufzeit monatlich neben Zins- auch Tilgungsleistungen erbracht werden, die die zu verzinsende Summen vermindern. Bei der Berechnung ist daher nach der Cash-Flow-Methode zu verfahren, bei der berücksichtigt wird, dass Zins- und Tilgungszahlungen unterjährig zu verschiedenen

²⁵ vgl. dazu Köndgen, a.a.O., S. 476

²⁶ vgl. dazu Köndgen, ZIP 1997, 1645

²⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 255 zu Absatz 3 a.E.

Zeitpunkten an die Bank geflossen wären. Der Berechnung ist, da der konkret vereinbarte Tilgungsverlauf zu berücksichtigen ist, der vereinbarte Nominalzinssatz zugrunde zu legen.

- Zur Berechnung der Rendite aus der Wiederanlage der freigewordenen Kredite ist nicht notwendigerweise auf die Rendite festverzinslicher Wertpapiere der öffentlichen Hand zurückzugreifen. Vielmehr ist es der Bank zumutbar, eine Wiederanlage in Pfandbriefen vorzunehmen, da die Sicherheit von Hypothekendarlehen angesichts der Schutzbestimmungen des Hypothekendarlehensgesetzes mit der von Kapitalmarkttiteln öffentlicher Schuldner durchaus vergleichbar ist

§ 490 III BGB

Stellt klar, dass neben den Vorschriften der §§ 490 I, II BGB auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 313, 314 BGB anwendbar bleiben. Dies ist auch sachgerecht, da sich die Kündigung gelegentlich als überproportionale Sanktion darstellen kann. Das ist bei Abs. 1 etwa dann der Fall, wenn die Bonitätsverschlechterung bei dem Darlehensnehmer selbst eintritt, ein Dritter für das Darlehen aber eine ausreichende Sicherheit bestellt hat.²⁸ Ein weiterer denkbarer Fall ist, dass sich die Vermögenssituation des Schuldners erst durch die Rückforderung des Darlehensbetrages in einer Summe so sehr verschlechtert, dass er insolvent wird, während ihm bei Belassung des Darlehens jedenfalls eine ratenweise Rückführung möglich wäre.²⁹ Insbesondere bei Verschlechterung nach Valutierung scheidet ein Kündigungsrecht nach einer Würdigung aller Umstände („in der Regel“) in diesen Fällen aus. Die Geschäftsgrundlagenprinzipien (§ 313 BGB) ermöglichen in diesen Fällen eine sachgerechte Abstufung der Rechtsfolgen.³⁰

II. Anmerkungen zum reformierten Verbraucherkreditrecht

1. Allgemeines

Das Verbraucherkreditrecht, enthält entsprechend der Begründung des RE, inhaltlich keine maßgeblichen Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage; eine Ausnahme stellt insoweit die Einführung einer Zinsschadenspauschale für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehen in § 497 I BGB dar³¹. Die von *Bülow*³² herausgestellten Mängel des Diskussionsentwurfs, wurden im RE zumindest teilweise berücksichtigt. Die entgültige Gesetzesfassung bringt noch einiges an sprachlicher Glättung. Verbleibende Probleme werden unter II dargestellt.

²⁸ Köndgen, a.a.O. S. 472

²⁹ BT-Drucks. 14/6040, S. 254 2. Spalte oben; Staudinger/Hopt/Mülbart, § 610, Rdn. 13

³⁰ vgl. auch Köndgen, a.a.O. S. 472

³¹ RE, S. 253. Noch mit Blick auf den Diskussionsentwurf konstatierte *Köndgen (a.a.O.)*, der Gesetzgeber enthielte sich „auch der kleinsten sachlichen Änderung“, obschon in einigen Bereichen durchaus Regelungsbedarf bestände

³² Bülow, a.a.O. S. 154 ff.

Beachtlich sind insbesondere die Änderungen in der **Diktion** und der **Struktur**. Mit der Einfügung des Verbraucherkreditgesetzes geht eine Aufgabe des Oberbegriffs des „Kredits“ einher, der Gelddarlehen, Zahlungsaufschub³³ und sonstige Finanzierungshilfen³⁴ umfasste. Der Titel 3 untergliedert sich nunmehr in drei dieser Einteilung entsprechende Untertitel. Schon der RE beseitigte die zuvor bestehende aus einer inkonsequenten Anwendung der Begriffe „Kredit“ und „Darlehen“ resultierende Verwirrung der Grundbegrifflichkeiten³⁵, die noch dem Diskussionsentwurfes anhaftete. Entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet der Begriff des Darlehns nun die Haupterscheinungsform des Kredits, das Gelddarlehn. Insoweit wird auch aus dem bisherigen Begriff des Verbraucherkreditvertrags der des Verbraucherdarlehensvertrags. Die entgeltliche Gesetzesfassung trägt nun zu weiterer sprachlicher Glättung bei, indem die noch im RE wechselnden Begriffe „Darlehensnehmer“ (z.B. in §492 I.5, §§496 und 498 RE) und „Verbraucher“ (z.B. in §495 und §497RE) dahingehend angepasst wurden, dass im Bereich des Verbraucherdarlehens einheitlich der Begriff des „Darlehensnehmers“ verwandt wird und der Begriff des „Darlehensvertrags“ durch den des „Verbraucherdarlehensvertrags“ ersetzt wird³⁶.

Überblicksartig lässt sich die neue Struktur wie folgt umschreiben:

§§ 488- 490 BGB enthalten allgemeine Regeln über den Darlehensvertrag.

§§ 491- 506 BGB enthalten ergänzende Regeln für Verbraucherverträge, die nach § 506 BGB zwingendes Recht darstellen:

- Untertitel 1: Verbraucherdarlehensvertrag (§ 491 BGB)
- Untertitel 2: Verbraucherfinanzierungshilfen (§ 499 BGB)
Verbraucherfinanzierungsleasingverträge (§ 500 BGB)
Verbraucherteilzahlungsgeschäfte (§ 501 BGB)
- Untertitel 3: Verbraucherratenlieferungsverträge (§ 505 BGB)

§§ 655a- 655e BGB regeln den Darlehensvermittlungsvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher und sind wegen des vermeintlich größeren Sachzusammenhangs³⁷ in einem Untertitel mit den Bestimmungen zum Maklerrecht gefasst.

2. Einzelheiten

a) Anwendungsbereich

§ 491 BGB fasst die bisherigen §1 I und §3 VerbrKG ohne grundsätzliche inhaltliche Änderung zusammen und beschreibt den Anwendungsbereich der verbraucherrechtlichen Vorschriften. Erwähnenswert ist insbesondere eine Modifikation im Bereich der Beweislast: Sah die alte Regelung in §1 I.2 VerbrKG noch eine **Beweislastumkehr** vor, eingeleitet durch den Halbsatz „es sei denn“,

³³ v.a. Teilzahlungs- und Abzahlungsgeschäfte, vgl. Bülow, a.a.O. S. 153 (154)

³⁴ darunter fallen insbesondere Finanzierungsleasingverträge, aber auch z.B. der Mietkauf; Voll- und Teilamortisationsverträge, nicht aber das Operating- leasing, vgl. Palandt- Putzo, §1 VerbrKG, Rdn 8 m.w.N.

³⁵ so die Einschätzung Köndgens zum DiskE, aaO., S. 469.

³⁶ Hierauf verwies schon die Gegenäußerung, S. 59 zu Nr. 111.

³⁷ so RE, S. 253.

wonach die Beweislast für Umstände, die zur Unanwendbarkeit des VerbrKG führten grds. dem Kreditgeber oblag³⁸, so beschränkt sich die Neuregelung auf einen Verweis auf §13 BGB, dem eine solche Beweislastumkehr nicht zu entnehmen ist³⁹. Vielmehr trägt hier derjenige, der sich auf den Schutz der Norm berufen möchte die Beweislast⁴⁰. Ob diese sachliche Änderung beabsichtigt war lässt sich freilich bezweifeln.

Unklar ist, ob künftig auch das nunmehr in §§607- 609 BGB geregelte Sachdarlehn von den Verbraucherschützenden Vorschriften erfasst sein soll. Gegen eine Erfassung durch die Verbraucherschützenden Vorschriften spricht jedenfalls, dass das Gesetz unter „Darlehen“ nur noch das Gelddarlehen versteht. Die damit verbundene Verkürzung des Verbraucherschutzes dürfte praktisch nicht sehr ins Gewicht fallen.

Im Hinblick auf **Existenzgründer** bringt das BGB durch die Einführung einer Legaldefinition mit Verweisung in **§507** eine im wesentlichen redaktionelle Änderung. In systematischer Hinsicht kann man durchaus schließen, dass die Neuformulierung nur die entsprechende Anwendbarkeit der Normen des Verbraucherschutzrechts erklären möchte, von einer erweiterten Verbraucherdefinition aber insoweit Abstand nimmt, als sie den Existenzgründer gerade nicht als Verbraucher begriffen wissen möchte. Die Vorschriften betreffend Darlehensvermittlungsverträge, mithin §655a und 655e BGB sind der neuen Systematik entsprechend angepasst. Insbesondere wurde §655e um einen Absatz 2 ergänzt: „Dieser Untertitel gilt auch für Darlehensvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Existenzgründer im Sinne von §507.“ **Offen** bleibt, ob auch die Vermittlung eines Abzahlungskaufs oder einer sonstigen Finanzierungshilfe von den verbraucherrechtlichen Vorschriften erfasst sein soll.

Hinsichtlich der **Beweislast** enthielt schon die Gegenäußerung der Bundesregierung klare Aussagen, zumindest was das Zusammentreffen von Existenzgründern und Unternehmern betrifft⁴¹: Es soll bei dem allgemeinen Grundsatz bleiben, dass jeder, der sich auf den Schutz einer Norm beruft, die Beweislast für das Vorliegen von deren Voraussetzungen trägt. Danach muß der Existenzgründer beweisen, dass das Darlehen für die Aufnahme seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt war und nicht seiner bereits ausgeübten diente. Umgekehrt muss der Darlehensgeber beweisen, dass der Nettodarlehensbetrag 50.000 Euro übersteigt.

Ausnahmen vom Anwendungsbereich wie z.B. Bagatellarlehen oder einzelne Bereichsausnahmen behalten die neuen Vorschriften ohne inhaltliche Änderung bei.

b) Formvorschriften

³⁸ Palandt- Putzo, § 1Rdn 5.

³⁹ Bülow, aaO., S. 153 (161).

⁴⁰ Palandt- Heinrichs, §13 Rdn 3.

⁴¹ Gegenäußerung, S. 60 zu Nr. 112, 113 Hinsichtlich der Beweislastverteilung in der Konstellation Verbraucher/ Unternehmer lässt sich der Gegenäußerung indes nichts aussagekräftiges entnehmen. Nach der Gesetzessystematik ist aber auch hier von der Gültigkeit des allgemeinen Grundsatzes auszugehen.

Auch hinsichtlich der Formvorschriften behauptet die Begründung des RE keine Änderung in der Sache. Soweit einzelne Sätze aus dem ehemaligen §4 VerbrKG herausgenommen wurden, sollen diese in anderen Vorschriften aufgehen.

Indes ergeben sich auch in der Formulierung durchaus Abweichungen, die materiell beachtlich sein dürften.

So stellte §4 I.1 VerbrKG knapp fest: „Der Kreditvertrag bedarf der Schriftform“. Dagegen formuliert §492 I.1 BGB: „Verbraucherdarlehensverträge sind, soweit nicht eine strengere Form vorgeschrieben ist, schriftlich abzuschließen“ und ergänzt dies durch den darauffolgenden Satz 2, der lautet, „der Abschluss des Vertrages in elektronischer Form ist ausgeschlossen.“ Es ist also insoweit zu beachten, dass der Abschluss in nunmehr grundsätzlich möglicher elektronischer Form den Anforderungen des Verbraucherdarlehensrechts nicht gerecht wird und ein Verstoß die Nichtigkeitsfolge des §494 BGB nach sich ziehen wird. Im Hinblick auf die Beachtlichkeit strengerer Formvorschriften handelt es sich wohl nur um eine Klarstellung.

Beachtlich ist auch die Einführung der **Textform** in zahlreichen Vorschriften (§493 I.4, 502 II, 505II.3 BGB). Neu ist auch das in Abweichung zu §167 II BGB aufgestellte Formerfordernis für die Erteilung einer auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten **Vollmacht**⁴² durch den Darlehensnehmer in §492 IV.1 BGB, deren Nichtbeachtung die Rechtsfolge des §494 BGB auslöst. Die Nichtigkeit der Vollmacht ist nicht nach §492 II BGB heilbar⁴³. Eine Genehmigung des vollmachtlos vorgenommenen Rechtsgeschäfts nach den allgemeinen Vorschriften ist freilich nicht ausgeschlossen⁴⁴. Das Formerfordernis des Abs. 4 S.1 gilt nach S. 2 nicht für notariell beurkundete Vollmachten und Prozessvollmachten.

Eine Abweichung von der bisherigen Rechtslage könnte sich evtl. daraus ergeben, dass im Rahmen des § 502, der die Rechtsfolgen bei Formverstößen bei Teilzahlungsgeschäften regelt, das Wörtchen „**insgesamt**“ fehlt. Bis dahin lautete § 6 I VerbrKG: „Der Kreditvertrag ist nichtig, wenn die Schriftform *insgesamt* nicht eingehalten ist oder wenn eine der in (...) vorgeschriebenen Angaben fehlt. Auch in §494 RE findet sich diese Formulierung in Bezug auf die Nichtigkeitsfolge bei Darlehensverträgen. Bei der Nichtigkeit von Teilzahlungsgeschäften indes fehlt das Wörtchen „insgesamt“. Freilich wurde schon zu §6 VerbrKG darauf hingewiesen, es handele sich lediglich um eine wenig gelungene Abgrenzung zur 2. Alternative, die Formulierung bedeute nicht, dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts allein dann greife, wenn die vorgeschriebene Schriftform von den Parteien zur Gänze ignoriert wird. Die insoweit bestehenden Gegenstimmen⁴⁵ könnten durch die Differenzierung in den einzelnen Regelungen aber Auftrieb erhalten. Es kann freilich angezweifelt werden, ob der Gesetzgeber hier eine bewusste Differenzierung vorgenommen hat.

Eine Verschärfung des Formgebotes sah §505 II RE für im Fernabsatz geschlossene Ratenlieferungsverträge vor, die aber nach der entgültigen Gesetzesfassung wieder

⁴² Auf der Grundlage des alten Rechts sprach sich die h.M. gegen die Erforderlichkeit von Pflichtangaben in einer Vollmachtsurkunde, bzw. gegen die Beachtlichkeit der Schriftform als solcher in Bezeichneten Vertretungsfällen aus, vgl. Nachweise in BGH ZIP 2001, 911f.

⁴³ Reiff in Anwaltkommentar, §494 B II.

⁴⁴ ebd., §494 C IV.

⁴⁵ Zum Streitstand: Staudinger/ Kessal- Wulf, VerbrKrG § 6, Rdn 6.

rückgängig gemacht wurden, so dass die bisherige Rechtslage unverändert weiter gelten wird⁴⁶: Nach § 2 VerbrKG finden auf den Ratenlieferungsvertrag die Vorschriften des §§ 4 I.1 und III, 7 I und I und 8 VerbrKG Anwendung. Insoweit ist für den Vertragsschluss Schriftform vorgeschrieben. Statt der Schriftlichkeit genügt im Fernabsatz gem. § 8 I VerbrKG jedoch die rechtzeitige Zurverfügungstellung der Angaben auf einem dauerhaften Datenträger. § 8 VerbrKG ist aber nur entsprechend anwendbar, weil der Verweis in § 2 VerbrKG nur auf das Formerfordernis des § 4 I.1 VerbrKG zielt, nicht aber auf die Pflichtangaben des § 4 I.4 VerbrKG. Diese Pflichtangaben (im Verkaufsprospekt) werden von § 8 VerbrKG aber gerade verlangt. Dieser Widerspruch lässt sich dadurch auflösen, dass man der beschränkten Verweisung auf das Formerfordernis den Vorrang einräumt. Aus der entsprechenden Anwendung folgt dann, dass die schriftliche Form bei Ratenlieferungsverträgen nicht eingehalten werden muss, wenn der Verbraucher seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung auf Grundlage eines Verkaufsprospektes abgegeben hat, den er in Abwesenheit der anderen Vertragspartei eingehend zur Kenntnis nehmen konnte, ohne dass darin Pflichtangaben enthalten sein mussten⁴⁷. Diese Auslegung erscheint insofern angemessen, als sogar die gefährlicheren Kreditgeschäfte vom Formzwang des § 4 VerbrKG befreit sind, wenn die Informationspflichten nach § 8 VerbrKG erfüllt sind. Die in § 505 II.1 RE enthaltene Formverschärfung- dieser sah zwingend die Schriftform vor- wurde insoweit revidiert. § 505 II BGB lautet nunmehr: „Der Ratenlieferungsvertrag bedarf der schriftlichen Form. Satz 1 gilt nicht, wenn dem Verbraucher die Möglichkeit verschafft wird, die Vertragsbestimmungen einschließlich der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern⁴⁸. Der Unternehmer hat dem Verbraucher den Vertragsinhalt in Textform mitzuteilen“ Der Formulierungsvorschlag bringt damit eine weitgehende Annäherung an das geltende Recht. Freilich wäre eine Formulierung, die auf die Möglichkeit der eingehenden Kenntnisnahme abstellt mit Blick auf den Zweck der Regelung sinnvoller und entspräche besser der Regelung in § 8 I VerbrKG.

c) Zinsschadenspauschale für sog. „Hypothekenkredite“

Die am prominentesten hervorragende Änderung ist sicherlich die Einführung einer **Zinsschadenpauschale für grundpfandrechtlich gesicherte Darlehensverträge iSd. §§ 491 III Nr.1 BGB-** in der Begründung zum RE auch als Hypothekenkredite bezeichnet- **in § 497 I BGB.** Danach hat der Verbraucher, soweit er mit Zahlungen, die er auf Grund des Darlehensvertrags schuldet, den geschuldeten Betrag mit zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen und gerade nicht mit dem in allen übrigen Fällen maßgeblichen Verzugszins von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gem. §§ 497 I, 288 I BGB.

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs werden mit dieser Neuregelung folgende Ziele verbunden:

Die vereinfachte Berechnung des zu ersetzenden Verzugsschadens soll zu einer Entlastung der Gerichte führen⁴⁹ und den Vertragsparteien zu größerer wirtschaftlicher Planbarkeit und

⁴⁶ Zur Frage der Vereinbarkeit mit der Verbraucherkreditrichtlinie vgl. Reiff in Anwaltskommentar, § 502 B I.

⁴⁷ Staudinger/ Kessal- Wulf, § 2 Rdn. 33; vgl. Auch OLG München ZIP 2001, 520ff.

⁴⁸ Vgl. schon die Gegenäußerung, S. 63 zu Nr. 120.

⁴⁹ Zu den Problemen der konkreten Schadensberechnung von Zinsschäden vgl. Köndgen, aaO., S. 466, 474f. Hier wird u.a. auf die Abgrenzungsprobleme von Zinsmargenschaden (Differenz Vertragszins- Refinanzierungszins) und Zinsverschlechterungsschaden (Differenz Vertragszins- Wiederanlagezins) hingewiesen.

Vorhersehbarkeit verhelfen. Durch die Kopplung an den Basiszinssatz wird ferner eine flexible Anpassung an die Veränderungen des allgemeinen Zinsniveaus erreicht und die nach der derzeitigen Rechtslage bestehende Festlegung auf einen gesetzlichen Zinssatz von 4% aufgegeben. Die Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz erschien dem Entwurfsverfasser bei grundpfandrechtlich gesicherten Darlehn insoweit unangebracht, als diese Pauschale weit über dem tatsächlichen Verzugschaden der Darlehnsgeber bei Hypothekenkrediten läge, da bei diesen die Refinanzierungskosten wesentlich geringer seien⁵⁰.

d) Probleme im Hinblick auf die Verjährung von Verzugszinsen

Die Verjährung von Verzugszinsen regelt der neue §497 III 3 BGB, der den alten §11 III 3 VerbrKG ersetzen soll. Sachliche Änderungen sollten damit ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfes nicht verbunden sein. Tatsächlich ergaben sich auf der Grundlage des Regierungsentwurfes erhebliche Abweichungen, die aber keinen Eingang in die entgeltliche Fassung fanden. Die nunmehr überwundene Problematik des RE soll im folgenden dargestellt werden, um die eigenwillige Regelungsstruktur in §497 III.3 zu erhellen:

Nach der alten Rechtslage waren gem. §11 III.3 VerbrKG die §§197 und 218 II BGB a.F. unanwendbar, so dass Verzugszinsen in jedem Fall der regelmäßigen 30-jährigen Verjährung unterlagen⁵¹. Diese Regelung hatte ihren Grund in der gegenüber §367 I BGB spezielleren Regelung des §11 III.1 VerbrKG über die Anrechnung von Teilleistungen. Danach waren Teilleistungen zunächst auf die Kosten, dann auf den geschuldeten Betrag und zuletzt auf die Verzugszinsen anzurechnen. So konnten Jahre vergehen bis eine Leistung des Verbrauchers auf die Verzugszinsen anrechenbar war und inzwischen konnte der Anspruch auf die Verzugszinsen verjährt sein. Der Kreditgeber sollte nach Sinn und Zweck der Regelung nicht gezwungen sein, allein aufgrund von Verzugszinsansprüchen die Verjährung (etwa durch Klageerhebung) zu unterbrechen.⁵² Deshalb wurde die kurze Verjährung für nicht anwendbar erklärt.

Der RE hielt an der Reihenfolge der Anrechnung von Teilleistungen in §497 III.1 RE fest. Im Hinblick auf die Verjährung wurde nun §197 II RE durch §497 III 3 RE für unanwendbar erklärt. §197 II RE nahm titulierte Ansprüche, die wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, von der 30-jährigen Verjährung aus und unterstellte sie der regelmäßigen, d.h. 3-jährigen Verjährung. Daraus ergab sich folgende Problematik: Hatte der Kreditgeber einen Titel über den Rückzahlungsanspruch und den Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen erlangt, so verjährte der Hauptanspruch nach § 197 I Nr.3 RE in 30 Jahren. Da §197 II RE wegen § 497 III 3 nicht anwendbar sein sollte, galt dasselbe auch für den Anspruch auf die Verzugszinsen. Hatte der Kreditgeber hingegen keinen Titel erlangt, so unterlagen der Darlehensrückzahlungsanspruch und der Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen beide der regelmäßigen 3-jährigen Verjährung nach § 195 RE. Insoweit ergab sich bei wortgetreuer Auslegung entgegen der Entwurfsbegründung ein Unterschied zur bisherigen Rechtslage. Aufgrund der in diesem Fall nunmehr geltenden kurzen Verjährungsfrist, hätte sich ein

⁵⁰ In der Begründung zum RE, S. 256 heißt es ferner: „, ein Vergleich zwischen den Durchschnitts-Refinanzierungskosten bei Standardkrediten und Hypothekenkrediten verdeutlicht, dass diese bei Realkrediten um ca. 2 bis 3 % geringer sind. Dem trägt die in §497 I.2 bestimmte Zinspauschale von 2, 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz Rechnung.“

⁵¹ Bei nicht titulierten Ansprüchen ergibt sich dies aus § 195 BGB, bei titulierten aus § 218 I BGB

⁵² Palandt/Putzo, § 11 VerbrKG Rdn. 9

Kreditgeber durchaus gezwungen sehen können, eine Unterbrechung der Verjährung⁵³ allein wegen der drohenden Verjährung der Zinsansprüche herbeizuführen. Damit aber verfehlte die Neufassung auch den angestrebten Gesetzeszweck.

Die von Bülow⁵⁴ schon im Hinblick auf den Diskussionsentwurf erkannte und schließlich auf Hinweis der Stellungnahme des Bundesrates aufgegriffene Problematik löst die entgeltliche Gesetzesfassung jetzt durch Einfügung eines Satzes im Anschluss an §497 III.2 RE: „Die Verjährung der Ansprüche auf Darlehensrückerstattung und Zinsen ist vom Eintritt des Verzugs nach Absatz 1 an bis zur Feststellung in einer in §197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 bezeichneten Art gehemmt, jedoch nicht länger als zehn Jahre von ihrer Entstehung an.“ Diese nicht unbedingt zur Übersichtlichkeit der Verjährungsregelungen beitragende Ergänzung hat ihren Ursprung in der Feststellung des Bundesrates, dass die Verjährung allein durch den Schuldnerverzug nicht gehemmt werde⁵⁵. In der Sache freilich ist die Änderung insoweit zu begrüßen, als der ursprüngliche Gesetzeszweck mit ihr erreicht werden kann, indem der Darlehensgeber nunmehr nicht mehr gezwungen ist, allein zur Vermeidung des Verjährungseintritts die Titulierung zu betreiben und so die Schuldenlast des Darlehensnehmers noch zu erhöhen. Durch die Einfügung des bezeichneten Satzes ergeben sich freilich geringfügige redaktionelle Änderungen

Klarstellend dürfte die Einfügung in §497 II.2 BGB gemeint sein, nach der die Höchstgrenze für Verzugsschäden wegen Zinsverlusten nun ausdrücklich durch **§ 246 BGB** gezogen wird. In der Altregelung war allein davon die Rede, dass der Schadensersatz nur bis zur Höhe des gesetzlichen Zinssatzes verlangt werden kann. Dies schloss nach h.M. eine Verzinsung von bis zu 5% bei Existenzgründerdarlehn nicht aus⁵⁶.

e) Widerrufsrecht und verbundene Geschäfte

Die Begründung zum RE verwies auf eine unveränderte Rechtslage hinsichtlich des Widerrufsrechts⁵⁷: „§495 entspricht- bis auf redaktionelle Anpassungen an die neue Diktion des Darlehensrechts und die Anpassungen der Verweisungen- dem bisherigen §7 VerbrKG. Der Satz 2 des bisherigen §7 I VerbrKG geht in §503 I RE auf⁵⁸. Der bisherige Absatz 2 des §7 VerbrKG konnte im Hinblick auf die in §355 III RE (...) allgemeine Erlöschensfrist⁵⁹ entfallen. Der bisherige Satz 2 des §7 IV

⁵³ nach neuer Terminologie der „Neubeginn der Verjährung“, § 212 I RE

⁵⁴ a.a.O. S. 160 f

⁵⁵ Stellungnahme des Bundesrates, Drucksache 338/01, S. 69f zu Nr. 119.

⁵⁶ Staudinger, VerbrKrG, § 11 Rdn 28.

⁵⁷ RE, S. 255f.

⁵⁸ Einräumung eines Rückgaberechts.

⁵⁹ Diese beträgt nun maximal 6 Monate.

VerbrKG zum finanzierten Teilzeit- Wohnrechtevertrag⁶⁰ konnte im Hinblick auf die allgemeine Regelung verbundener Verträge in den §§358, 359 RE entfallen.

Dasselbe gilt für die bisherigen Regelungen im geltenden §8 II und 9 VerbrKG. Der bisherige §8 I(I) geht in §502 II RE auf⁶¹ „

Tatsächlich aber ergaben sich in Details aufgrund fehlerhafter Verweisungen inhaltliche Abweichungen, die in der entgültigen Fassung nicht mehr enthalten sind.

Auch in den Fällen, in denen vormalig auf verbundene Geschäfte nach §9 VerbrKG verwiesen wurde und nunmehr auf §§358, 359 BGB Bezug genommen wird, werden sich wohl keine nachhaltigen sachlichen Änderungen ergeben. Zwar wird die im Rahmen des Einwendungsdurchgriffs relevante Begrifflichkeit der fehlgeschlagenen Nachbesserung, bzw. der Ersatzlieferung durch den entsprechend den Änderungen im allgemeinen Schuldrecht eingeführten Begriff der „**Nacherfüllung**“ ersetzt, indes gehen die alten Termini wohl im neuen Begriff der „Nacherfüllung“ inhaltlich auf.

Sind bei der Durchsicht der **Neuregelungen zu verbundenen Geschäften** im übrigen keine maßgeblichen Änderungen augenfällig, so ist doch die **neue Struktur** etwas gewöhnungsbedürftig und soll hier knapp umrissen werden:

Enthält §358 BGB die Regelungen zum verbundenen Geschäft im allgemeinen so befasst sich §359 BGB, systematisch angeschlossen⁶², mit dem Einwendungsdurchgriff.

Beide Vorschriften haben entsprechend den allgemeinen Änderungen im Darlehensrecht ihre **Terminologie** angepasst und den Begriff des Kreditvertrags, wie ihn die Vorgängerregelungen enthielten, durch die engere Begrifflichkeit des Darlehensvertrags ersetzt. Hieraus ergibt sich in der Sache insoweit keine Änderung, als die einzelnen Vorschriften über Finanzierungshilfen die Regelungen der §§358, 359 BGB für anwendbar erklären.

aa) §358 BGB

In §358 BGB war es das Bestreben des Gesetzgebers die bisherigen Vorschriften des §9 I, II VerbrKG, des §4 FernabsG und des §6 TzWrG in einer Vorschrift zusammenzufassen, die aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung offen für weitere europäisch veranlasste Rechtsangleichungsmaßnahmen sein soll. Insoweit greift die Entwurfsbegründung auf die etwas missratene Formulierung zurück: Die Schaffung des §358 RE solle „keine Änderung der Rechtslage, wohl aber eine weitere Vereinheitlichung der Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen“ bewirken⁶³.

⁶⁰ Unanwendbarkeit der Regelungen über das Widerrufsrecht nach §7 I bis III VerbrKG, wenn der Kreditvertrag der Finanzierung des Erwerbs eines Teilnutzungsrechts an einem Wohngebäude dient und mit dem Erwerbsvertrag eine wirtschaftliche Einheit bildet.

⁶¹ Hier dürfte ein redaktionelles Versehen vorliegen: §502 II RE entspricht vielmehr dem ehemaligen §8 I VerbrKG.

⁶² Kritisch hierzu Köndgen, Darlehen, Kredit und finanzierte Geschäfte nach neuem Schuldrecht, WM 2001, 1637 (1646)

⁶³ RE, S. 200.

§358 I BGB umschreibt den Fall, dass der Verbraucher seine auf Abschluss eines Vertrags über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung gerichtete Willenserklärung widerruft. Ist dieser Widerruf gemäß §§355, 356 BGB wirksam erfolgt, so ist der Verbraucher automatisch⁶⁴ auch nicht mehr an seine auf den Abschluss eines verbundenen Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung gebunden. Wann eine solche „Verbundenheit“ vorliegt regelt die Legaldefinition in §355 III, die die Regelungen der §§ 9 I VerbrKG, 4 FernabsG und 6 TzWrG zusammenfasst. Dadurch, dass der verbundene Vertrag als widerrufen gilt und durch die Anordnung in §358 IV.1 BGB, wonach §357 BGB für den verbundenen Vertrag entsprechend gilt, wird ein Rückabwicklungsgleichlauf der miteinander verbundenen Verträge erreicht.

§358 II betrifft den umgekehrten Fall, nämlich den des Widerrufs des Verbraucherdarlehensvertrags wie er zuvor in §9 II VerbrKG geregelt war. Auch hier gilt der mit dem Darlehensvertrag verbundene Vertrag als widerrufen und es erfolgt der erwähnte Rückabwicklungsgleichlauf. In Entsprechung der geltenden Rechtslage nach § 8 II VerbrKG sieht §358 II.2 RE vor, dass die Bestimmungen des Abs.2 nicht für den Fall gelten, dass der Verbraucher bereits den finanzierten Vertrag nach Maßgabe der §§355, 356 BGB widerrufen kann.

Eine klarstellende Neuerung bringt Abs.4: Dessen S.1 bestimmt zunächst, dass die Rückabwicklung des verbundenen Vertrags wie die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags erfolgt, nämlich nach §357 BGB. Dies war bis dahin ausdrücklich nur für den Fall geregelt, dass der verbundene Vertrag der Darlehensvertrag ist⁶⁵, nicht aber für den Fall, dass der Darlehensvertrag widerrufen wird. Eine sachliche Änderung folgt daraus freilich nicht.

Nach §358 IV.2 BGB dürfen dem Verbraucher aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrags in den Fällen des Abs.1 keine Zinsen und Kosten auferlegt werden.

Der folgende S.3 entspricht der bislang in **§9 II.4 VerbrKG** enthaltenen Regelung, wonach der Darlehensgeber für den Fall, dass der mit dem Kaufvertrag verbundene **Darlehensvertrag widerrufen wird und der Darlehensbetrag dem Verkäufer schon zugeflossen** ist, in die Rechte und Pflichten des Verkäufers aus dem Kaufvertrag eintritt. Dadurch soll dem Verbraucher erspart werden, den Darlehensbetrag zunächst zu erstatten und sich seinerseits an den Verkäufer wegen der Rückzahlung des Kaufpreises halten zu müssen. Diesen Gedanken greift die Regelung des **§358 IV.3** auf und **verallgemeinert ihn auf sonstige mit einem Darlehensvertrag verbundene Verträge**. Insoweit wird der Begriff des „Verkäufers“ durch den des „Unternehmers“ und der des „Kaufvertrags“ durch den des „verbundenen Vertrags“ ersetzt.

Abs. 5 enthält besondere Anforderungen an die Belehrung über das Widerrufsrecht, die den bisherigen §§9 II.2 VerbrKG, 4 I.2 FernabsG, 6 I.2 TzWrG entsprechen.

bb) §359 BGB

Im Hinblick auf die Regelung zum Einwendungsdurchgriff in §359 ist bereits auf die **gänderte Begrifflichkeit der „Nacherfüllung“** hingewiesen worden. Die Vorschrift entspricht i.ü. weitgehend dem bisherigen §9 III VerbrKG. Indes ist auch hier der Anwendungsbereich insofern **erweitert** worden, als der Begriff des „Verkäufers“ durch den des „**Unternehmers**“ ersetzt wurde.

⁶⁴ Vgl. insoweit den Wortlaut „gilt als widerrufen“. Es kommt insoweit *hinsichtlich des verbundenen Darlehensvertrags* weder auf einen wirksamen Widerruf noch auf ein Widerrufsrecht an.

⁶⁵ §4 I.3 FernabsG; §6 I.3 TzWrG.

f) Finanzierungshilfen

Untertitel 2 differenziert- wie gesehen- die verschiedenen Formen der Finanzierungshilfe in folgende Gruppen: entgeltlicher Zahlungsaufschub, sonstige Finanzierungshilfe, Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte.

§499 BGB stellt insoweit die Basisnorm für die Kreditformen des Zahlungsaufschubs und der sonstigen Finanzierungshilfe dar. Nach Abs.1 der Vorschrift sind auf diese Kreditformen grds. die für das Verbraucherdarlehn geltenden Vorschriften anzuwenden. Voraussetzung hierfür sind wie bisher das Vorliegen eines Verbrauchervertrags- mit den schon zuvor bezeichneten Änderungen in der Beweislage- und die Entgeltlichkeit der Finanzierungshilfe.

Abs. 2 bestimmt, dass für Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte, die in den §§ 500 bis 504 geregelten Besonderheiten gelten. Die Entwurfsbegründung stellt insoweit klar, dass es sich bei den in Abs. 2 genannten Verträgen um Spezialformen der in Abs.1 genannten Verträge handelt. Dies folge aus dem Regelungszusammenhang in der Vorschrift des §499 RE⁶⁶. Daraus ergibt sich u.a., dass auch insoweit ein Verbrauchervertrag und Entgeltlichkeit zu fordern sind.

Bei Finanzierungsleasingverträgen und Teilzahlungsgeschäften unterscheidet sich die Neuregelung **gesetzgebungstechnisch** dadurch von der Altregelung, dass die anwendbaren Normen nun **positiv** genannt werden und nicht wie bei §3 II VerbrKG die nicht anwendbaren Normen aufgelistet werden. Ausweislich der Begründung sollen sich auch insofern keine Änderungen ergeben. Indes sind einige Vorschriften, die früher formal anwendbar waren, aber inhaltlich leer liefen nun überhaupt nicht mehr anwendbar⁶⁷. Eine Neuregelung ergibt sich freilich aus der Einführung eines Formzwangs iSd. §492 IV BGB. Dadurch dass diese Vorschrift nicht von der Verweisung in §§500, 501 BGB erfasst ist folgt die Zulässigkeit der formlosen Vollmachtserteilung bei Finanzierungsleasingverträgen und Teilzahlungsgeschäften.

Unverständlich ist die Verweisung in §500 und 501 auf §492 II, der die Legaldefinition des effektiven Jahreszinses erhält. Die Regelung hat ihre Bedeutung im Zusammenhang mit der Pflichtangabe zum effektiven Jahreszins in §492 I.5 Nr. 5. Diese Vorschrift ist aber auf Finanzierungsleasingverträge und Teilzahlungsgeschäfte sowieso nicht anwendbar. Der Verweis auf die Legaldefinition hängt damit in der Luft.

Der bisherige **§13 II.1 VerbrKG**, wonach auf den Rücktritt die Regelungen der §§346- 354 und 356 BGB Anwendung finden sollen, hat **keine Entsprechung mehr**.

g) Ratenlieferungsverträge

⁶⁶ RE, S. 257.

⁶⁷ Vgl. RE, S. 257. Hier wird u.a. auf das in §503 II.1 RE geregelte Rücktrittsrecht bei Teilzahlungsgeschäften hingewiesen, das bisher in §13 I, II VerbrKG geregelt war und nach dem bisherigen §3 II Nr.1 VerbrKG auch für Finanzierungsleasingverträge gelten sollte. Insoweit hätte man von einer Rücktrittsmöglichkeit unter den Voraussetzungen des §13 VerbrKG ausgehen können; dem stand aber bei einem in Vollzug gesetzten Finanzierungsleasingvertrag schon entgegen, dass es sich bei einem solchen um einen auf Gebrauchsüberlassung des Leasingguts gerichtetes Dauerschuldverhältnis handelt, bei dem ein Rücktritt ausgeschlossen ist

Maßgebliche Änderungen sind auch nicht im Hinblick auf Ratenlieferungsverträge ersichtlich. Dass im Anschluß an §505 I Nr.2 BGB nun das Wörtchen „oder“ eingefügt wurde, ist wohl insoweit ohne Bedeutung als auch zuvor die in der entsprechenden Vorschrift des §2 VerbrKG genannten Voraussetzungen nur alternativ, nicht kumulativ vorliegen mussten, um einen Ratenlieferungsvertrag anzunehmen.

Geringfügig problematischer könnte das in Abs.2 S.1 genannte Schriftformerfordernis sein, denn insoweit beschränkt sich die Neufassung, ähnlich dem alten §2 VerbrKG, der allein auf §4 I.1 und III verwies, auf die Feststellung: „Der Ratenlieferungsbetrag bedarf der schriftlichen Form. Insoweit ging *Kessal- Wulf*⁶⁸ entgegen Ulmer und Rottenburg von einem Redaktionsversehen aus und wollte die den Schriftformzwang auflockernden Bestimmungen des §4 I.2 und 3 VerbrKG angewandt wissen. Da die Neuregelung nun den Verweis auf die Formvorschriften durch eine „verbale Ausformulierung“ ersetzte, dürfte die Annahme eines Redaktionsversehens umso schwerer haltbar sein.

h) Zwingendes Recht

Mit Blick auf „abweichende Vereinbarungen“ ist festzustellen, dass solche nach alter Rechtslage automatisch unwirksam waren⁶⁹, wohingegen §506 S.1 BGB die Formulierung wählt: „darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden“. Abgesehen, dass diese Wendung weniger prägnant und eindeutig ist, stellt sich auch eine inhaltliche Frage: Ist auch der einseitige Verzicht vom Unabdingbarkeitsgebot erfasst? Diese schon im Rahmen des §18 S.1 VerbrKG geführte Diskussion- dieser sprach von der Unzulässigkeit „abweichender Vereinbarungen“- hält *Reiff*⁷⁰ wegen des nunmehr weiteren Gesetzeswortlauts für obsolet. Auch wenn die amtliche Überschrift insoweit zu eng gefasst ist, als sie wie §18 S.1 VerbrKG von abweichenden Vereinbarungen spricht, wird man sich wegen des weiter gefassten S.1 und im Interesse eines umfassenderen Verbraucherschutzes für eine Unzulässigkeit eines einseitigen Verzichts entscheiden müssen.

Zusammenfassung: Die wesentlichen Änderungen des Verzugsrechtes

⁶⁸ Staudinger/ Kessal- Wulf, §2 VerbrKG Rdn 27 mit Nachweisen zum Streitstand.

⁶⁹ §18 S.1 VerbrKG: „...ist unwirksam“.

⁷⁰ Reiff in Anwaltkommentar, §506 A.

Verzögerungsschaden, §§ 280 I, II, 286 BGB

- neben der kalendermäßigen Bestimmbarkeit der Leistungszeit reicht generell die Bestimmbarkeit nach dem Kalender aus, § 286 II Nr. 2 BGB. Die bisherige Sonderrolle der Kündigung (§ 284 II 2 BGB aF) ist deshalb einem allgemeinen Prinzip gewichen.
- § 286 III S. 1 BGB ist anders als § 284 III BGB aF nicht lex specialis, sondern dient der Ergänzung der allgemeinen Regeln. Das bedeutet, dass künftig Verzug bei Geldforderungen auch wieder über den Weg der Mahnung/kalendermäßigen Bestimmung herbeigeführt werden kann. Nach § 286 III S. 2 BGB muss ein Verbraucher auf die Wirkung der Rechnung und einen nachfolgenden Zeitablauf von 30 Tagen hingewiesen werden.

Schadensersatz statt der Leistung, § 280 I, III, 281 BGB

- in § 281 BGB ist anders als in § 326 BGB aF nicht ausdrücklich auf die Verzugsvoraussetzungen Bezug genommen. Schadensersatz statt der Leistung setzt also anders als nach § 326 BGB aF keine Mahnung mehr voraus. Im Ergebnis ergeben sich wohl keine Unterschiede, da in der weiterhin erforderlichen Fristsetzung stets auch eine Mahnung iSd § 286 BGB zu sehen sein wird
- eine mit der Fristsetzung verbundene Ablehnungsandrohung ist nicht mehr erforderlich
- anders als bisher geht der Anspruch auf die Primärleistung nicht mehr automatisch mit Ablauf der gesetzten Frist unter, sondern nach § 281 III BGB erst mit der Wahl des Schadensersatzes
- es besteht im Falle des Verzugs ein Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 323 I S. 1 HS 1 BGB. Künftig ist nach der Regelung des § 325 BGB auch der Schadensersatzanspruch statt der Leistung mit dem Rücktritt kombinierbar, was bisher aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 326 BGB ausgeschlossen war.

Verzugszinsen

- bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz jetzt 8 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, § 288 II BGB