

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 607

Ohne ausdrückliche Abrede steht dem Darlehensgeber ein vereinbartes Disagio erst zu, wenn der Darlehensnehmer den auszahlenden Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB empfangen hat, die Valuta also endgültig aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehensnehmers zugeführt worden ist.

BGH, Urt. v. 21. Februar 1985 - III ZR 207/83 - OLG Frankfurt
am Main
LG Frankfurt
am Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 207/83

URTEIL

Verkündet am: 21. Februar 1985

Freitag

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Udo Erwin T [REDACTED],

B[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Vereinsbank N[REDACTED] AG,

vertreten durch ihre Vorstandsmitglieder Dr. Jürgen F[REDACTED],

Dr. Egon H[REDACTED], Dr. Jürgen P[REDACTED],

M[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED] 1,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1985
durch die Richter Kröner, Dr. Tidow, Dr. Engelhardt,
Dr. Halstenberg und Dr. Werp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts Frankfurt am Main vom 2. No-
vember 1983 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Ur-
teil der 18. Zivilkammer des Landgerichts
Frankfurt am Main vom 29. Juni 1982 bleibt
zurückgewiesen.

Auf die Anschlußberufung der Beklagten wird
das Urteil des Landgerichts abgeändert.

Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen
Urkunde vom 23. Juli 1980 (Urkundenrolle
214/1980 des Notars Dr. Dr. Albert P.,
Frankfurt am Main) wird für unzulässig er-
klärt, soweit daraus ein höherer Betrag als
64.939,36 DM nebst 8 % Zinsen von 64.526,86 DM
ab 10. September 1980 und von weiteren
412,50 DM ab 21. Oktober 1980 vollstreckt
wird.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Von den Kosten der ersten beiden Rechtszüge haben der Kläger 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen, von den Kosten des Revisionsrechtszuges der Kläger 97 % und die Beklagte 3 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Juli 1980 bewilligte die beklagte Hypothekenbank dem Kläger auf seinen Antrag ein Darlehen über 1.600.000 DM zur Finanzierung eines Grundstückskaufes; für das Darlehen sollten die Allgemeinen Darlehensbedingungen der Beklagten gelten. Der Kläger unterzeichnete am 27. Juli 1980 eine Darlehensurkunde und bestellte der Beklagten zur Sicherung eine mit 18 % zu verzinsende Grundschild. In der notariellen Grundschildurkunde übernahm er zugleich die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags in Höhe der vereinbarten Grundschild und unterwarf sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen (Urkundenrolle 214/1980 des Notars Dr. Dr. Albert P., Frankfurt am Main).

Am 31. Juli 1980 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Darlehensteilabrechnung über 1.550.000 DM und überwies - nach Abzug des vereinbarten Disagios von 3 %, der Zinsen von 8 % für August 1980 und der Bearbeitungsge-

bühr von 4.800 DM - einen Betrag von 1.488.022,22 DM auf Bitten des Klägers an den Notar Dr. Dr. P. zu treuen Händen mit dem Auftrag, davon zur Eigentumsumschreibung und zur Beschaffung der ersten Rangstelle für die Grundschuld Gebrauch zu machen, wenn die Beklagte ihn - nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen - dazu ermächtigte. Hierzu kam es jedoch nicht; der Grundstückserwerb scheiterte. Die Beklagte erhielt am 10. September 1980 den Treuhandbetrag von 1.488.022,22 DM von dem Notar zurück, kündigte dem Kläger das Darlehen zum 30. September 1980 und verlangte von ihm noch Zahlung von 71.839,82 DM gemäß folgender Berechnung:

0,3 % Bearbeitungsgebühr von 1.600.000 DM	4.800,-- DM
3 % Disagio von 1.550.000 DM	46.500,-- DM
8 % Zinsen von 1.550.000 DM für August 1980	10.677,78 DM
für die Zeit vom 1.-9. Sep- tember 1980	3.100,-- DM
	65.077,78 DM
8 % Zinsen von 65.077,78 DM für die Zeit vom 10.-30. Sep- tember 1980	303,70 DM
1/2 % Rücknahmeentschädigung aus 1.550.000 DM vom 1. Oktober 1980 bis 31. Juli 1981 (Rücknahmesperr- frist)	6.458,34 DM
	71.839,82 DM.
	=====

Wegen dieses Betrages betreibt die Beklagte die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde. Der dagegen gerichteten Vollstreckungsgegenklage hat das Landgericht nur insoweit stattgegeben, als die Beklagte wegen eines Betrages von mehr als 18.745,28 DM vollstreckt. Das Oberlandesgericht hat die Klage ganz abgewiesen. Mit der Revision wendet sich der Kläger nur noch insoweit gegen die Zwangsvollstreckung, als sie wegen eines Betrages von mehr als 4.800 DM (Bearbeitungsgebühr) betrieben wird.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Nach dem Darlehensvertrag könne die Beklagte außer der Bearbeitungsgebühr vom Kläger auch das Disagio, die Zinsen für die Zeit vom 1. August bis 30. September 1980 und die Rücknahmegebühr für die Folgezeit bis zum Ende der vereinbarten Rückzahlungssperrfrist verlangen. Die Verzinsungspflicht habe nämlich nach Nr. I der Darlehensurkunde mit dem Tage der Auszahlung der Darlehensvaluta an den Notar begonnen; anders als der in § 607 BGB erwähnte Empfang des Darlehens setze die Auszahlung nicht voraus, daß der Darlehensnehmer über den Darlehensbetrag frei verfügen könne. Das Disagio sei nicht als verschleierter

Zins, sondern als laufzeitunabhängiger Teil der Darlehensnebenkosten zu betrachten und stehe der Beklagten daher trotz vorzeitiger Vertragsbeendigung voll zu. Die Rücknahmeentschädigung müsse der Kläger nach Nr. IV 2 der Darlehensurkunde zahlen.

II.

Die Revision des Klägers hat teilweise Erfolg.

1. Der Zinsanspruch der Beklagten für die Zeit, in der die Darlehensvaluta sich auf dem Treuhandkonto des Notars befand, wird von der Revision dem Grunde nach nicht in Frage gestellt. Das Berufungsurteil steht insoweit auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 8. November 1984 - III ZR 132/83 = WM 1985, 10 = BB 1985, 82 zu 6). Danach hängt die Verpflichtung zur Zinszahlung nach § 608 BGB vom Parteiwillen ab. Sie wird in der Regel zwar mit dem Darlehensempfang im Sinne des § 607 BGB beginnen; eine abweichende Parteivereinbarung ist aber möglich und liegt insbesondere für die Zeit nahe, in der die Darlehensvaluta zwar noch nicht dem Vermögen des Darlehensnehmers zugeflossen ist, sich aber bereits auf einem Notartreuhandkonto befindet, also vom Darlehensgeber nicht mehr anderweitig genutzt werden kann.
2. Mit Recht bekämpft die Revision dagegen die Auffassung, der Beklagten stehe auch das Disagio von 3 % zu.

a) Wenn das Berufungsgericht das vereinbarte Disagio nicht als verschleierte Zins, sondern als eine laufzeitunabhängige Leistung des Klägers ansieht, so ist diese Vertragsauslegung nach den Rechtsgrundsätzen, die der erkennende Senat in seinem Urteil BGHZ 81, 124 aufgestellt hat, nicht zu beanstanden. Insoweit erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die - vom Berufungsgericht nicht näher begründete - Auffassung, das Disagio stehe der Beklagten ebenso wie die vereinbarten Zinsen bereits zu, nachdem sie die Darlehensvaluta auf das Treuhandkonto des Notars überwiesen habe, auch wenn das Geld von dort später an die Beklagte zurückgeflossen, also nie in die Verfügungsmacht des Darlehensnehmers gelangt sei.

Wenn man - entsprechend den Feststellungen des Berufungsgerichts - das Disagio hier nicht als Zins ansieht, wenn also ein anteiliger Anspruch für die Zeit des Verlustes der Kapitalnutzung ausscheidet, vielmehr das gesamte Disagio nur ganz oder gar nicht zugesprochen werden kann, genügt die Überweisung auf ein Notartreuhandkonto noch nicht, um den Darlehensnehmer zur Zahlung des Disagios zu verpflichten. Falls sich - wie hier - aus dem Darlehensvertrag keine ausdrückliche anderweitige Vereinbarung ergibt, steht dem Darlehensgeber das Disagio erst zu, wenn der Darlehensnehmer den auszufehlenden Darlehensbetrag im Sinne des § 607 BGB empfangen hat, die Valuta also endgültig aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden und dem Vermögen des Darlehens-

nehmers zugeführt worden ist. Allerdings wird ein Disagio vielfach als ein Ausgleich für den laufzeitunabhängigen, einmaligen Verwaltungsaufwand und die Kosten der Kapitalbeschaffung angesehen (vgl. BGH Urteil vom 6. Februar 1963 - V ZR 4/61 = WM 1963, 378, 379; Canaris Bankvertragsrecht 2. Aufl. Rn. 1324; Staudinger/Karsten Schmidt 12. Aufl. § 246 BGB Rn. 23; Oesterreich WM 1979, 822, 824; kritisch Prass BB 1981, 1058, 1059 und Brosch DB 1984, 1696). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dem Darlehensgeber stehe das Disagio bereits zu, wenn er die Valuta auf ein Treuhandkonto überweist. Zwar mögen die genannten Verwaltungs- und Kapitalbeschaffungskosten in diesem Zeitpunkt bereits entstanden sein. Die Belastung des Darlehensnehmers mit diesen Kosten erscheint aber erst gerechtfertigt, wenn er daraus den erstrebten Vorteil erlangt hat, der Darlehensbetrag ihm also vereinbarungsgemäß zugeflossen ist; das Disagio ist eine Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Darlehenskapitals (OLG Frankfurt ZIP 1981, 379, 380; vgl. auch Canaris aaO). Im Disagio kann im übrigen auch ein Ausgleich für das Rückzahlungsrisiko gesehen werden. Dieses Risiko verwirklicht sich erst, wenn das Geld aus dem Verfügungsbereich des Darlehensgebers in das Vermögen des Darlehensnehmers gelangt.

Die Voraussetzungen, unter denen ein Darlehensempfang im Sinne des § 607 BGB und damit ein Anspruch auf das Disagio bejaht werden können, liegen hier nicht vor. Der Notar hatte den Auszahlungsbetrag nicht als Vertreter des Klägers, sondern als Treuhänder erhalten. Nach dem Inhalt des Treuhandauftrags bedurfte er zu jeder weiteren Verwendung des Geldes der besonderen Ermächtigung

der Beklagten. Der Kläger konnte über das Treuhandkonto nicht verfügen; die Darlehensvaluta war seinem Vermögen nicht zugeflossen. Zu einem Darlehensempfang im Sinne des § 607 BGB ist es somit nicht gekommen (vgl. RG JW 1906, 714; 1930, 753).

3. Hilfsweise hat sich die Beklagte bereits in ihrer Berufungsbegründung darauf berufen, daß sie nach Nr. 10 ihrer Allgemeinen Darlehensbedingungen (ADB) von einem Kunden, der entgegen seiner vertraglichen Bindung das Darlehen nicht abnimmt oder die vereinbarten Auszahlungsvoraussetzungen nicht rechtzeitig erfüllt - daß das hier der Fall war, steht außer Streit -, als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Zahlung einer Nichtabnahmeentschädigung in Höhe von 3 % des Darlehensnennbetrages - neben den angefallenen Bereitstellungszinsen, Bearbeitungskosten und Auslagen - verlangen kann. Dieser Anspruch steht ihr zu.

a) Die ADB (Fassung 1977) sind Vertragsinhalt geworden, weil die Beklagte sie dem Kläger mit ihrem Darlehensbewilligungsschreiben vom 18. Juli 1980 zugesandt und darauf ausdrücklich Bezug genommen hatte.

Rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel in Nr. 10 Abs. 2 ADB sind vom Kläger nicht erhoben worden. Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen darüber, wieweit die persönlichen Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 AGBG gegeben sind. Selbst wenn das AGBG in vollem Umfange anwendbar sein sollte, hält die in Nr. 10 ADB getroffene Regelung der Inhaltskontrolle stand. Weder aus der Generalklausel des § 9 AGBG noch aus den

Spezialbestimmungen der §§ 10, 11 AGBG ergeben sich Gründe für eine Unwirksamkeit der Klausel. Die Nichtabnahmeentschädigung von 3 % des Darlehensnennbetrages dient nicht - wie die im Urteil des OLG Hamm NJW 1983, 1503 behandelte Bearbeitungsgebühr - nur zur Abgeltung der entstandenen Aufwendungen (§ 10 Nr. 7 b AGBG), sondern will auch den entgangenen Gewinn ersetzen. Als Schadensersatzpauschale gemäß § 11 Nr. 5 AGBG (vgl. Senatsurteil vom 16. März 1978 - III ZR 112/76 = BB 1978, 833, 834; OLG Nürnberg WM 1968, 346, 348) übersteigt der verlangte Betrag nicht den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden. Hätte der Kläger das Darlehen ordnungsgemäß abgenommen, so wäre der Beklagten als Entgelt für die Zurverfügungstellung des Kapitals alsbald das vereinbarte Disagio zugeflossen und ohne Rücksicht auf die spätere Laufzeit des Darlehens auch endgültig verblieben. Durch die Nichtabnahme ist ihr also auf jeden Fall das Disagio in Höhe von 3 % entgangen. Ob eine Entschädigungspauschale in Höhe des üblichen Disagios stets zu billigen ist, braucht nicht abschließend entschieden zu werden. Jedenfalls bestehen gegen eine Pauschale in Höhe von 3 % - selbst neben einer Bearbeitungsgebühr von 0,3 % - bei einer Hypothekenbank noch keine durchgreifenden Bedenken aus § 11 Nr. 5 a AGBG (ebenso OLG Nürnberg WM 1968, 346, 348; OLG Koblenz WM 1983, 802; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 5 AGBG Rn. 24; Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen 4. Aufl. Anh. §§ 9-11 AGBG Rn. 283; ohne eigene Stellungnahme MünchKomm/Kötz 2. Aufl. § 11 Nr. 5 AGBG Rn. 33; v. Westphalen in Löwe/v. Westphalen/Trinkner 2. Aufl. § 11 Nr. 5 AGBG Rn. 53).

Ein Verstoß gegen § 11 Nr. 5 b AGBG liegt nicht vor, da die ADB der Beklagten in Nr. 10 Abs. 3 dem Darlehensnehmer ausdrücklich den Nachweis vorbehalten, daß ein Schaden überhaupt nicht oder nur wesentlich niedriger entstanden sei. Einen derartigen Nachweis hat der Kläger nicht geführt.

b) Der Anspruch auf die Nichtabnahmeentschädigung rechtfertigt auch die Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung in Nr. 4 der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde vom 23. Juli 1980. Die Übernahme der persönlichen Haftung für die Zahlung des Grundschuldbetrags stellt ein selbständiges Schuldversprechen gemäß § 780 BGB dar (BGH Urteil vom 21. Januar 1976 - VIII ZR 148/74 = NJW 1976, 567; Senatsbeschuß vom 5. November 1981 - III ZR 193/80 zu 1 a m.w.Nachw.). Die Vollstreckungsgegenklage kann nur Erfolg haben, soweit dem Schuldner die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812, 821 BGB zusteht, weil der Gläubiger nur noch einen Anspruch hat, zu dessen Sicherung die Grundschuld nach dem Parteiwillen nicht bestellt werden sollte (vgl. Senatsbeschuß vom 5. November 1981 aaO zu 1 c). Nach Nr. VII 1 der Darlehensurkunde vom 23. Juli 1980 diente die Grundschuld hier aber zur Sicherung aller Ansprüche der Bank aus dem Darlehensverhältnis. Dazu gehört auch der Anspruch auf Zahlung der Nichtabnahmeentschädigung von 3 % gemäß Nr. 10 Abs. 2 ADB.

4. Neben dieser Nichtabnahmeentschädigung steht der Beklagten die geltend gemachte Rücknahmeentschädigung von 6.458,34 DM nicht zu.

Nach Nr. IV 2 der Darlehensurkunde hat der Schuldner, wenn das Darlehen vor Ablauf der Rückzahlungssperrfrist fällig wird, gleichzeitig mit der Rückzahlung für die Zeit von der Fälligkeit bis zum Ende der Rückzahlungssperrfrist eine Entschädigung von jährlich 1/2 % des fälligen Darlehensbetrages an die Bank zu entrichten. Dieser Anspruch setzt voraus, daß der Schuldner das Darlehen vorher gemäß § 607 BGB empfangen hat; nur dann entsteht ein Darlehensrückzahlungsanspruch. Ist es dagegen - wie hier - aus den in Nr. 10 ADB genannten Gründen gar nicht zu einem Darlehensempfang gekommen, so kann die Bank die Nichtabnahmeentschädigung verlangen, nicht aber zugleich die Rücknahmeentschädigung.

III.

Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben. Dem Senat ist eine abschließende Entscheidung möglich, da die Beklagte zu den noch offenen Positionen in der Revisionsverhandlung abschließende Erklärungen abgegeben hat. Danach verlangt sie nur noch Zinsen in Höhe von 8 % jährlich. Der im Schreiben vom 23. September 1980 geforderte Tageszins von 38,41 DM wird nicht mehr geltend gemacht. Hinsichtlich des nicht ausbezahlten Betrages von 50.000 DM beschränkt die Beklagte ihre Ansprüche auf DM 162,50 (3 % p.a. Bereitstellungszinsen aus 50.000 DM vom 1. August 1980 bis 9. September 1980) und DM 250,-- (1/2 % pauschalierte Entschädigung wegen Nichtabnahme aus DM 50.000), zusammen DM 412,50. Gegen

diese den von den Parteien vereinbarten Allgemeinen Darlehensbedingungen entsprechende Berechnung sind Bedenken nicht zu erheben.

Danach kann die Beklagte vom Kläger fordern:

Bearbeitungsgebühr	4.800,-- DM
Nichtabnahmeentschädigung	46.500,-- DM
8 % Zinsen von 1.488.022,22 DM vom 1. August bis zum 9. September 1980	13.226,86 DM
	64.526,86 DM

Dieser Betrag ist ab 10. September 1980 mit 8 % p.a. zu verzinsen.

Weiter stehen der Beklagten als Bereitstellungs- zinsen und Entschädigung für die nicht ausgezahl- ten 50.000 DM noch 412,50 DM zu, insgesamt also 64.939,36 DM. Der Betrag von 412,50 DM ist - ent- sprechend dem Aufforderungsschreiben der Beklagten vom 23. September 1980 - erst ab 21. Oktober 1980 zu verzinsen.

Soweit aus der vollstreckbaren Urkunde ein höherer Betrag vollstreckt wird, ist die Zwangsvollstreckung un- zulässig. Dementsprechend war - unter Aufhebung des Be- rufungsurteils - das landgerichtliche Urteil zu ändern.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97
ZPO.

Kröner

Tidow

Engelhardt

Richter Dr. Halstenberg
ist erkrankt und kann
daher nicht unterschrei-
ben.

Werp

Kröner