

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 246, 607

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Disagio als Teil der Verzinsung des Darlehens anzusehen ist (Ergänzung zu BGHZ 81, 124).

BGH, Urt. v. 1. Juni 1989 - III ZR 219/87 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 219/87

Verkündet am:
1. Juni 1989
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Ralf K[REDACTED], W[REDACTED] Chaussee 98g, M[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

D[REDACTED] K[REDACTED] für B[REDACTED] AG,
vertreten durch ihren Vorstand Herbert B[REDACTED],
Dr. Erwin G[REDACTED] und Klaus H[REDACTED],
K[REDACTED]-W[REDACTED]-Ring 3-5, K[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 1989 durch die Richter Dr. Engelhardt, Dr. Halstenberg, Dr. Werp, Dr. Rinne und Dr. Wurm

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 8. Oktober 1987 wird zurückgewiesen, soweit der Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 27.904,60 DM zu zahlen.

Im übrigen wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 10. Juni 1985 teilweise abändert. Die Klage wird wegen eines weiteren Betrages von 24.637,16 DM nebst 10,5 v.H. Zinsen seit dem 26. Mai 1983 und wegen weiterer 160,92 DM abgewiesen.

Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin, eine Bank für Baufinanzierung, schloß am 17. Januar/1. Februar 1983 mit dem Beklagten zwei schriftliche Verträge über die Gewährung von Baudarlehen in Höhe von je 250.000 DM zu identischen Konditionen. Der Beklagte wollte damit den Erwerb von zwei Reihenhäusern finanzieren. Die Darlehen sollten während der Laufzeit zwar verzinst, aber nicht getilgt werden; bei programmgemäßem Verlauf war eine Ablösung durch Leistungen aus einer Lebensversicherung beabsichtigt. Fälligkeitstermin für die Rückzahlung war zunächst der 30. Januar 1985; Anschlußfinanzierung war vorgesehen. Der Auszahlungskurs betrug 94,25 %; das Disagio war fällig bei Vertragsabschluß. Der Zinssatz für die Auszahlungsphase belief sich auf 6,5 %, der Darlehenszinssatz auf 5,5 % p.a.. Außerdem waren eine "Bearbeitungsgebühr" von 1,0 % und eine "Wertermittlungsgebühr" von je 500 DM zu zahlen. Die Kredite sollten durch Grundschulden von je 250.000 DM auf den zu erwerbenden Hausgrundstücken sowie durch eine zusätzliche Grundschuld von 100.000 DM auf einem weiteren Grundstück des Beklagten abgesichert werden. In die Verträge einbezogen waren die "Bedingungen für Baudarlehen" (BBD) und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin. Die Parteien hatten vereinbart, daß die Klägerin aus jedem der beiden Darlehen zunächst einen Betrag von 90.000 DM auf Notaranderkonto überweisen solle.

Die Klägerin überwies dementsprechend am 2. März 1983 zu Lasten eines jeden der beiden Kreditkonten 90.000 DM, zusammen also 180.000 DM, an den Notar zu treuen Händen, mit der Maßgabe, darüber zu verfügen, wenn und soweit u.a. die

Eintragung der vereinbarten Grundschulden gewährleistet sei.

Mit Schreiben vom 10. März 1983 teilte der Notar der Klägerin mit, daß die vereinbarte Rangstelle für die zusätzliche Grundschuld von 100.000 DM derzeit nicht beschafft werden könne. Am 19. April 1983 hoben der Beklagte und die Bauträgergesellschaft den Kaufvertrag über die Reihenhäuser wieder auf und überwies der Notar den Betrag von 180.000 DM zuzüglich Zinsen an die Klägerin zurück. Mit Schreiben vom 13. Mai 1983 kündigte die Klägerin die beiden Darlehen mit sofortiger Wirkung.

Sie hat die beiden Darlehenskonten per 25. Mai 1983 wie folgt abgerechnet:

1. Konto 0991992 555	
a) Disagio	14.375,00 DM
b) Bereitstellungszinsen	
3 % von 250.000,- DM für die	
Zeit vom 17.1.-1.2.1983	312,50 DM
c) Kontoführungsgebühr	75,00 DM
d) Zwischenkreditzinsen auf das ab	
Vertragsschluß fällige Disagio:	
6,5 % auf 14.375,- DM für die Zeit	
vom 2.2.-2.3.1983	80,46 DM
e) Bereitstellungszinsen	
3 % von 235.625,- DM	
(Kredit ./.. Disagio) für die Zeit	
vom 2.2.-2.3.1983	608,70 DM
Auszahlung per 2.3.83	90.000,00 DM
f) Bearbeitungsgebühr	
(1 % von 250.000,- DM)	2.500,00 DM
g) Wertermittlungsgebühr	500,00 DM

h) Treuhandgebühr gemäß Nr. 4.3 der BBD	150,00 DM
i) Gebühr für die telegrafische Überweisung an den Notar (Nr. 14 (4) AGB)	20,00 DM
j) Zwischenkreditzinsen auf das in Anspruch genommene Darlehen (Auszahlung, Disagio, Zinsen) 6,5 % auf 107.620,- DM für die Zeit vom 3.3.-25.4.1983	621,91 DM
k) Bereitstellungszinsen auf den Darlehensrest 3 % auf 142.380,- DM für die Zeit vom 3.3.-25.4.1983	<u>379,68 DM</u>
	109.623,25 DM
./. Zahlung	- <u>90.000,00 DM</u>
	19.623,25 DM
l) 3 % Vorfälligkeitsent- schädigung	<u>7.500,00 DM</u>
Summe:	27.123,25 DM
2. Konto 0991992 557: wie Ziffer 1:	<u>27.123,25 DM</u>
	54.246,50 DM

Diese Forderung hat die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit eingeklagt. Sie beansprucht ferner ab 26. Mai 1983 Zinsen von 10,5 v.H., die sie gemäß Nr. 18 (1) i.V.m. Nr. 14 (3) ihrer AGB in Höhe des für Kontoüberziehungen zu zahlenden Entgelts (Zinsen, Gebühren, Provisionen) festgesetzt hat.

Der Beklagte hat in Abrede gestellt, daß die Klägerin einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung der Darlehen gehabt habe. Er hat vorgetragen, vielmehr sei durch die Aufhebung des Kaufvertrages die Geschäftsgrundlage für die Darlehen weggefallen. Die Klägerin könne daher das Disagio nicht beanspruchen, zumal die Darlehen überhaupt nicht ausbezahlt worden seien. Der Beklagte hat ferner auch die

übrigen Einzelpositionen der Abrechnung der Klägerin mit näheren Ausführungen angegriffen und insbesondere hinsichtlich der Vorfälligkeitsentschädigung geltend gemacht, die diese Forderung begründenden Bestimmungen in den AGB seien unwirksam. Außerdem hat der Beklagte die Zinsforderung bestritten.

Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der Gebühren für die telegrafische Überweisung (Position i entsprechend 2 x 20 DM) nebst den darauf entfallenden Zinsen abgewiesen und den Beklagten im übrigen, d.h. in Höhe von 54.206,50 DM nebst Zinsen, antragsgemäß zur Zahlung an die Klägerin verurteilt. Mit der Berufung hat der Beklagte Klageabweisung nur noch in Höhe weiterer 51.573,82 DM nebst Zinsen begehrt. Die Bereitstellungszinsen (Position b, e, k) hat er nicht mehr angegriffen. Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung hinsichtlich der Treuhandgebühren (Position h) nur in Höhe von jeweils 20 DM für berechtigt gehalten und dementsprechend die Hauptforderung der Klägerin um weitere (2 x 130 =) 260 DM nebst Zinsen gekürzt. Außerdem hat es der Klägerin die auf die Zwischenkreditzinsen beanspruchte Verzinsung ab-erkannt. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren mit der im Berufungsrechtszug vorgenommenen Einschränkung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die von der Klägerin erklärte Kündigung zur vorzeitigen Beendigung der Darlehensverträge geführt hat. Dabei ist es unerheblich, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen eines der in Nr. 5.2.1 bis 5.2.11 BBD festgelegten Kündigungsgründe vorgelegen haben, insbesondere ob die formellen Erfordernisse der Nr. 5.2.6 (Fristsetzung für die Bestellung der vereinbarten Grundpfandrechte) erfüllt waren. Denn jener Katalog regelte das Kündigungsrecht der Klägerin nicht abschließend. Er schloß sich vielmehr an die allgemeine Bestimmung in Nr. 5.2 BBD an, wonach die Klägerin zur sofortigen Kündigung des Darlehens aus wichtigem Grunde berechtigt sein sollte, insbesondere, wenn einer der im folgenden aufgeführten Gründe vorlag. Aus dieser Formulierung ("insbesondere") ergab sich bereits, daß der Katalog lediglich Beispielsfälle für ein allgemeines umfassenderes Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde enthielt. Einer solchen außerordentlichen Kündigung ist jedes Dauerschuldverhältnis zugänglich, auch wenn besondere gesetzliche oder vertragliche Regelungen fehlen (vgl. Senatsurteil vom 7. November 1985 - III ZR 142/84 = NJW 1986, 978, 980 m.w.N.). Im vorliegenden Fall lag der Kündigungsgrund bereits darin, daß der Beklagte den Kaufvertrag über die zu finanzierenden Objekte aufgehoben hatte und die vereinbarten Sicherheiten

an den zu erwerbenden Grundstücken endgültig nicht mehr bestellt werden konnten. Für die von der Revision in Erwägung gezogene Gestellung von Austauschsicherheiten fehlt es im tatsächlichen Vorbringen des Beklagten an jedem Anhaltspunkt, ebenso dafür, daß der Beklagte seinerseits an der Aufrechterhaltung der Darlehensverträge unter solchermaßen veränderten Umständen überhaupt noch interessiert war. Dementsprechend ist es hier auch nicht möglich, die Verträge im Wege einer Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aufrechtzuerhalten (vgl. dazu Senatsurteil vom 11. Februar 1988 - III ZR 217/86 = BGHR BGB § 242 Geschäftsgrundlage 10).

II.

Das Berufungsgericht hat daher zu Recht geprüft, welche Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus den mit Wirkung für die Zukunft beendeten Verträgen (noch) zustehen. Im einzelnen ist hierzu folgendes festzustellen:

1. Disagio (Position a):

Die Auffassung des Berufungsgerichts, das Disagio gehöre zu den Darlehensnebenkosten und deshalb sei der Beklagte trotz der vorzeitigen Vertragsbeendigung verpflichtet, es in voller Höhe an die Klägerin zu zahlen, vermag der Senat für den vorliegenden Fall nicht zu teilen.

a) In seinen Urteilen vom 2. Juli 1981 (BGHZ 81, 124 = NJW 1981, 2180 und III ZR 17/80 = NJW 1981, 2181) hat der Senat ausgeführt, ein Disagio (die Differenz zwischen dem Nominalbetrag und dem Auszahlungskurs eines Darlehens) lasse sich nicht generell den Darlehensnebenkosten oder den Zinsen zuordnen; diese Zuordnung sei vielmehr eine Frage der Vertragsauslegung. Im wirtschaftlichen Ergebnis seien Disagio und Zins weitgehend austauschbar. Für die Behandlung des Disagios im Falle der vorzeitigen Auflösung des Darlehensvertrages durch Kündigung sei auf den Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Darlehensvertrages und der damit zusammenhängenden Abreden abzustellen. Daraus hatte der Senat in den damals zur Entscheidung stehenden Fällen die Folgerung gezogen, die dortigen Disagios seien laufzeitunabhängige, nicht als Zins zu qualifizierende Leistungen gewesen.

b) Demgegenüber wird im Schrifttum mit beachtlichen Gründen die Auffassung vertreten, in den Fällen, in denen die Bank dem Kunden die Wahl lasse, ob er ein Darlehen mit geringem Disagio, aber hohem laufendem Zins, oder ein Darlehen mit höherem Disagio, aber niedrigerem laufendem Zins aufnehmen wolle, sei das Disagio als laufzeitabhängiges Entgelt für die Kapitalentbehrrung und damit als Zins anzusehen, sofern nicht überwiegende Gesichtspunkte des Einzelfalls gegen eine Laufzeitabhängigkeit sprächen (Prass, BB 1981, 1058 ff; Staudinger/Karsten Schmidt, BGB 12. Aufl. § 246 Rdnr. 23 m.w.N.). Hiermit im Einklang steht, daß das Auszahlungsdisagio bei Hypothekarkrediten in der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank seit Juni 1982 neu bewertet wird.

Aus den beiden Komponenten "Nominalzinssatz" und "Auszahlungskurs" wird ein auf den Rückzahlungsbetrag bezogener Effektivzinssatz ermittelt. Dabei wird berücksichtigt, auf welchen Zeitraum sich das Auszahlungsdisagio bezieht. Bis dahin war die Durchschnittsberechnung von der - früher meist zutreffenden - Annahme ausgegangen, daß der Vorteil eines niedrigeren Nominalzinses, der mit der Hinnahme eines Auszahlungsdisagios erkaufte wurde, dem Kunden während der gesamten Laufzeit des Darlehens erhalten bleibe, so daß das Disagio auf die gesamte Laufzeit des Darlehens zu verteilen sei. Die Praxis auf dem Markt für Hypothekarkredite hat sich jedoch in den letzten Jahren gewandelt; das ursprüngliche Disagio bleibt vielfach bei einer neuen Zinsfestsetzung unberücksichtigt, es ist nach der bis zur Zinsänderung abgelaufenen Frist gewissermaßen "verbraucht", so daß es nur auf diesen kürzeren Zeitraum verteilt werden kann. Seit Juni 1982 wird daher in der Erhebung nach der Anrechnungszeit für ein Disagio gefragt und diese Zeit der Berechnung der Effektivzinssätze zugrunde gelegt (vgl.: "Die Zinsentwicklung seit 1978" [Anhang: Methodische Anmerkungen], Monatsberichte der Deutschen Bundesbank Januar 1983, S. 14).

c) Die Frage, ob diese Gesichtspunkte Anlaß zu einer grundsätzlichen zivilrechtlichen Neubewertung des Disagios dahin geben müssen, daß dieses regelmäßig als Bestandteil der Verzinsung anzusehen ist, braucht hier nicht abschließend beantwortet zu werden. Denn im vorliegenden Fall ist schon nach den Besonderheiten der konkreten Vertragsgestaltung davon auszugehen, daß das Disagio ein laufzeitabhän-

giger Teil des Entgelts für die Überlassung der Nutzung des Kapitals sein sollte. Der vertragliche Darlehenszins betrug 5,5 % p.a.. Demgegenüber lag nach der Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank der Zinssatz für Festzinsen auf zwei Jahre bei Hypothekarkrediten auf Wohnungsgrundstücke im Januar 1983 bei durchschnittlich 8,74 % mit einer Streubreite von 8,04 bis 9,90 %. Im Februar 1983 betrug der Durchschnittssatz 8,75 % (Streubreite 8,06 bis 9,51), im März 8,46 (7,48 bis 9,45), im April 7,96 (7,22 bis 9,01) und im Mai 1983 8,06 % (7,31 bis 8,93) [Monatsberichte der Deutschen Bundesbank Juli 1983; statistischer Teil S. 52]. Dies legt es nahe, daß auch und gerade aus der Sicht der Klägerin der Nominalzins nicht die alleinige laufzeitabhängige Gegenleistung des Beklagten für die Überlassung des Kapitals gewesen sein konnte, daß vielmehr ein wesentlicher Teil dieser Gegenleistung in dem Disagio bestand. Nur wenn nämlich das Disagio von hier 5,75 % auf die Laufzeit von zwei Jahren umgelegt und zu den vertraglichen Zinsen von 5,5 % p.a. hinzugerechnet wird, erreicht das Gesamtentgelt eine Höhe, die sich in die damaligen Durchschnittszinssätze einfügt. Angesichts der kurzen Laufzeit der Darlehen von nur zwei Jahren und der beträchtlichen Höhe des Disagios von 5,75 % liegen hier keine Anhaltspunkte dafür vor, daß das Disagio zu den laufzeitunabhängigen Nebenkosten für die Darlehensbeschaffung und -bearbeitung gehören sollte (in BGHZ 81, 124 hatte der Senat ein Disagio von 6 % als marktüblich angesehen, allerdings bei einer Festschreibung des Zinses von zehn Jahren; im Urteil vom 2. Juli 1981 - III ZR 17/80 = NJW 1981, 2181 belief sich das Disagio auf nur 5 % bei einer Festschreibung von 8 Jahren).

d) Zwar sollte nach Nr. 2.3 BBD das Disagio als Entgelt für Geldbeschaffungskosten und/oder Zinsfestschreibung gelten und eine anteilige Erstattung des Disagios bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens ausgeschlossen sein. Eine an den wohlverstandenen Interessen beider Vertragsparteien orientierte Auslegung des gesamten Vertragswerks ergibt demgegenüber jedoch, wie oben dargelegt, daß das Disagio entgegen dem Wortlaut dieser Klausel tatsächlich in die Zinsverpflichtung des Beklagten einbezogen war. Die Klausel ist daher durch eine - auch konkludent mögliche - Individualabrede abbedungen worden (§ 4 AGBG; vgl. Senatsurteil vom 19. Mai 1988 - III ZR 38/87 = BGHR AGBG § 4 Konkludente Individualabrede 1).

e) Der Umstand, daß das Disagio hier schon bei Vertragsschluß fällig werden sollte, steht einer Einbeziehung in die Verzinsung nicht entgegen. Diese Fälligkeitsregelung bedeutete zwar, daß der Darlehensnehmer das Disagio vorab zu entrichten hatte, indem die kreditgewährende Bank die Auszahlung auf den Nettobetrag beschränkte. Ein Rechtsgrund dafür, daß die Bank das Disagio auch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung endgültig behalten durfte, wurde dadurch jedoch nicht geschaffen. Als - wenn auch vorab zu entrichtender - Teil der Verzinsung war das Disagio deshalb wie diese von der Laufzeit des Darlehens abhängig. Es hätte daher der Klägerin in voller Höhe erst mit dem Ende der vereinbarten Vertragsdauer zugestanden. Allerdings bewirkte die Fälligkeitsvereinbarung, daß der Beklagte das Disagio vorläufig (auflösend bedingt) bereits mit dem Vertragsschluß schuldete. Der Grundsatz, daß dem Darlehensgeber das Disagio erst zusteht, wenn der Darlehensnehmer den auszahlenden

Darlehensbetrag i.S. des § 607 BGB "empfangen" hat, die Valuta also endgültig aus dem Vermögen des Darlehensgebers ausgeschieden ist und dem Vermögen des Darlehensnehmers zugeführt worden ist (Senatsurteil vom 21. Februar 1985 - III ZR 207/83 = NJW 1985, 1831), ist hier somit durch eine ausdrückliche anderweitige Vereinbarung abbedungen worden (wie der Senat sie bereits aaO für zulässig erachtet hatte). Dies hat zur Folge, daß der Beklagte für den Zeitraum zwischen Vertragsschluß und Kündigung zur anteiligen Tragung des - nach dem vollen Darlehensbetrag zu berechnenden - Disagios verpflichtet ist. Dieser Anteil bemißt sich nach dem Verhältnis zwischen der tatsächlichen Vertragsdauer (1. Februar bis 13. Mai 1983; 103 Zinstage) und der vereinbarten Laufzeit der Darlehen (zwei Jahre; 720 Zinstage) wie folgt:

$$\frac{\text{Disagio v. } 14.375,00 \text{ DM} \times 103}{720} = 2.056,42 \text{ DM.}$$

2. Kontoführungsgebühr (c):

Die Kontoführungsgebühr findet ihre Grundlage in Nr. 7.4 BBD und wird von der Revision nicht substantiiert angegriffen.

3. Zwischenkreditzinsen auf das Disagio für die Zeit vom 2. Februar bis 2. März 1983 (d):

Da das Disagio hier ein Teil der Verzinsung war, verstößt die Berechnung von Zwischenkreditzinsen gegen das

Zinseszinsverbot des § 248 Abs. 1 BGB. Dieser Anspruch der Klägerin besteht also nicht.

4. Bearbeitungsgebühr (f):

Die BBD enthalten zu dieser Position in Nr. 7.4 die Bestimmung, daß der Darlehensnehmer alle Gebühren und Kosten zu tragen habe, die im Zusammenhang mit der Bearbeitung und Sicherstellung sowie Verwaltung des Baudarlehens entstehen. In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, daß die Banken berechtigt sind, solche Bearbeitungsgebühren in banküblicher Höhe zu vereinbaren (Senatsurteil vom 2. Juli 1981 - III ZR 17/80 = NJW 1981, 2181, 2182; ferner Senatsurteil vom 21. Februar 1985 - III ZR 207/83 = NJW 1985, 1831, 1832). Im Urteil vom 2. Juli 1981 (aaO) hat der Senat ferner ausgesprochen, daß sich die bankübliche Höhe der Bearbeitungsgebühr vielfach auf 1 % der Darlehenssumme belaufe. Der Einwand der Revision, eine von der Höhe der Vertragssumme abhängige Bearbeitungsgebühr sei unzulässig, geht daher fehl.

5. Wertermittlungsgebühr (g):

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß die Wertermittlungsgebühr ausdrücklich als Individualabrede im Angebot vereinbart ist und es deshalb auf den tatsächlichen Aufwand, den die Klägerin bei der Wertermittlung betrieben hat, nicht ankommt. Zwar hat der Beklagte zunächst bestritten, daß die Klägerin überhaupt eine Wertermittlung durchgeführt habe. Die Klägerin hat hierzu jedoch im einzelnen

unter Beweisantritt vorgetragen, ihre Mitarbeiter hätten am 17. Januar 1983 den Sachwert der Eigentumswohnungen, den Ertragswert und die Beleihungsgrenze ermittelt; der Beklagte ist dem nicht mehr entgegengetreten.

6. Treuhandgebühr (h):

Das Berufungsgericht hat diese Gebühr nur in Höhe von jeweils 20 DM für gerechtfertigt angesehen. Zumindest in dieser Höhe steht sie der Klägerin nach Nr. 4.3 BBD zu. Entgegen der Auffassung der Revision ist diese Bestimmung auch nicht unklar. Sie trifft vielmehr gerade den Fall, daß die Bank ihrerseits einen Treuhandauftrag mit dem Notar schließt und den dadurch verursachten Aufwand auf den Kreditnehmer abwälzen will.

7. Zwischenkreditzins auf Auszahlung, Disagio und Zinsen für die Zeit vom 3. März bis 25. April 1983 (j):

a) Hinsichtlich des an den Notar ausgezahlten Betrages von 90.000 DM beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Überweisung des Teilbetrages von 90.000 DM an den Notar überhaupt eine "Auszahlung" an den Beklagten im Sinne eines Beginns der Auszahlungsphase dargestellt habe, die die Zinspflicht habe auslösen können. Dieser Einwand geht jedoch fehl. Die Klägerin hatte bereits in der Klagebegründung vorgetragen, daß diese Zahlungsweise mit dem Beklagten ausdrücklich vereinbart worden sei; der Beklagte hatte dies in seiner Klageerwiderung auch zugestanden. Auch in Nr. 2.6 BBD ist darauf hingewiesen, daß Auszahlungen auch in Form von Treuhandaufträgen geleistet werden

können. Die Klägerin hatte, indem sie den Betrag auf das Notaranderkonto überwies, die eigene Kapitalnutzung verloren. Die endgültige Überführung in das Vermögen des Beklagten hing nur noch davon ab, daß dieser die Bedingungen für die Freigabe durch den Notar erfüllte. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, daß die Klägerin eine in dieser Form geleistete Zahlung der Auszahlungsphase zuordnet, mit der Konsequenz, daß sie dafür entsprechende Zinsen beanspruchen kann. Dies würde selbst dann gelten, wenn die Zahlung noch nicht die Wirkung gehabt haben sollte, daß der Beklagte die Beträge i.S. des § 607 BGB "empfing". Denn die Verpflichtung zur Zinszahlung hängt nicht notwendig davon ab, daß der Darlehensnehmer den zu verzinsenden Betrag empfängt. Maßgeblich sind vielmehr die zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarungen, die auch stillschweigend getroffen werden können (Senatsurteil vom 8. November 1984 - III ZR 132/83 = NJW 1985, 730, 731).

b) Hingegen besteht aus den oben (II. 3.) genannten Gründen kein Anspruch der Klägerin auf Zwischenkreditzinsen für das Disagio. Das wirkt sich indes auf die hier in Rede stehende Zinsposition nicht aus; ebensowenig braucht entschieden zu werden, ob die Klägerin die Zahlung von Zwischenkreditzinsen auch auf die aufgelaufenen Zinsrückstände verlangen kann. Denn die Zinsforderung besteht in der beanspruchten Höhe von 621,91 DM auch dann, wenn man ihrer Berechnung nur den Auszahlungsbetrag zugrunde legt. Bei einer Hauptforderung von 90.000 DM und einem Zinssatz von 6,5 % für die Auszahlungsphase ergibt sich für den Zeitraum vom 3. März bis 25. April 1983 (53 Zinstage) ein Betrag von 861,25 DM; das ist mehr, als die Klägerin selbst fordert.

c) Allerdings muß die Klägerin sich auf diese Forderung die Zinsen anrechnen lassen, die auf dem Anderkonto des Notars aufgelaufen waren und die der Notar mit der Valuta an die Klägerin zurücküberwiesen hatte. Der abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts - der Ausgleich dieser Zinsen habe ausschließlich im Verhältnis zwischen dem Notar und der Klägerin einerseits und zwischen dem Notar und dem Beklagten andererseits stattzufinden, nicht dagegen unmittelbar zwischen den Parteien - kann nicht gefolgt werden. Der vertragliche Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zinszahlung für die Zeit, in der der Auszahlungsbetrag auf dem Anderkonto des Notars lag, fand, wie oben (II. 7. a) dargelegt, seine innere Rechtfertigung darin, daß die Klägerin während dieses Zeitraums die eigene Kapitalnutzung verloren hatte. Die Nutzungen, die auf dem Konto des Notars anfielen, standen daher im Verhältnis der Parteien nicht der Klägerin, sondern dem Beklagten zu. Der Notar hätte diese Zinsen dementsprechend an den Beklagten auskehren müssen. Durch die Zahlung an die Klägerin hat der Notar daher an einen Nichtberechtigten geleistet. Im Verhältnis zum Beklagten wurde diese Leistung spätestens dadurch wirksam, daß der Beklagte diese Zinsen mit dem Gegenanspruch der Klägerin auf deren Zwischenkreditzinsen verrechnete; darin lag eine konkludente Genehmigung der Leistung des Notars. Dem Beklagten stand somit unmittelbar gegen die Klägerin ein Bereicherungsanspruch nach § 816 Abs. 2 BGB zu. In Höhe dieses Bereicherungsanspruchs ist die Forderung der Klägerin auf Zwischenkreditzinsen durch Aufrechnung erloschen.

d) Eine abschließende Entscheidung über die Einzelposition "Zwischenkreditzinsen" (j) ist dem Senat nicht möglich,

da die Parteien keine Angaben darüber gemacht haben, auf welchen Betrag sich die vom Notar an die Klägerin überwiesenen Zinsen belaufen. Das Berufungsgericht muß daher hinsichtlich dieser Einzelposition aufgehoben werden. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die entsprechenden Feststellungen getroffen werden können.

8. Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Recht die "Vorfälligkeitsschädigung" nach Nr. 5.4 und 7.1 BBD in Höhe von 3 % der Darlehensbeträge zugesprochen. Zwar handelt es sich nicht um eine "Vorfälligkeitsschädigung" im engeren Sinne, da sie nicht die vorzeitige Fälligkeit eines gewährten Darlehens betrifft. Hier geht es vielmehr um die Nichtabnahme der Darlehen, die jedoch in Nr. 7.1 BBD ebenfalls als zur Entschädigung verpflichtender Tatbestand aufgeführt wird.

a) Der Senat hat in seinen Urteilen vom 21. Februar 1985 (III ZR 207/83 = NJW 1985, 1831) und vom 12. Dezember 1985 (III ZR 184/84 = NJW-RR 1986, 467) Vereinbarungen über Nichtabnahmeentschädigungen von 3 bzw. 4,5 % der Darlehenssummen für wirksam gehalten. Tragende Erwägung jener Entscheidungen war, daß dort den kreditgewährenden Banken kein Anspruch auf das vereinbarte Disagio zustand, die Entschädigung also an die Stelle des entgangenen Disagios trat. Dieser Gesichtspunkt trifft auch im vorliegenden Fall zu. Der anteilige Anspruch der Klägerin auf das Disagio beläuft sich nämlich nur auf 1/7 des vereinbarten Disagiobetrages (s.o. II. 1. e); der weitaus größte Teil des Disagios ist ihr entgangen. Wie in jenen Entscheidungen ist daher auch

hier festzustellen, daß die Nichtabnahmeentschädigung wirksam vereinbart worden ist. Sie stellt für den Darlehensnehmer keine unangemessene Benachteiligung i.S. des § 9 AGBG dar. Es verstößt nicht gegen Treu und Glauben, wenn die Bank in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Fall, daß der Darlehensnehmer das angebotene Darlehen vertragswidrig nicht abnimmt, eine pauschale Entschädigung nicht nur für ihre bereits entstandenen Kosten, sondern auch für den entgangenen Gewinn festlegt. Der Höhe nach verstößt die Entschädigung von 3 % nicht gegen § 11 Nr. 5 AGBG. Im Urteil vom 12. Dezember 1985 (aaO) hat der Senat ausgeführt, daß eine Nichtabnahmeentschädigung von bis zu 3 % noch im Rahmen des Üblichen liegt und sogar eine solche von 4,5 % noch wirksam sein kann. Die Möglichkeit, einen geringeren Schaden nachzuweisen, wird dem Darlehensnehmer nicht abgeschnitten, sondern ausdrücklich eingeräumt (Nr. 7.1 Abs. 2 BBD).

b) Auch ein Verstoß gegen § 247 Abs. 1 Satz 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 1986 geltenden Fassung liegt nicht vor. Zwar überstieg der vereinbarte Zinssatz, wenn das Disagio in ihn einbezogen wird, die Grenze von 6 % p.a.. Durch die Nichtabnahmeentschädigung wurde jedoch ein dem Darlehensnehmer nach § 247 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. zustehendes Kündigungsrecht nicht beschränkt. Nach Maßgabe jener Vorschrift hätte sich der Schuldner nämlich auch dann, wenn er das Darlehen von vornherein nicht abnehmen wollte, frühestens nach dem Ablauf von sechs Monaten und mit einer Frist von weiteren sechs Monaten durch Kündigung von dem Vertrag lösen können. Er hätte also für mindestens ein Jahr Zinsen zahlen müssen und wäre damit einer weitaus höheren Verpflichtung ausgesetzt gewesen als der hier in Rede stehenden Pauschale von 3 % und dem anteiligen Disagio.

9. Verzinsung:

a) Das Berufungsgericht hat der Klägerin Zinsen gemäß Nr. 14 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugesprochen. Es hat diese Zinsen als einen vertraglichen, der Höhe nach von der Klägerin nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB zu bestimmenden Anspruch angesehen und es ausdrücklich abgelehnt, die Verzinsung als Verzugsschaden zu qualifizieren.

b) Damit hat das Berufungsgericht sich in Widerspruch zu dem Senatsurteil vom 7. November 1985 (III ZR 128/84 = WM 1986, 8 = NJW-RR 1986, 205) gesetzt. Der Senat hat dort entschieden, daß einem Darlehensgeber, der berechtigterweise die Rückzahlung des Darlehens verlange, für die Folgezeit kein vertraglicher Anspruch auf Zinsen und Überziehungsprovision zustehe. Er hat insbesondere ausdrücklich ausgesprochen, ein derartiger Anspruch lasse sich auch nicht auf eine Klausel in den AGB der kreditgewährenden Bank stützen, wonach ein Kunde, der ohne ausdrückliche Vereinbarung sein Konto überziehe, statt etwa vereinbarter niedrigerer Zinsen, Gebühren und Provisionen die von der Bank im Rahmen des § 315 BGB für Überziehungen bestimmten höheren Zinsen, Gebühren und Provisionen tragen müsse. Die damalige AGB-Klausel war demnach, wie die Revision mit Recht hervorhebt, mit der hier in Rede stehenden anscheinend textidentisch. Der Senat hat damals ausgeführt, eine unveränderte Anwendung der in Nr. 14 Abs. 3 AGB getroffenen Regelung verbiete sich jedenfalls für die Zeit, nachdem die Bank den Kreditnehmer zur Rückzahlung gemahnt und in Verzug gesetzt habe. Ebendies war jedoch auch hier der Fall: Die Klägerin hatte dem Beklagten mit Schreiben vom 13. Mai 1983 zugleich eine Zah-

lungsfrist bis zum 25. Mai 1983 gesetzt. Nach Ablauf dieser Frist ist der Beklagte daher in Verzug geraten. Von diesem Zeitpunkt an scheidet die Annahme einer stillschweigenden vertraglichen Weitergewährung des Kredits aus. Die Bank kann ihre Forderung danach nicht mehr auf eine Vertragszinsvereinbarung, sondern nur noch auf den gesetzlichen Anspruch auf Verzugsschadensersatz stützen. Ob sie dann noch die von ihr als Überziehungszinsen, -gebühren und -provisionen festgelegten Beträge verlangen kann, ist allein nach den gesetzlichen Regelungen über die Verzugsschadensberechnung (§§ 286 ff., 252 BGB, 287 ZPO) zu bestimmen. Soweit die Klägerin sich in Nr. 14 ihrer AGB einen darüber hinausgehenden Bestimmungsfreiraum verschaffen will, ist die Klausel wegen Verstoßes gegen §§ 9 Abs. 2 Nr. 1, 11 Nr. 5 oder 6 AGBG unwirksam (vgl. Senatsurteil vom 7. November 1985 aaO).

c) Der Senat hat in seinen Urteilen vom 28. April 1988 (BGHZ 104, 337 = NJW 1988, 1967 und III ZR 120/87 = NJW 1988, 1971) entschieden, daß die Bank bei Verzug eines Darlehensnehmers ihren Verzugsschaden nach den marktüblichen Bruttosollzinsen berechnen kann. Es ist daher zu prüfen, ob der im vorliegenden Fall zuerkannte Zinssatz von 10,5 v.H. in derartige marktübliche Bruttosollzinsen umgedeutet werden kann. Der Senat kann dies indes nicht abschließend entscheiden, weil die Klägerin es insoweit - von ihrem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - an einem substantiierten Sachvortrag hat fehlen lassen. Sie hat nämlich lediglich vorgetragen, sie berechne in anderen, vergleichbaren Fällen ihren Kunden Zinsen in dieser Höhe; dieser Satz sei auch angemessen. Für eine Marktüblichkeit im Sinne der vom Senat aaO aufgestellten Grundsätze (Durchschnittszinssatz, der sich

nach der Zusammensetzung des gesamten Aktivkreditgeschäfts der Bank richtet) läßt sich daraus nichts entnehmen.

III.

Nach alledem muß das Berufungsurteil in den Einzelpositionen "Disagio" (a), soweit dieses den Betrag von 2.056,42 DM je Darlehen übersteigt, "Zwischenkreditzinsen auf das Disagio für die Zeit vom 2. Februar bis 2. März 1983" (c), "Zwischenkreditzinsen für die Zeit vom 3. März bis 25. April 1983" (j) sowie im gesamten Zinsausspruch aufgehoben werden. Der Anspruch der Klägerin auf den Mehrbetrag des Disagios nebst der auf den Mehrbetrag entfallenden Verzinsung sowie auf die Zwischenkreditzinsen für das Disagio ist abzuweisen. Hinsichtlich der weiteren Zwischenkreditzinsen auf den Auszahlungsbetrag und hinsichtlich des verbleibenden Zinsausspruchs muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit die für eine abschließende Entscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen

werden können. Im übrigen ist das angefochtene Urteil zu bestätigen. Dies bedeutet, daß der Klägerin bereits im gegenwärtigen Verfahrensstadium eine Forderung von 27.904,60 DM zusteht.

Engelhardt

Halstenberg

Werp

Rinne

Wurm