

Neues Schuldrecht  
und Bankgeschäfte  
Wissenszurechnung  
bei Kreditinstituten

Bankrechtstag 2002

BrV 20

## **Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung**

herausgegeben von

Walther Hadding, Mainz

Klaus J. Hopt, Hamburg

Herbert Schimansky, Karlsruhe

**Band 20**

**De Gruyter Recht · Berlin**

**Neues Schuldrecht  
und Bankgeschäfte  
Wissenszurechnung  
bei Kreditinstituten**

**Bankrechtstag 2002**



**2003**

**De Gruyter Recht · Berlin**

© Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 3-89949-045-2

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2003 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin  
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Werner Hildebrand, Berlin

Umschlaggestaltung: Angela Dobrick, Hamburg

## Vorwort

Der jährliche Bankrechtstag der Bankrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Gesellschaft für Bankrecht e.V. hat 2002 in Leipzig stattgefunden. Behandelt wurden dort zwei besonders aktuelle Themen: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte sowie Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Das neue Schuldrecht hat auch erhebliche Auswirkungen auf das Recht der Bankgeschäfte, dort vor allem im allgemeinen Darlehensrecht, bei den Verbraucherdarlehen und Finanzierungshilfen und beim Finanzierungsleasing. Hinzu kommen eine ganze Reihe weiterer Bereiche wie Verjährungsrecht, Transparenzgebot, Banken-AGB, Zinslaufrecht und Sicherheitenverwertung. Ab Januar 2002 gilt auch das neue Recht der Überweisung. Dieser Themenkreis der I. Abteilung wurde von *M. Habersack*, *H. Schimansky* und *A. Weber* umfassend abgehandelt. Die II. Abteilung befasste sich mit der Wissenszurechnung bei Kreditinstituten, einem Thema, das schon auf dem Bankrechtstag 1995 im Zusammenhang mit dem Zweiten Finanzmarktförderungsgesetz aufgegriffen worden war. In der Zwischenzeit ist die Diskussion in Rechtsprechung, Literatur und Öffentlichkeit rasant weitergegangen. Zwar ist ein Grundkonsens über das Institut zu verzeichnen, aber die dogmatischen Streitfragen zu vielen Einzelpunkten und vor allem auch praktisch zur Reichweite der Wissenszurechnung bestehen fort – im unabhängigen und im Konzernunternehmen sowie im Zivil-, Gesellschafts- und Bankrecht. Diese Problematik wurde von *J. Drexl*, *G. Nobbe* und *J. Schröter* aus der Sicht der Wissenschaft, Rechtsprechung und Praxis sorgfältig aufgearbeitet.

Wie jedes Mal ist auch über den Bankrechtstag 2002 in Literatur und Presse ausführlich berichtet worden. Besonders hingewiesen sei auf die umfangreichen Berichte von *A. Bornemann*, ZBB 2002, 342-355, sowie *G. Thomas*, WM 2002, 1665-1673.

Die Druckvorbereitung dieses Bandes hat dankenswerterweise neben Herrn wiss. Assistent *Hans-Philipp Rühlend* wiederum Frau *I. Stahl*, beide am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, übernommen. Die Mitglieder der BrV erhalten den Tagungsband im Rahmen ihres Beitrag.

Allen, die zum Gelingen des Bankrechtstags 2002 mit beigetragen haben, vor allem auch Frau *W. Preis* vom Sekretariat der BrV in Frankfurt, sei von den Herausgebern herzlich gedankt.

Mainz, Hamburg, Marzell  
Im Dezember 2002

*Hadding, Hopt, Schimansky*

# Inhaltsverzeichnis

## I. Abteilung:

Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte

Leitung: *Professor Dr. Wolfgang Wiegand*

Direktor des Instituts für Bankrecht der Universität Bern

*Prof. Dr. Mathias Habersack*, Universität Mainz

Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung

auf das Recht der Bankgeschäfte ..... 3

*Herbert Schimansky*, Vors. Richter am BGH a.D., Marxzell

Das Recht der Überweisung ab 1. Januar 2001 ..... 49

*Dr. Ahrend Weber*, Bundesverband deutscher Banken e.V., Berlin

Das neue Schuldrecht in der kreditwirtschaftlichen Praxis ..... 67

## II. Abteilung:

Wissenszurechnung bei Kreditinstituten

Leitung: *Dr. Herbert Messner*

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

*Professor Dr. Josef Drexl*, Universität München, Max-Planck-Institut

für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München

Wissenszurechnung im unabhängigen und Konzernunternehmen –

Zivil-, gesellschafts- und bankrechtliche Überlegungen ..... 85

*Gerd Nobbe*, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Karlsruhe

Die Wissenszurechnung in der Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs ..... 121

*Jürgen Schröter*, Rechtsanwalt, Chefsyndikus der BHF-Bank AG,

Frankfurt a.M.

Wissenszurechnung aus der Sicht der kreditwirtschaftlichen Praxis..... 163

Tagungsbericht ..... 189

Stichwortverzeichnis..... 199



I. Abteilung:  
Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte  
Leitung: *Professor Dr. Wolfgang Wiegand*  
Direktor des Instituts für Bankrecht der Universität Bern



# Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf das Recht der Bankgeschäfte

Professor Dr. *Mathias Habersack*, Universität Mainz

- I. Einführung
- II. Allgemeines Darlehensrecht
  1. Arten des Darlehensvertrags
  2. Rechtsnatur und Leistungspflichten
    - a) Die beiderseitigen Pflichten im Überblick
    - b) Die Pflicht zur Darlehenshingabe und –belassung im besonderen
  3. Ordentliche Kündigung
    - a) bei fehlender Laufzeitvereinbarung
    - b) des Darlehens mit vereinbarter Laufzeit
  4. Außerordentliche Kündigung
    - a) durch den Darlehensgeber (§ 490 Abs. 1)
    - b) durch den Darlehensnehmer (§ 490 Abs. 2)
- III. Verbraucherdarlehen und Finanzierungshilfen
  1. Zielsetzung und generelle Konzeption der Reform
  2. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich
    - a) Persönlicher Anwendungsbereich
    - b) Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich im Allgemeinen
    - c) Immobiliardarlehensverträge im Besonderen
  3. Vollmacht
    - a) Überblick
    - b) Nicht beurkundete Vollmacht
  4. Widerrufsrecht
  5. Verbundene Verträge
    - a) Tatbestand verbundener Verträge und Widerrufsdurchgriff
    - b) Einwendungsdurchgriff
    - c) Finanzierte Grundstücksgeschäfte im Besonderen
  6. Verzug des Verbrauchers
- IV. Finanzierungsleasing
  1. Überblick
  2. Auswirkungen eines Sachmangels auf den Leasingvertrag
  3. Der kaufvertragliche Anspruch auf Nacherfüllung im Besonderen
- V. Restituee

## I. Einführung

Das Bankvertragsrecht stand, anders als etwa das Verjährungs- oder Leistungsstörungenrecht, nicht im Zentrum der die Schuldrechtsmodernisierung begleitenden Diskussion. Zwar war die Frage der Integration des AGB-Rechts und des Verbraucherschutzrechts in das BGB bekanntlich überaus umstritten;<sup>1</sup> doch ging es dabei nicht um spezifische Fragen des Bankrechts, sondern um die Grundsatzfrage, ob das sogenannte Sonderprivatrecht Bestandteil einer das allgemeine Bürgerliche Recht enthaltenden Kodifikation sein solle. Nachdem diese Diskussion der Vergangenheit angehört, gilt es nunmehr, die mit der Reform des Schuldrechts verbundenen Auswirkungen auf das Bankvertragsrecht zu erörtern. Das Thema ist bewusst weit gefasst, um verschiedene Aspekte (keineswegs sämtliche) des Bankvertragsrechts ansprechen zu können. Im Vordergrund stehen zwar die allgemeinen Vorschriften über das Darlehen sowie diejenigen über Verbraucherdarlehensverträge und Finanzierungshilfen. Doch sollen auch das Finanzierungsleasing und, nicht zuletzt aufgrund der „Heininger“-Entscheidung des EuGH<sup>2</sup> und der durch diese angestoßenen, am 1.8.2002 in Kraft getretenen Reparaturnovelle vom 23.7.2002,<sup>3</sup> das Recht der Haustürgeschäfte gestreift werden. Unberücksichtigt bleiben dagegen die Neuregelung des Verjährungsrechts und des Rechts der Leistungsstörungen, wiewohl auch diese für das Recht der Bankgeschäfte von großer Bedeutung sind.

- 
- 1 Zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Integration s. namentlich *Dörner*, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 177; *Schmidt-Räntsch*, ebenda, S. 169 ff.; *Pfeifer*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, S. 481 ff.; speziell zum AGBG *Ulmer JZ* 2001, 491 ff.; zum VerbrKrG *Artz*, in: Helms/Neumann/Caspers/Sailer/Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, S. 227 ff.; *Bülow*, in Schulze/Schulte-Nölke, a.a.O., S. 153 ff.; *Köndgen*, *WM* 2001, 1637, 1644 ff. – §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.
  - 2 EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99, *WM* 2001, 2434 = *BKR* 2002, 76.
  - 3 Art. 25 des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten vom 23. Juli 2002 (OLGVertrÄndG), *BGBI.* I, S. 2850; zum Inkrafttreten des am 31.7.2002 verkündeten Gesetzes s. Art. 34 Satz 1 OLGVertrÄndG. Zur Neuregelung des Widerrufsrechts s. insbesondere *Artz*, *BKR* 2002, 603 ff.; *Derleder*, *ZBB* 2002, 202 ff.; *Freckmann*, *BKR* 2002, 513 ff.; *Schmidt-Räntsch*, *ZIP* 2002, 1100 ff.

## II. Allgemeines Darlehensrecht

### 1. Arten des Darlehensvertrags

Zu beginnen ist mit dem in §§ 488 bis 490 geregelten allgemeinen Darlehensrecht. Es ist nunmehr Teil des Titels 3 des 8. Abschnitts des Schuldrechts, der den sperrigen Titel „Darlehensvertrag; Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“ trägt. Die genannten Vorschriften regeln den „Darlehensvertrag“, verstehen darunter allerdings nur das Gelddarlehen. Sachdarlehensverträge sind dagegen in §§ 607 ff. geregelt, wobei der Wortlaut des § 607 „eine vereinbarte vertretbare Sache“ zum Gegenstand des Vertrags erhebt. Zurückzuführen ist die Trennung zwischen Geld- und Sachdarlehen darauf, dass der Diskussionsentwurf vom 4.8.2000 das Sachdarlehen überhaupt nicht geregelt hatte, das federführende Bundesministerium der Justiz im Verlauf der Diskussion allerdings davon überzeugt werden konnte, dass das Sachdarlehen auch heute noch gewisse praktische Bedeutung hat.<sup>4</sup> Statt es nun bei der bisherigen Regelungssystematik zu belassen und das Darlehen als solches, also unabhängig von der Art des Vertragsgegenstandes, zu regeln, hat man sich zu einer Lösung durchgerungen, die unter ästhetischen und systematischen Gesichtspunkten mehr als unschön und unter dem Blickwinkel des Verbraucherschutzedankens und des Gemeinschaftsrechts bedenklich ist: Es ist, um ein politisches Bonmot abzuwandeln, auseinandergerissen, was zusammengehört, und dabei aus dem Blick geraten, dass das VerbrKrG durchaus auf entgeltliche Sachdarlehensverträge Anwendung gefunden hat.<sup>5</sup> Namentlich Wertpapierdarlehensverträge<sup>6</sup> sind nunmehr dem Anwendungsbereich der verbraucherschützenden Vorschriften entzogen – ein Ergebnis,

---

4 Vgl. *Schmidt-Räntsch* (Fn. 1), S. 171, 175.

5 *Ulmer*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdn. 52 m.w.N.

6 S. demgegenüber *Schmidt-Räntsch* (Fn. 1), S. 171, 175, der die mit Ausnahme des Sachdarlehens aus dem Anwendungsbereich der §§ 491 ff. verbundene Verkürzung des Verbraucherschutzes am Beispiel des „Flaschenpfandes“ (das im übrigen kein Sachdarlehen und schon gar kein entgeltliches Darlehen ist, s. *Soergel/Habersack*, *BGB*, 13. Bearbeitung, § 1204 Rdn. 33 m.w.N.) und damit unter Ausblendung einschlägiger Fallgestaltungen erläutert.

dessen Vereinbarkeit mit der Richtlinie über den Verbraucherkredit<sup>7</sup> durchaus fraglich erscheint. Wie dem auch sei: §§ 491 ff. enthalten – im Grundsatz aus dem VerbrKrG stammende – Sondervorschriften für den „Verbraucherdarlehensvertrag“, die auf Gelddarlehen beschränkt sind und auf die noch einzugehen sein wird.

Regelfall des Darlehens ist nun das entgeltliche Darlehen. Selbstverständlich bleibt aber auch, wie der Gesetzgeber durch den Wortlaut des § 488 Abs. 1 Satz 2 zum Ausdruck gebracht hat („einen“ geschuldeten Zins), die Vereinbarung eines unentgeltlichen Darlehens möglich. Dieses unterliegt auch dann den § 488 ff. (und nicht den § 491 ff.), wenn der Darlehensnehmer Verbraucher ist. Gleichfalls nur den §§ 488 ff. unterliegt nach wie vor das reine Privatdarlehen, mag es entgeltlich oder unentgeltlich sein.

## 2. Rechtsnatur und Leistungspflichten

### a) Die beiderseitigen Pflichten im Überblick

§ 488 Abs. 1 enthält, wie zuvor bereits § 1 Abs. 2 VerbrKrG, ein Bekenntnis zur Konsensualvertragslehre.<sup>8</sup> Konsequenterweise findet sich eine dem bisherigen § 607 Abs. 2 entsprechende Vorschrift über das Vereinbarungsdarlehen nicht mehr im Gesetz, was die Parteien freilich nicht daran hindert, auch künftig ein solches Darlehen zu begründen. Der Charakter des Darlehensvertrags als eines *Überlassungsvertrags* kommt im Wortlaut der den beiderseitigen Pflichten gewidmeten Basisnorm des § 488 Abs. 1 nur ansatzweise zum Ausdruck (wie überhaupt die systematische Stellung der §§ 488 ff. zwischen den Teilzeitwohnrechtverträgen und der Schenkung nicht zu befriedigen vermag). Das Gesetz betont vielmehr in § 488 Abs. 1 Satz 1 die Verpflichtung des Darlehensgebers, einen Geldbetrag zur Verfügung zu stel-

7 Richtlinie des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG), ABl. Nr. L 42/48 vom 12.2.1987; auch abgedruckt in Münchener Kommentar (Fn. 5), Anh. zu § 18 VerbrKrG.

8 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253; näher Schäfer, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendland, Das neue Schuldrecht, 2002, § 7 Rdn. 5; zu einigen mit dem Konsensualvertragsmodell verbundenen Konsequenzen s. Mülbart, WM 2002, 465, 469 ff.

len (was durch Übergabe von Geld, bargeldlos oder durch Einräumung einer Kreditlinie geschehen kann), und damit den Akt der *Darlehenshingabe*. Ausweislich der Materialien soll hiermit allerdings die Pflicht des Darlehensgebers zur „Verschaffung und Belassung“ des Darlehens umschrieben sein,<sup>9</sup> so dass in der Sache die Qualifizierung des Gelddarlehens als Überlassungsvertrag nicht mehr zweifelhaft sein sollte.

§ 488 Abs. 1 Satz 2 unterstreicht dies, indem er die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers in den Vordergrund stellt und ersichtlich den Zins als vom Darlehensnehmer geschuldetes Entgelt für die Belassung des Darlehens ansieht. Der verzinsliche Darlehensvertrag ist denn auch gegenseitiger Vertrag, wobei im Synallagma die – vom Gesetz als einheitliche Leistungspflicht verstandene – Pflicht des Darlehensgebers zur Gewährung (d.h. zur Hingabe und Belassung) des Darlehens und die Zinszahlungspflicht des Darlehensnehmers stehen.<sup>10</sup> Die gleichfalls in § 488 Abs. 1 Satz 2 geregelte Pflicht des Darlehensnehmers zur Rückgewähr des Darlehens ist dagegen, nicht anders als die in § 546 geregelte Pflicht des Mieters zur Rückgabe der Mietsache, *vertragliche*<sup>11</sup> *Nebenleistungspflicht*, die – eine wichtige Konsequenz konsensualvertraglichen Denkens – durch von der Hingabe des Darlehens befreiten Vertragsschluss entsteht und deshalb nicht künftiger, sondern *betagter* Natur ist.<sup>12</sup> Aus der Qualifizierung als (vertragliche) Nebenleistungspflicht ergibt sich unter anderem die Unanwendbarkeit der §§ 286 Abs. 3, 288 Abs. 2: „Entgeltforderung“ im Sinne dieser Vorschriften ist zwar der Anspruch auf den Vertragszins (von dem allerdings nach § 289 Satz 1 Verzugs-

---

9 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

10 *Putzo*, in Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, vor § 607 Rdn. 6; *Mülbert*, AcP 192 (1992), 447, 455 ff.; a.A. – nur Belassung – MünchKomm-*Westermann* (Fn. 5), vor § 607 Rdn. 7; *Häuser*, in Soergel, BGB, 12. Aufl., § 607 Rdn. 109; *Hopt/Mülbert*, in Staudinger, BGB, 12. Aufl., § 607 Rdn. 18.

11 Vgl. MünchKomm-*Westermann* (Fn. 5), § 607 Rdn. 54; für § 546 *Emmerich*, in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, Stand 1994, § 556 Rdn. 1; allgemein *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Aufl. 1995, S. 79; a.A. – für kraft Gesetzes entstehenden, „nicht etwa einen Bestandteil des darlehensvertraglichen Leistungsversprechens“ bildenden Abwicklungsanspruch – *Mülbert*, WM 2002, 465, 469.

12 MünchKomm-*Westermann* (Fn. 5), vor § 607 Rdn. 9; a.A. *Mülbert*, WM 2002, 465, 469 (basierend auf der Prämisse, es handele sich um einen gesetzlichen Anspruch, s. Fn. 11); *Soergel/Häuser* (Fn. 10), § 607 Rdn. 151.

zinsen nicht zu entrichten sind), nicht dagegen der Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens.<sup>13</sup> All dies gilt im übrigen auch für den nunmehr in § 607 ff. geregelten Sachdarlehensvertrag.

b) Die Pflicht zur Darlehenshingabe und –belassung im besonderen

Ein besonderes Augenmerk verdient die Hauptleistungspflicht des Darlehensgebers, nämlich die Pflicht, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe (also das Darlehen)<sup>14</sup> „zur Verfügung zu stellen“. Hierzu heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs:<sup>15</sup> „Mit der Formulierung ‚zur Verfügung stellen‘ sollen die in der Rechtswirklichkeit vorkommenden unterschiedlichen Formen der Überlassung von Geld als Darlehen erfasst werden: Darunter lassen sich sowohl die Übergabe von Bargeld als auch die Formen des bargeldlosen Verkehrs wie die Überweisung, die Gutschrift, die Gewährung eines Kontokorrentkredits und in dessen Rahmen die Einräumung eines Überziehungskredits verstehen.“ Und auch der unbestimmte Artikel in § 488 Abs. 1 Satz 1 („einen“) und die Bezeichnung des Darlehensgegenstands als „Geldbetrag“ sind mit Bedacht gewählt. Denn hieraus soll hervorgehen, „dass der Darlehensgeber nicht zur Überlassung bestimmter Geldscheine oder –münzen, sondern lediglich zur wertmäßigen Verschaffung des Geldbetrags verpflichtet ist.“<sup>16</sup>

*Mülbert* will in dem Wortlaut des § 488 Abs. 1 Satz 1 und den soeben wiedergegebenen Passagen der Regierungsbegründung eine „Entmateriali-

---

13 Auch die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ABl. Nr. L 2000 v. 8.8.2000, S. 35) gebietet wohl keine hiervon abweichende Beurteilung; ihr Art. 1 (i.V.m. Erwägungsgrund 13) begrenzt den Anwendungsbereich vielmehr ausdrücklich auf „Entgeltzahlungen“, und es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Gemeinschaftsrecht hierunter etwas anderes als eine auf Geld gerichtete Gegenleistung versteht. – Was die Vorschrift des § 289 betrifft, so ist zwar deren Satz 1 unanwendbar; im Rahmen des – zweifelsohne anwendbaren – § 289 Satz 2 gelangen jedoch weiterhin die Grundsätze über die abstrakte Berechnung des Verzugs Schadens zur Anwendung.

14 Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

15 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

16 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

sierung“ des Gelddarlehensvertrags verwirklicht sehen, mit der der Gesetzgeber zugleich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Leistung von Buchgeld als Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 gelte,<sup>17</sup> für das Gelddarlehen (und zwar sowohl für die Überlassungspflicht des Darlehensgebers als auch für die Rückgewährpflicht des Darlehensnehmers) dahin entschieden habe, dass Erfüllung auch unabhängig vom Einverständnis des Vertragspartners eintrete.<sup>18</sup> „Angesichts der wertorientierten Vergeistigung des Gelddarlehens“ sei zudem jede Form der Leistung von Buchgeld, also etwa auch die Überlassung einer mit entsprechender Verfügungsbefugnis aufgeladenen Geldkarte, zur Erfüllung geeignet.<sup>19</sup>

Solch' weitreichende Folgerungen scheinen mir indes nicht veranlasst. Zunächst einmal versteht es sich (und hieran will natürlich auch *Mülbert* nicht rütteln), dass ausdrückliche oder konkludente, etwa sich aus Rechtsnatur oder Bezeichnung des Darlehens ergebende Parteivereinbarungen Vorrang haben, die Frage, unter welchen Voraussetzungen Erfüllung eintritt, sich mithin nur bei Fehlen entsprechender Anhaltspunkte stellt. Im übrigen erscheint es mir keineswegs gewiss, dass sich der Gesetzgeber mit der Terminologie des § 488 Abs. 1 Satz 1 von den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung der Geldschuld distanzieren wollte. Auch unter Berücksichtigung der wiedergegebenen Passagen der Amtlichen Begründung ist es vielmehr nahe liegend, dass der Wortlaut des § 488 Abs. 1 Satz 1 nur für die „in der Rechtswirklichkeit vorkommenden unterschiedlichen Formen der Überlassung von Geld als Darlehen“<sup>20</sup> geöffnet und dadurch eine zwar textliche, nicht aber sachliche Modernisierung des Darlehensrechts vollzogen werden sollte. In dem – in der Bankpraxis ohnehin kaum begegnenden – Fall, dass eine Vereinbarung über die Art der Erfüllung der sich aus § 488 Abs. 1 ergebenden Pflichten nicht getroffen ist, hat es deshalb bei den allgemeinen Grundsätzen der §§ 362 Abs. 1, 364 sein Bewenden.

---

17 Dazu eingehend *Olzen*, in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, Stand 2001, vor § 362 Rdn. 34 ff.

18 *Mülbert*, WM 2002, 465, 468 f.; zustimmend *Schäfer* (Fn. 8), § 7 Rdn. 19.

19 *Mülbert*, WM 2002, 465, 468 f.

20 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 253.

### 3. Ordentliche Kündigung

#### a) bei fehlender Laufzeitvereinbarung

Das Recht sowohl des Darlehensgebers als auch des Darlehensnehmers zur Kündigung eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Darlehensvertrags ist Gegenstand des § 488 Abs. 3. Sachliche Änderungen gegenüber der Regelung in § 609 Abs. 1, 2 a.F. sind nur insoweit zu verzeichnen, als nunmehr eine einheitliche, nicht mehr auf den Betrag des Darlehens abstellende Kündigungsfrist von drei Monaten vorgesehen ist. Was dagegen die Vereinbarkeit des in Ziffer 19 Abs. 2 Satz 1 der AGB-Banken<sup>21</sup> vorgesehenen Rechts der Bank zur Kündigung unbefristeter Kredite mit § 307 betrifft, gibt die Schuldrechtsreform keinen Anlass für eine Neubewertung.<sup>22</sup> Mit der schon bislang herrschenden Meinung<sup>23</sup> ist vielmehr davon auszugehen, dass – durch Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 der Ziffer 19 AGB-Banken nicht unerheblich eingeschränkte – Kündigungsrecht der Bank ABG-rechtlich unbedenklich ist.

#### b) des Darlehens mit vereinbarter Laufzeit

Die ordentliche Kündigung des Darlehens mit vereinbarter Laufzeit ist Gegenstand des § 489. Ein Kündigungsrecht steht, wie schon bislang nach § 609a a.F., allein dem Darlehensnehmer zu. Änderungen gegenüber § 609a a.F. sind nur insoweit zu verzeichnen, als Abs. 4 nunmehr immerhin auch den

21 Insoweit haben sich durch die zum 1.5.2002 vollzogene Neufassung der AGB-Banken (dazu *Wittig/Wittig*, WM 2002, 145, 149 f.; *Sonnenhol*, WM 2002, 1259 ff.; *Becher/Gößmann*, BKR 2002, 519 ff.) keine Änderungen ergeben.

22 So auch *Freitag*, WM 2001, 2370, 2375 f.; *Grundmann*, BKR 2001, 66, 69; *Wittig/Wittig*, WM 2002, 145, 147; zumindest tendenziell a.A. *Reiff*, in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, *Anwaltkommentar Schuldrecht*, 2002, § 488 Rdn. 9.

23 OLG Köln WM 1999, 1004; *Brandner*, in Ulmer/Brandner/Hensen, *AGBG*, 9. Aufl., 2001, Anh. §§ 9 – 11 Rdn. 178 m.w.N.; a.A. wohl *Köndgen*, in Ernst/Zimmermann (Fn. 1), S. 457, 474, dessen Hinweis auf die (angebliche) asymmetrische Ausgestaltung des Kündigungsrechts durch das Gesetz außer Acht läßt, dass § 488 Abs. 3 auch die Kündigung durch den Darlehensnehmer betrifft, während § 489 Abs. 2 allein das Darlehen mit vereinbarter Laufzeit (und variablem Zins) betrifft und in diesem Fall (wie überhaupt in den Fällen des § 489) ausschließlich dem Darlehensnehmer ein ordentliches Kündigungsrecht gewährt.

Europäischen Gemeinschaften und ausländischen Gebietskörperschaften den Verzicht auf das Kündigungsrecht ermöglicht.<sup>24</sup> Umgekehrt sind Existenzgründer einem Verbraucher insoweit nicht gleichgestellt (§ 507 erklärt nur die §§ 491 ff. für entsprechend anwendbar), so dass ihnen das Kündigungsrecht nach § 489 Abs. 1 Nr. 2 nicht zusteht.

#### 4. Außerordentliche Kündigung

##### a) durch den Darlehensgeber (§ 490 Abs. 1)

Die außerordentliche Kündigung durch den Darlehensgeber ist nunmehr in § 490 Abs. 1 geregelt, diejenige durch den Darlehensnehmer in § 490 Abs. 2. Ergänzend greifen, wie § 490 Abs. 3 klarstellt, die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) und das allgemeine Kündigungsrecht aus § 314 ein.<sup>25</sup> Erfasst werden sowohl das valutierte als auch das noch nicht valutierte Darlehen; des Rückgriffs auf allgemeine Grundsätze über Dauer-schuldverhältnisse bedarf es somit, anders als unter Geltung des auf das *nicht valutierte* Darlehen beschränkten § 610 a.F., nicht mehr.<sup>26</sup> Nunmehr kann der Darlehensgeber fristlos kündigen, „wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder in der Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, durch die die Rückerstattung des Darlehens, *auch unter Verwertung der Sicherheit*, gefährdet wird.“ Geregelt sind also zwei Kündigungstatbestände (drohende Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners, Verschlechterung der Werthaltigkeit einer Sicherheit), die, wie sogleich zu zeigen sein wird, über eine gemeinsame Voraussetzung (Gefährdung der Rückführung des Kredits, und zwar auch unter Verwertung der Sicherheit) miteinander verzahnt sind.

---

24 Zu Recht weitergehende Dispositivität fordernd *Köndgen*, WM 2001, 1637, 1642.

25 Ein Sachverhalt, der ein Kündigungsrecht aus § 490 Abs. 1, 2 begründet, kann allerdings nicht zugleich im Rahmen der §§ 313, 314 berücksichtigt werden; s. hierzu sowie zu möglichen Anwendungsfällen der §§ 313 f. namentlich *Wittig/Wittig*, WM 2002, 145, 149; *Milbert*, WM 2002, 465, 473; *Freitag*, WM 2001, 2370, 2377.

26 Dazu sowie zur Abgrenzung gegenüber § 321 weiterführend *Grundmann*, BKR 2001, 66, 69; s. ferner *Köndgen*, WM 2001, 1637, 1642 f.

Dieses außerordentliche Kündigungsrecht besteht vor Auszahlung des Darlehens „im Zweifel stets, nach Auszahlung nur in der Regel“. Letzteres, nämlich dass nach Auszahlung nur noch „in der Regel“ gekündigt werden kann, ist ausweislich der Amtlichen Begründung im Sinne einer flexiblen, auf Zumutbarkeitserwägungen gestützten Betrachtungsweise zu verstehen. Auch weiterhin kann es also dem Darlehensgeber obliegen, sich auf eine (partielle) Tilgungsaussetzung oder auf eine Neubesicherung einzulassen.<sup>27</sup> Ausweislich der Materialien soll hierbei vor allem an den Fall zu denken sein, dass dem Darlehensnehmer die teilweise Rückführung des Darlehens möglich wäre, die Gesamtfälligkeit dagegen Insolvenz hervorrufen würde, ferner an den Fall der nur vorübergehenden Verschlechterung der Vermögensverhältnisse. Indes wird es im zuletzt genannten Fall typischerweise an einer – aus Sicht ex ante zu bestimmenden – relevanten Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs und damit am Tatbestand des Kündigungsrechts fehlen.<sup>28</sup> Nichts anderes gilt für den erstgenannten Fall der drohenden Insolvenz durch Rückforderung des Darlehens in einer Summe.<sup>29</sup> Sieht sich der Darlehensnehmer zur vertragsgemäßen (nämlich ratenweisen) Rückführung des Darlehens imstande, so kann eine relevante Vermögensverschlechterung nicht schon darin gesehen werden, dass der Darlehensnehmer durch die vor Kündigung ohnehin nicht geschuldete Rückführung in einer Summe überfordert wäre. Und befindet sich der Darlehensnehmer bereits in Verzug, so greift, wie im weiteren Verlauf der Ausführungen näher darzulegen sein wird, ohnehin das auf § 314 gestützte Kündigungsrecht. Nach allem kommt dem „in der Regel“-Vorbehalt des § 490 Abs. 1 wohl keine allzu große praktische Relevanz zu.

Auch in der Sache ist das Kündigungsrecht, jedenfalls soweit es auch auf den Wertverfall einer Sicherheit abstellt, wenig durchdacht. Es geht zwar insoweit über das in Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken in der bis zum 30.4.2002 geltenden Fassung<sup>30</sup> geregelte Kündigungsrecht hinaus, als dort auf die

---

27 Begr. RegE, BT-Drucks. 14/6040, S. 254; s. dazu *Schäfer* (Fn. 8), § 7 Rdn. 11; zum alten Recht auch *MünchKomm-Westermann* (Fn. 5), § 607 Rdn. 13.

28 Zutr. *Mülbert*, WM 2002, 465, 474.

29 *Mülbert*, WM 2002, 465, 474.

30 Die seit 1.5.2002 geltende Neufassung der Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken (Fn. 21) entspricht nahezu wörtlich dem § 490 Abs. 1; aufrechterhalten worden ist das

(drohende) wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Darlehensnehmers sowie darauf abgestellt wurde, dass der Darlehensnehmer seiner anderweitig geregelten Pflicht zur Verstärkung von Sicherheiten nicht nachkommt; künftig soll der Darlehensgeber also auch dann zur Kündigung berechtigt sein, wenn die bereits gestellte Sicherheit, auch diejenige eines *Dritten* (wie dies bei Personalsicherheiten ohnehin zwangsläufig der Fall ist), an Wert verliert und dadurch die Durchsetzung des Rückgewähranspruchs gefährdet ist. Allerdings gilt dies nur unter der allgemeinen Voraussetzung, dass die Rückführung des Kredits „auch unter Verwertung der Sicherheit“ gefährdet ist. Gerät also der Bürge in wirtschaftliche Schwierigkeiten oder werden auf dem von einem Dritten verpfändeten Grundstück Bodenbelastungen entdeckt, so kann der Darlehensgeber daraus allein noch kein Kündigungsrecht herleiten, wenn der Darlehensnehmer solvent ist. Es bleibt dann gegebenenfalls bei dem vertraglich vorbehaltenen Anspruch auf *Sicherheitenverstärkung*. Bei Lichte betrachtet ist deshalb § 490 Abs. 1, soweit er ein Kündigungsrecht wegen Verschlechterung der Werthaltigkeit einer Sicherheit gewährt, weithin funktionslos:<sup>31</sup> Es kommt zumindest auch auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners an, mag man auch an dieselbe beim Ausfall von Sicherheiten strengere Anforderungen stellen dürfen.

Aber auch § 490 Abs. 1, 1. Fall (drohender oder bereits eingetretener Vermögensverfall des Darlehensnehmers) ist aus Sicht des Darlehensgebers nicht unproblematisch. Auch in diesem Fall kommt die Kündigung nur in Betracht, wenn die Rückführung des Kredits „auch unter Verwertung der Sicherheit“ gefährdet ist. Anders gewendet bedeutet dies, dass der Kreditgeber auch bei Verzug des Darlehensnehmers nicht soll kündigen können, wenn das Darlehen noch hinreichend besichert ist.<sup>32</sup> Hiergegen lässt sich zwar nicht einwenden, dass der Zugriff auf die Sicherheit Eintritt der Verwertungsreife voraussetze, diese aber vor Kündigung nicht vorliege;<sup>33</sup> denn Verwertungsreife liegt auch dann vor, wenn der Darlehensnehmer mit einzelnen Raten in Verzug geraten ist. Indes obliegt es nun dem Kreditgeber,

---

auf unterlassene Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten gründende Kündigungsrecht (dazu sogleich im Text).

31 So auch *Freitag*, WM 2001, 2370, 2374 f.

32 So ausdrücklich Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/6857, S. 64; Anwaltkommentar-*Reiff* (Fn. 22), § 490 Rdn. 2.

33 So aber *Freitag*, WM 2001, 2370, 2374.

vor Kündigung wegen Vermögensverfalls oder Zahlungsverzugs eine Neubewertung der Sicherheiten vorzunehmen und mit der Kündigung solange zuzuwarten, bis die Sicherheit soweit an Wert verloren hat oder der Rückstand zuzüglich des Verzugschadens soweit gediehen ist, dass nunmehr die Gefahr einer Unterdeckung besteht.<sup>34</sup> Der Sache nach wird damit dem Darlehensnehmer eine nicht unbeträchtliche Schonfrist eingeräumt. Hierdurch wird allerdings keine „im Widerspruch zur Wertung des § 771“ stehende „Zwangslage“ begründet, indem der Darlehensgeber genötigt werde, die von einem Dritten gestellte Sicherheit in Anspruch zu nehmen.<sup>35</sup> Auch abgesehen davon, dass § 771 ohnehin nur auf die Bürgschaft Anwendung findet und auch dort – wie § 773 Abs. 1 Nr. 1 belegt – abbedungen werden kann,<sup>36</sup> regelt diese Vorschrift nämlich allein die *tatsächliche Inanspruchnahme* des Bürgen durch den Gläubiger. Demgegenüber geht es in § 490 Abs. 1 um die Frage, ob der Darlehensgeber eine Verschlechterung oder Gefährdung der Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers zum Anlass für eine Kündigung nehmen kann, wenn – ex ante betrachtet – sein Anspruch noch durch (vom Darlehensgeber oder) von dritter Seite gestellte Sicherheiten gedeckt ist. Indem das Gesetz dies verneint, wird zwar in der Tat das aus der Entwicklung des Schuldnervermögens begründete Gefährdungspotential auf den die Sicherung stellenden Dritten verlagert; indes muss dieser in jedem Fall mit einer gänzlichen Inanspruchnahme der Sicherheit rechnen, so dass man in § 490 Abs. 1 schwerlich eine mit den Prinzipien des Rechts der Kreditsicherheiten unvereinbare Wertentscheidung sehen kann.

Was folgt nun aus alledem? Zunächst einmal bezieht sich das das Kündigungsrecht einschränkende Tatbestandselement „auch unter Verwertung der Sicherheit“ zweifelsohne auch auf den Fall einer von dritter Seite gestellten Sicherheit. Zudem wird man, da die genannte Kündigungsvoraussetzung den Schutz des Darlehensnehmers bezweckt, einer formularmäßigen Abbedingung jedenfalls dann mit Skepsis begegnen müssen,<sup>37</sup> wenn man mit der ganz

---

34 Zutr. Freitag, WM 2001, 2370, 2374; s. ferner *Becher/Gößmann*, BKR 2002, 519, 523 f.

35 So aber *Mülbert*, WM 2002, 465, 474.

36 Zur Vereinbarkeit mit dem ABG-Recht s. BGH ZIP 2001, 1190, 1193; Münch Komm-*Habersack* (Fn. 5), § 773 Rdn. 3 f. m.w.N.

37 Für Zulässigkeit einer formularvertraglichen Abweichung dagegen *Mülbert*, WM 2002, 465, 474.