

**Oberlandesgericht Köln**  
**Urteil vom 14.04.2021**  
**13 U 192/20**

**Anspruch auf Nichtabnahmeentschädigung; Schadensberechnung**

**Tenor**

Das am 17. 9. 2020 verkündete Urteil des Landgerichts Bonn - 19 O 129/19 - wird auf die Berufung der Klägerin unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 31.800,67 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28. 3. 2017 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts in der Fassung, die es durch dieses Urteil gefunden hat, sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund der Urteile vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % leistet.

**Gründe**

I.

Die Parteien schlossen am 27. 9./2. 10. 2012 einen Darlehensvertrag über nominal 176.000,00 EUR zur Umschuldung eines bei der A bestehenden Darlehens des Beklagten (nach Teilrückführung und Verrechnung eines Bausparguthabens). Das Darlehen sollte nicht sofort, sondern - so die ursprüngliche Vereinbarung - bis zum 30. 10. 2016 ausgezahlt werden.

Die zum 31. 1. 2016 geplante Ablösung scheiterte; die Parteien streiten über die Verantwortlichkeit für das Scheitern. Mit Schreiben vom 15. 12. 2015 hatte der Beklagte gegenüber der Klägerin den

Widerruf seiner auf Abschluss des Darlehensvertrags abgegebenen Willenserklärung erklärt. Ferner hatte er in demselben Schreiben mitteilen lassen, Zahlungen zukünftig nur noch unter dem Vorbehalt der Rückforderung und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu leisten. Er hatte angekündigt, gegebenenfalls ein Klageverfahren zur Klärung der Wirksamkeit seines Widerrufs einzuleiten. Mit Schreiben vom 19. 1. 2016 wies die Klägerin den Widerruf unter Hinweis auf die ihrer Auffassung nach abgelaufene Widerrufsfrist zurück. Zugleich entschied sie sich aufgrund der angekündigten Klageerhebung dazu, die für den 30. 4. 2016 zur Auszahlung an die B fällige Summe von 43.000,00 EUR nicht auszuzahlen.

- 5 Mit Schreiben vom 28. 7. 2016 erklärte der Beklagte wegen Erfüllungsverweigerung die außerordentliche und fristlose Kündigung des Darlehensvertrags. Mit Schreiben vom 22. 11. 2016 forderte die Klägerin den Beklagten auf, ihr bis spätestens 30. 12. 2016 zu bestätigen, das Darlehen abzunehmen und alle weiteren rechtlichen Schritte gegen sie einzustellen. Für den fruchtlosen Ablauf der Frist kündigte sie an, von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch und eine Nichtabnahmeentschädigung geltend zu machen (Anl. B 2, Bl. 362 ff. d. A.). Zum Zeitpunkt der Abnahmeaufforderung durch die Klägerin am 22. 11. 2016 lagen ihr alle nach dem Vertrag vorgesehenen Sicherheiten vor.
- 6 Unter dem 23. 12. 2016 erhob der Beklagte Klage gegen die Klägerin, mit der er im Wesentlichen die Feststellung begehrte, der Darlehensvertrag sei infolge seines Widerrufs in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden bzw. infolge der von ihm ausgesprochenen Kündigung unwirksam.
- 7 Mit Schreiben vom 27. 2. 2017 erklärte die Klägerin, "von dem Darlehensvertrag gemäß Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen im Hypothekendarlehenbankgeschäft (ABH) zurück[zutreten]" und machte unter Berufung auf Ziff. 11 Abs. 1 der ABH eine aus der Nichtabnahme des Darlehens resultierende Schadensersatzforderung von 31.803,67 EUR unter Fristsetzung bis 27. 3. 2017 geltend (Anl. K 17, Bl. 100 d. A.; detaillierte Berechnung s. Anl. K 18, Bl.,101 ff. d. A.).
- 8 Die gegen die Klägerin gerichtete Klage des Beklagten blieb erfolglos (LG Bonn, 22. 6. 2017, 17 O 22/17); die Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil wurde vom Senat gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen (Senat, 17. 4. 2018, 13 U 181/17). In der Folge erklärte die Klägerin, sie sei nach wie vor zur Auszahlung des Darlehens bereit, was der Beklagte allerdings ablehnte. Hilfsweise hat die Klägerin ihren Anspruch unter Vorlage einer alternativen Anspruchsberechnung (Bl. 447 ff. d. A.) auf diesen Vorgang gestützt, in dem sie eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung sieht.
- 9 Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

- 10 Das Landgericht hat die Klage - bis auf einen Teilbetrag der Bereitstellungszinsen in Höhe von 331,80 EUR - abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, soweit Nr. 11 Abs. 1 der AHB vorsehe, dass die Klägerin bereits bei Nichtabnahme des Darlehens durch den Darlehensnehmer ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen eine Nichtabnahmeentschädigung geltend machen könne, verstoße die Bestimmung gegen § 309 Nr. 4 BGB und sei daher unwirksam; nicht jede Nichtabnahme sei einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Erfüllung gleichzusetzen. Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, der Beklagte habe nicht die Voraussetzungen für die Auszahlung geschaffen. Die in dem Schreiben vom 22. 11. 2016 aufgestellte Forderung, dass der Beklagte alle weiteren rechtlichen Schritte gegen die Klägerin einstelle, sei nicht berechtigt gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
- 11 Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr ursprüngliches Klageziel weiter. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere trägt sie vor, das Landgericht habe sich in Widerspruch zu der Rechtsauffassung des Senats im Vorprozess gesetzt, der das Verhalten des Beklagten eindeutig als treuwidrig bewertet habe. Es sei ihr nicht zumutbar gewesen, ihre eigenen Leistungen zu erbringen, während der Beklagte nur zur Leistung unter Vorbehalt bereit gewesen sei. Jedenfalls aber sei ihr Rücktritt im Jahr 2018 wirksam gewesen.
- 12 Die Klägerin beantragt,
- 13 unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils über das erstinstanzlich Zuerkannte hinaus den Beklagten zu verurteilen, an sie 31.471,87 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 28. 3. 2017 zu zahlen.
- 14 Der Beklagte beantragt,
- 15 die Berufung zurückzuweisen.
- 16 Der Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts, soweit es die Klage abgewiesen hat. Insbesondere trägt er vor, die Klägerin habe keinen Anspruch darauf gehabt, dass er auf rechtliche Schritte gegen sie verzichte oder vorbehaltlos Leistungen an sie erbringe. Sein Verhalten sei auch nicht als ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung aufzufassen. Ferner bestreitet er die Berechnung der von der Klägerin geltend gemachten Nichtabnahmeentschädigung; diese sei bereits nicht schlüssig dargelegt.

17

## II.

18 Die zulässige Berufung hat auch in der Sache - bis auf einen geringfügigen Restbetrag - Erfolg.

19 1. Entgegen der Rüge der Berufungserwiderung genügt die Berufungsbegründung weit überwiegend den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO. Die Klägerin hat im Einzelnen dargelegt, aus welchen Gründen sie - abweichend von der Wertung des Landgerichts - von einer wirksamen Kündigung des Darlehensvertrages ausgeht. Dies genügt den Anforderungen des § 529 Abs. 3 Nr. 2 ZPO in Bezug auf die geltend gemachte Forderungen einer Nichtabnahmeentschädigung sowie der Bereitstellungsinsen. Eine Begründung fehlt lediglich insoweit, als das Landgericht einen Anspruch auf Erstattung von verauslagten Fremdgebühren für Rücklastschriften in Höhe von 3,00 EUR abgelehnt hat, da es insoweit an Vortrag fehle (S. 12 LGU). Dem ist die Berufung nicht entgegengetreten, so dass sie insoweit keinen Erfolg hat.

20 2. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Nichtabnahmeentschädigung in Höhe von 30.026,00 EUR zu.

21 a) Bereits dem Ausgangspunkt des Landgerichts, die Regelung in Nr. 11 der AHB, wonach die Klägerin bei Nichtabnahme des Darlehens eine Nichtabnahmeentschädigung verlangen dürfe, sei unwirksam, vermag der Senat nicht zu folgen. Das Landgericht hat argumentiert, die Klägerin müsse dem Darlehensnehmer zuvor eine Frist zur Abnahme des Darlehens setzen. Da sie nach der Klausel die Entschädigung auch ohne vorherige Fristsetzung verlangen könne, liege ein Verstoß gegen § 309 Nr. 4 BGB vor, durch den Klauseln verboten werden, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen.

22 Zwar mag dem Landgericht zugestanden werden, dass es tatsächlich Fälle geben kann, in denen der Darlehensnehmer das Darlehen nicht abnimmt, ohne dass darin eine endgültige und ernsthafte Verweigerung der Erfüllung liegt, bei der eine Fristsetzung entbehrlich ist. Allerdings muss die Regelung im Zusammenhang mit Nr. 3 (1) der AHB gelesen werden, nach der die Klägerin von dem Vertrag zurücktreten kann, wenn das Darlehen "trotz Setzung einer angemessenen Frist" nicht bezogen wird. Da eine Nichtabnahmeentschädigung die Beendigung des Vertrages voraussetzt, wird klar, dass die Klägerin dem Darlehensnehmer grundsätzlich eine "angemessene Frist" setzen muss, ehe sie von ihm eine Nichtabnahmeentschädigung verlangen kann.

23 b) Im Übrigen hat das Landgericht übersehen, dass bei Unwirksamkeit der Klausel im Fall einer endgültigen und ernsthafte Verweigerung der Abnahme der Anspruch der Klägerin auf §§ 280

Abs. 1 Nr. 3, 281 BGB beruht (vgl. Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 80 Rn. 4). Der Beklagte hat ernsthaft und endgültig die Abnahme des Darlehens verweigert. Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, der Beklagte habe in den maßgeblichen Schreiben zu erkennen gegeben, dass er seine Zahlungspflicht nicht in Abrede stelle, sondern sich durch den (angekündigten) Vorbehalt im Verfahren um die Wirksamkeit seines Widerrufs seine rechtliche Position sichern wollte. Völlig außer Acht gelassen hat das Landgericht dabei den Umstand, dass der Beklagte die Klägerin verklagt hat, um die Unwirksamkeit des Vertrages feststellen zu lassen.

- 24 Eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung ist anzunehmen, wenn der Schuldner grundlos zurücktritt oder kündigt oder sich sonst vom Vertrag lossagt, selbst wenn sich der Gläubiger gleichfalls nicht in jeder Hinsicht vertragstreu verhalten hat (MünchKommBGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, § 323 Rn. 103; vgl. BGH, 1. 12. 1976, VIII ZR 266/75, NJW 1977, 580, 581; Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 281 Rn. 14). Eine deutlichere Form des "Sich-Lossagens" vom Vertrag als seinen Vertragspartner auf die (unbegründete) Feststellung zu verklagen, dass der Vertrag unwirksam ist, ist kaum vorstellbar. In der Klageerhebung vor dem LG Bonn im Vorprozess liegt daher eine eindeutige und ernsthafte Verweigerung der Abnahme des Darlehens, die die Klägerin zu der Kündigung vom 27. 2. 2017 berechtigte. Darauf, dass sie die Kündigung dort nicht mit der Klageerhebung, sondern mit ihrem vorangegangenen Schreiben vom 26. 11. 2016 begründete, kommt es nicht an; maßgeblich ist, dass sie den Vertrag wegen der Nichtabnahme des Darlehens beenden wollte.
- 25 Auf die vom Landgericht problematisierte Frage, ob die Forderung der Klägerin in dem Schreiben vom 26. 11. 2016, der Beklagte solle alle weiteren rechtlichen Schritte gegen sie einstellen, berechtigt war, kommt es daher nicht an.
- 26 Das Anliegen der Klägerin ist auch wertungsmäßig berechtigt: Es war ihr nicht zuzumuten, den Darlehensbetrag auszuführen, obwohl der Beklagte eindeutig zu erkennen gegeben hatte, sich von dem Vertrag lösen zu wollen, mit der Konsequenz einer vorzeitigen Rückabwicklung des Vertrages im Fall eines Prozesssieges des Beklagten. Letztlich ist es das Verhalten des Beklagten, das als widersprüchlich und daher rechtsmissbräuchlich zu bewerten ist, da er einerseits die Vorzüge des Widerrufsrechts für sich in Anspruch nehmen wollte, andererseits im Ergebnis die Klägerin an dem Vertrag festhalten will.
- 27 c) Verjährung ist nicht eingetreten. Der Schaden entstand mit der Beendigung des Vertrages durch die Kündigung vom 27. 2. 2017, so dass die Frist des § 195 BGB Ende 2017 zu laufen begann und bei der Klageerhebung im Jahr 2019 noch nicht abgelaufen war.

28 d) Die von der Klägerin als Anlage K 18 (Bl. 101 ff. d. A.) vorgelegte Schadensberechnung, die sie im Schriftsatz vom 24. 10. 2019 (Bl. 218 ff. d. A.) näher erläutert hat, ist in sich schlüssig. Die hiergegen mit Schriftsatz vom 24. 3. 2021, mit dem der Beklagte auf die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vom 24. 2. 2021 reagiert hat, erhobenen Einwendungen greifen nicht durch.

29 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Bank den Schaden, der ihr durch die Nichtabnahme oder durch die vorzeitige Ablösung eines Darlehens entsteht, sowohl nach der Aktiv-Aktiv-Methode als auch nach der Aktiv-Passiv-Methode berechnen. Bei der Aktiv-Passiv-Berechnungsmethode 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 Kapitalmarkttiteln ergibt. Der Differenzbetrag ist um ersparte Risiko- und Verwaltungskosten zu vermindern und auf den Zeitpunkt der Leistung der Nichtabnahmeentschädigung abzuzinsen (BGH, 7. 11. 2000, XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5 ff. = NJW 2001, 509, 510).

30 Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Aktiv-Passiv-Methode gewählt. Dabei ist die Rendite auf der Grundlage einer laufzeitkongruenten Wiederanlage in Pfandbriefen zugrunde zu legen, die der Kapitalmarktstatistik der C entnommen werden kann (BGH a. a. O. S. 510 f.; BGH, 30. 11. 2004, XI ZR 285/03, BGHZ 161, 196 ff. = NJW 2005, 751, 752; Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 84). Entgegen den Ausführungen des Beklagten hat die Klägerin in der Anlage K 18 unter Bezugnahme auf die Kapitalmarktstatistik der C im Einzelnen aufgeschlüsselt, wie sie die Rendite ermittelt hat (Reihen BBK01.ST und BBK01.WT, Spalte "Referenz" unter "Renditendaten" der Anlage K 18), und wie sie bereits in der Klageschrift (Bl. 7 ff. d. A.) näher ausgeführt hat.

31 Die Berechnung in der Anlage K 18, die der Klageforderung zugrunde liegt, stellt auch zutreffend auf den 28. 2. 2017 als das Datum der Wirksamkeit der Kündigung vom 27. 2. 2017 ab (zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 135 ff.). Das Datum 28. 8. 2015 wird in der Anlage K 18 nicht erwähnt; soweit es in den Erläuterungen im Schriftsatz vom 24. 10. 2019 genannt wird, hat es in die Berechnung in der Anlage K 18 keinen Eingang gefunden. Das Datum 30. 10. 2016, auf das der Beklagte abstellen möchte, ist lediglich das im Rahmen der Berechnung des effektiven Jahreszinses im Darlehensvertrag angenommene Datum der Auszahlung des Darlehens, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststand. Dementsprechend ist auch das von der Klägerin angenommene Datum der frühestmöglichen Tilgungsanpassung nicht zu

beanstanden. Entsprechend der vertraglichen Vereinbarung war diese sechs Monate nach dem Empfang des Darlehens zum Ersten eines Kalendermonats möglich, so dass der von der Klägerin berücksichtigte Zeitpunkt 1. 9. 2017 korrekt ist.

- 32 Der von der Klägerin vorgenommen Ansatz der Verwaltungskosten mit jährlich 50,00 EUR ist im Rahmen des § 287 ZPO nicht zu beanstanden (vgl. Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 120).
- 33 3. Bereitstellungsinsen sind, entgegen der Annahme des Landgerichts, ebenfalls bis zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung geschuldet (Krepold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 79 Rn. 135) und damit entsprechend der Berechnung der Klägerin in Höhe von 1.774,67 EUR.
- 34 4. Mit Ablauf der im Schreiben vom 27. 2. 2017 gesetzten Zahlungsfrist vom 27. 3. 2017 befand sich der Beklagte in Verzug und hat entsprechende Verzugsinsen zu leisten. Mit der Berufungsbegründung hat die Klägerin zwar nur Verzugsinsen aus einem Betrag von 31.471,87 EUR gefordert. Der Senat sieht sich aber nicht gehindert, Zinsen auf den vollen berechtigten Klagebetrag zuzuerkennen, da auch das Landgericht der Klägerin Verzugsinsen aus dem von ihm zuerkannten Betrag zugesprochen hat (S. 12 LGU), was lediglich aufgrund eines offenkundigen Versehens keinen Eingang in den Tenor gefunden hat.
- 35 5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 36 Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Die Sache hat keine über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die maßgeblichen Rechtsfragen sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung außer Streit. Im Übrigen beruht die Entscheidung auf einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles.