BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 445/17

Verkündet am:
20. Februar 2018
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 13, 491

Zum Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrags.

BGB § 280 Abs. 1 und 3, § 281

Dem Darlehensgeber steht bei einer außerordentlichen Kündigung eines Darlehensvertrages aufgrund Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers, der nicht Verbraucher ist, gegen diesen gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB als Schadensersatz statt der Leistung ein Anspruch auf eine Vorfälligkeitsentschädigung zu, deren Höhe er auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung berechnen kann.

BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 - XI ZR 445/17 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

ECLI:DE:BGH:2018:200218UXIZR445.17.0

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2018 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Juni 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche der beklagten Bank infolge der außerordentlichen Kündigung von mehreren Darlehensverträgen.

2 Die Klägerin ist Nachlassverwalterin des am 23. Dezember 2012 verstorbenen Franz Karl B. . Dieser war gemeinsam mit Goran N. Eigentümer mehrerer Grundstücke in der K. Straße in R. . Die Grundstücke waren mit einem Wohn- und Gaststättengebäude, einem Apartmenthaus mit 12 Wohnungen, einem Mehrfamilienhaus mit sechs fremdvermieteten Wohnungen und einem Einfamilienhaus nebst Scheune bebaut. Betrieben wurde dieser

Komplex von der GbR B. & N. -Pension und Gästehaus L. und der Grundstücksgemeinschaft B. & N. . Zur Finanzierung der Immobilien hatten die Eigentümer B. und N. bei der Beklagten vier Darlehen aufgenommen, nämlich am 13. Februar 2007 mit einer Darlehenssumme von 410.000 € und 390.000 € zu einem Sollzins von jeweils 5,39% und mit einer Zinsbindung von zehn Jahren (Darlehensendnummern 87 und 88), am 5. Juli 2007 mit einer Darlehenssumme von 610.000 € zu einem Sollzins von 6,15% und mit einer Zinsbindung von 15 Jahren (Darlehensendnummer 89) und am 25. März/ 1. April 2009 mit einer Darlehenssumme von 198.000 € zu einem Sollzins von 5,25% und mit einer Zinsbindung von zehn Jahren (Darlehensendnummer 90). Das Darlehen mit der Endnummer 88 sollte im Februar 2042 endfällig sein, während es sich bei den übrigen Darlehen um Annuitätendarlehen handelte. Sämtliche Darlehen waren durch Grundschulden auf dem Grundbesitz der beiden Darlehensnehmer gesichert.

3 Mit Schreiben vom 22. Februar 2012 kündigte die Beklagte das Darlehen mit der Endnummer 89 außerordentlich wegen Zahlungsverzugs und machte zugleich Verzugszinsen in Höhe von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf die offene Darlehensforderung sowie einen Refinanzierungsschaden in Höhe von 104.242,52 € geltend. Mit Schreiben vom 5. April 2012 kündigte die Beklagte auch die weiteren Darlehen wegen wesentlicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse außerordentlich und verlangte auf die jeweils offene Restvaluta Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über Basiszinssatz sowie die Erstattung der Refinanzierungsschäden in Höhe von 61.108,77 € (Endnummer 87), 59.913,93 € (Endnummer 88) und 20.437,96 € (Endnummer 90).

4 Während des von der Beklagten betriebenen Zwangsversteigerungsverfahrens in die grundschuldbesicherten Immobilien wurden diese im September

2015 verkauft. Der Kaufpreis wurde zu Händen der Beklagten gezahlt. Von diesem behielt sie neben den von ihr geltend gemachten Verzugszinsen in Höhe von 106.246,06 € für den Zeitraum zwischen den Kündigungen und der Rückführung der Darlehensvaluta einen weiteren Betrag in Höhe von 245.703,18 € zum Ausgleich der Refinanzierungsschäden ein. Diese hatte sie für die Zinsforderungen anhand der erzielbaren Wiederanlagezinsen und abgezinst auf das Datum der Wirksamkeit der Kündigungen berechnet. Den restlichen Kaufpreis kehrte sie an die Klägerin aus.

5 Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Zahlung des als Vorfälligkeitsentschädigung einbehaltenen Betrags von 245.703,18 € nebst Rechtshängigkeitszinsen. Sie ist der Auffassung, dass es sich bei den vier Darlehen um Verbraucherdarlehensverträge handele, weshalb der Beklagten wegen der Sperrwirkung des § 497 Abs. 1 BGB keine Vorfälligkeitsentschädigung zugestanden habe. Aber selbst wenn keine Verbraucherdarlehen vorgelegen hätten, sei die Beklagte gehindert gewesen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen, weil dieser nicht kumulativ zu dem von der Beklagten verlangten Verzögerungsschaden beansprucht werden könne.

6 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 83.501,12 € nebst Zinsen, zahlbar an die Klägerin als Gesamtgläubigerin mit Herrn Goran N. , stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage insgesamt abgewiesen, während es die Anschlussberufung der Klägerin zurückgewiesen hat. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

7 Die Revision ist uneingeschränkt zulässig. Sie ist insbesondere uneingeschränkt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Revision unbeschränkt zugelassen. Dies ergibt sich aus dem Tenor des angefochtenen Urteils. Aus den Entscheidungsgründen lässt sich eine Beschränkung der Revision nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit (dazu: BGH, Urteile vom 12. November 2004 - V ZR 42/04, NJW 2005, 894, 895 und vom 2. Februar 2010 - VI ZR 7/09, VersR 2010, 683, Rn. 7) entnehmen. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache in den Entscheidungsgründen zwar mit der Frage nach dem kumulativen Bestehen von Ansprüchen auf Leistung einer Vorfälligkeitsentschädigung infolge verzugsbedingter Vorfälligkeit bei Unternehmerdarlehen und auf Ersatz des durch den Verzug mit der Rückzahlung der Darlehensvaluta und der Vorfälligkeitsentschädigung entstandenen Schadens begründet. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hat es damit aber die Zulassung der Revision nicht auf die Anspruchshöhe beschränkt. Denn die vom Berufungsgericht aufgeworfene Rechtsfrage erfasst sowohl den Schadensersatz statt der Leistung als auch den Verzugsschaden. Die Frage nach einer kumulativen Geltendmachung beider Schadensarten lässt sich indes ohne eine Nachprüfung des Anspruchsgrundes nicht ohne weiteres beantworten. Aufgrund dessen kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Berufungsgericht die revisionsrechtliche Nachprüfung beschränken wollte.

B.

8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Auszahlung der von der Beklagten einbehaltenen Vorfälligkeitsentschädigungen nicht zu, weil diese der Beklagten zugestanden hätten. Die Beklagte habe gegen die beiden Darlehensnehmer B. und N. einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1, §§ 281, 252 BGB gehabt, weil diese ihre Pflicht zur Zahlung der monatlichen Zins- und Tilgungsleistungen nicht mehr vollständig erfüllt hätten. Die Beklagte habe deshalb die vier Darlehen nach vorangegangenen Mahnungen, mit denen sie den Darlehensnehmern nach § 281 Abs. 1 BGB erfolglos Fristen zur Nacherfüllung gesetzt habe, kündigen dürfen. Die Verletzung der Ratenzahlungsverpflichtungen aus den Darlehen hätten die Darlehensnehmer zu vertreten. Aufgrund dessen habe der Beklagten die geltend gemachte Vorfälligkeitsentschädigung zugestanden, die sie zu Recht jeweils für den Zeitraum zwischen der Wirksamkeit der Kündigungen und dem Ende der Zinsbindungszeiträume berechnet habe. Die Schadensberechnung auf der Grundlage des Wiederanlagezinses wie auch die Abzinsung seien ebenfalls zutreffend erfolgt und im Übrigen von der Klägerin auch nicht angegriffen worden.

11 Entgegen der Ansicht der Klägerin sei die Geltendmachung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht durch § 497 Abs. 1 i.V.m. § 503 Abs. 2 BGB gesperrt,

weil diese Vorschriften allein für Verbraucherdarlehen gelten würden. Die von den Darlehensnehmern geschlossenen vier Darlehensverträge beträfen indes keine Verbraucherdarlehen i.S.d. §§ 491 ff. BGB, weil die Darlehensnehmer die Darlehen nicht als Verbraucher, sondern in Ausübung oder zur Aufnahme gewerblicher Tätigkeit aufgenommen hätten. Sie hätten nämlich mit den finanzierten Immobilien geplant, am Markt dauerhaft Einnahmen durch die Zurverfügungstellung von Wohnungen und Gewerbeeinheiten gegen Entgelt zu erzielen. Dass die Grundstücke nicht im Eigentum der Verwaltungsgesellschaften, sondern im Eigentum der Darlehensnehmer gestanden hätten, sei unerheblich. Die Finanzierung sei nahezu ohne Eigenmittel erfolgt. Zwar könnten auch Investitionen in erheblicher Höhe lediglich der Verwaltung privaten Vermögens dienen. Dies sei hier aber nicht der Fall.

12 Darüber hinaus vermittle der Umfang der mit der Immobilienverwaltung verbundenen Tätigkeiten insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs. Die hohe Anzahl der Vermittlungsobjekte innerhalb der jeweiligen Immobilien, das Angebot tageweiser Vermietung der Apartments und die Planung von zwei Mitarbeiter-Apartments sprächen für einen beachtlichen zeitlichen und organisatorischen Aufwand. Dem stehe nicht der von der Klägerin behauptete Umstand entgegen, dass die Vermietungen von zu Hause aus vorgenommen worden seien. Der Unterhalt eines gesonderten Büros sei keine Voraussetzung für einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, der ebenso aus einer Privatwohnung geführt werden könne. Gegen einen privaten Zweck der finanzierten Immobilien spreche zudem, dass ausweislich der Kontaktangaben auf der entsprechenden Internetseite die Apartments durch eine hierfür besonders bestellte Geschäftsführerin verwaltet würden. Soweit die Klägerin zur Begründung ihrer Anschlussberufung erstmals konkret zur Organisation der Apartmentvermietung und deren Nutzung beweisbewehrt vorgetragen habe, sei dieses Vorbringen neu und nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen.

13 Die Beklagte könne die auf den jeweiligen Kündigungszeitpunkt berechnete Vorfälligkeitsentschädigung auch neben dem Ersatz des Verzugsschadens geltend machen. Die beiden Ansprüche schlössen sich nicht aus, weil es sich um den Ersatz zweier unabhängig voneinander bestehender Schadenspositionen handele. Eine Überkompensation liege nicht vor, weil der Nichterfüllungsschaden hier anhand der Aktiv-Passiv-Methode unter Berücksichtigung der hypothetischen Wiederanlagezinsen und der Abzinsung auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung berechnet worden sei.

II.

14 Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Prüfung in einem Punkt nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Beklagten auf eine Vorfälligkeitsentschädigung in der geltend gemachten Höhe nicht bejaht werden.

15 1. Entgegen den Angriffen der Revision ist das Berufungsgericht allerdings im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagten ein Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung aus § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB im Hinblick auf alle vier streitgegenständlichen Darlehen zugestanden hat.

16 a) Wird ein Darlehensvertrag mit fester Laufzeit durch fristlose Kündigung der kreditgebenden Bank aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst, weil der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen schuldhaft nicht nachgekommen ist, so steht der Bank ein Anspruch auf Ersatz des Schadens zu, den sie durch die vorzeitige Beendigung des Vertrages erleidet (Senatsurteil vom 8. Oktober 1996 - XI ZR 283/95, BGHZ 133, 355, 359). Dies ist hier der Fall.

17 Die Darlehensnehmer B. und N. haben die ihnen nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB obliegende Pflicht zur Erfüllung der vertraglich vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen verletzt und dadurch die von der Beklagten am 22. Februar 2012 ausgesprochene außerordentliche Kündigung des Darlehensvertrags mit der Endnummer 89 wie auch die am 5. April 2012 erklärte außerordentliche Kündigung der drei weiteren Darlehensverträge mit den Endnummern 87, 88 und 90 veranlasst.

18 Entgegen der Auffassung der Revision steht dem nicht entgegen, dass die Beklagte die Kündigung vom 5. April 2012 auf eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Darlehensnehmer gemäß § 490 Abs. 1 BGB und Nr. 19 Abs. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten gestützt hat. Der Darlehensnehmer schuldet zwar nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich die ordnungsgemäße Erfüllung der vereinbarten Zins- und Tilgungsleistungen, nicht aber die Erhaltung seiner Bonität. In dem Kündigungsschreiben vom 5. April 2012 hat die Beklagte indes die wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Darlehensnehmer mit dem ergebnislosen Fristablauf der Kündigung vom 22. Februar 2012 und dem fortbestehenden Zahlungsverzug der Darlehensnehmer begründet. Die schuldhafte Verletzung der Zahlungspflicht der Darlehensnehmer, die zur Kündigung des Darlehensvertrags mit der Endnummer 89 geführt hat, ist damit auch adäquat kausal für die Kündigung der weiteren Darlehensverträge gewesen. Die Kündigung vom 5. April 2012 weist nicht nur eine lediglich äußerliche Verbindung zu dem Zahlungsverzug auf, sondern steht dazu in einem inneren Zusammenhang.

19 b) Nach der Rechtsprechung des Senats hat der Darlehensgeber in einem solchen Fall für die Zeit nach der wirksamen Kündigung keinen vertraglichen Zinsanspruch mehr (Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - XI ZR 313/98,

WM 2000, 718, 719). Denn der Vertragszins ist als Gegenleistung dafür vereinbart, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer das Recht zur Nutzung des überlassenen Darlehenskapitals einräumt. Endet dieses Recht infolge Zeitablaufs oder Kündigung und verlangt der Darlehensgeber Zahlung in einer Weise, die den Darlehensnehmer in Schuldnerverzug setzt und die Annahme einer stillschweigend fortgesetzten Darlehensvereinbarung ausschließt, so entfällt für die Folgezeit der Anspruch des Darlehensgebers auf Weiterzahlung des Vertragszinses (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1988 - III ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 338 f.). Dem Darlehensgeber steht vielmehr wahlweise ein Anspruch auf Ersatz seines Verzögerungsschadens nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB oder ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zu. Soweit der Bundesgerichtshof diesen - in der Zeit vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes so bezeichneten - Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auf eine entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens des § 628 Abs. 2 BGB gestützt hat (vgl. BGH, Urteile vom 28. April 1988 - III ZR 57/87, BGHZ 104, 337, 341 f. und III ZR 120/87, WM 1988, 1044, 1045; Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - XI ZR 313/98, WM 2000, 718, 719), bedarf es dessen nicht mehr.

20 2. Anders als die Revision meint, ist der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auch nicht gemäß § 497 Abs. 1 BGB in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung (im Folgenden: aF; vgl. Art. 229 § 22 Abs. 2, § 38 EGBGB) ausgeschlossen. Die Klägerin kann sich auf diese Vorschrift (vgl. dazu Senatsurteile vom 19. Januar 2016 - XI ZR 103/15, BGHZ 208, 278 Rn. 19 ff. und vom 22. November 2016 - XI ZR 187/14, WM 2017, 97 Rn. 15 ff.) nicht berufen, weil die von den Darlehensnehmern B. und N. mit der Beklagten geschlossenen Darlehensverträge nicht als Verbraucherdarlehensverträge i.S.d. § 492 Abs. 1a Satz 2 BGB aF anzusehen sind. Eine entsprechende Anwendung des § 497 Abs. 1 BGB aF auf andere als Verbraucherdarlehensver-

träge kommt nicht in Betracht. Dafür fehlt es sowohl an einer Regelungslücke als auch an einer Vergleichbarkeit der geregelten Sachverhalte. § 497 Abs. 1 BGB aF bezweckt vielmehr ausschließlich den Schutz des Verbrauchers (vgl. Senatsurteile vom 19. Januar 2016, aaO, Rn. 25 ff. und vom 22. November 2016, aaO, Rn. 17 ff.), so dass sich sein Anwendungsbereich auf Verbraucherdarlehensverträge beschränkt. Solche liegen hier indes nicht vor.

21 a) Nach § 13 BGB in der hier maßgeblichen, bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Verwaltung eigenen Vermögens grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit (Senatsurteile vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 und vom 25. Januar 2011 - XI ZR 350/08, WM 2011, 548 Rn. 25). Zur Verwaltung eigenen Vermögens gehört generell auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001, aaO). Die Aufnahme von Fremdmitteln kann insbesondere beim Immobilienerwerb der ordnungsgemäßen Verwaltung zugeordnet werden und lässt daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen. Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßigen Vermögensverwaltung ist vielmehr der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001, aaO).

22 Die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrages ist dabei nicht maßgeblich. Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ein ausge-

dehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt, bleibt eine im Einzelfall zu beurteilende Frage (Senatsurteil vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86 f.).

23 b) Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Tätigkeit der Darlehensnehmer B. und N. eine gewerbliche Verwaltung eigenen Vermögens darstellte und sie bei Abschluss der streitgegenständlichen Darlehensverträge nicht als Verbraucher handelten. Das Berufungsgericht hat zu Recht entscheidend auf den Umfang der mit der Immobilienverwaltung verbundenen Tätigkeiten abgestellt. Seine Würdigung, dass diese Tätigkeiten insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelten, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

24 Die Darlehensnehmer B. und N. besaßen vier Immobilienobjekte. Das Objekt K. Straße 6, in dem eine Gaststätte betrieben wurde und das darüber hinaus zwei Wohnungen aufwies, hatten sie verpachtet. Bei den sechs Wohnungen in dem Mehrfamilienhaus K. Straße 6/2 handelte es sich um Mietwohnungen. Das mit einem Einfamilienhaus nebst einer Scheune bebaute Grundstück K. Straße 8 war ebenfalls vermietet. Der auf dem Grundstück K. Straße 6/1 errichtete Neubau wies neun Apartments auf, die nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu tageweiser Anmietung angeboten wurden, während zwei Apartments für die Unterbringung von Mitarbeitern geplant waren.

25 Die Anzahl der einzelnen Vermietungs- und Verpachtungsobjekte, nämlich mindestens ein Pachtvertrag über eine Gaststätte nebst zwei Wohnungen, sieben Wohnraummietverträge und bis zu neun Kurzzeitmietverträge in dem Apartmenthaus vermitteln aufgrund des Umfangs, der Komplexität und der Anzahl der damit verbundenen (Einzel-)Verträge das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Abschluss und die buchhalterische wie auch tatsächliche Abwicklung der Kurzzeitmietverträge, selbst wenn diese - was die Revision vorbringt - teilweise nicht nur tageweise, sondern auch für die Dauer von zwei Monaten abgeschlossen worden sind. Das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs wird dadurch unterstrichen, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Apartmenthaus jedenfalls nach dessen Internetauftritt von einer Geschäftsführerin verwaltet wurde und zwei der Apartments für die Unterbringung von Mitarbeitern zur Verfügung stehen sollten. Darüber hinaus belegt auch der von der Beklagten in erster Instanz vorgelegte betriebswirtschaftliche Kurzbericht der von den Darlehensnehmern beauftragten Steuerberaterin den erforderlichen Umfang der Buchführung, zumal sich dieser nur auf die das Pachtverhältnis verwaltende GbR B. & N. bezieht.

26 Die dagegen vorgebrachten Angriffe der Revision sind unbehelflich. Dass die Grundstücke im persönlichen (Mit-)Eigentum der beiden Darlehensnehmer standen, ist vom Berufungsgericht zutreffend als unerheblich gewürdigt worden. Das Vorbringen der Klägerin, dass sämtliche Vermietungen der Immobilien durch die Darlehensnehmer von zu Hause aus vorgenommen worden seien und hierfür keine größere Organisation erforderlich gewesen sei, hat das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend dahingehend gewürdigt, dass die Unterhaltung eines Büros zwar einen planmäßigen Geschäftsbetrieb belegen kann, dafür aber kein zwingendes Erfordernis darstellt. Schließlich kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin in der Anschlussberufungs-

begründung zum Umfang der Tätigkeiten zu Recht nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat. Denn auch bei Berücksichtigung dieses Vorbringens, das sich im Wesentlichen in der Darstellung der genannten Miet- und Pachtverhältnisse erschöpft, ist das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs zu bejahen. Dagegen spricht auch nicht das weitere Vorbringen der Klägerin zu den (geringen) Lohn- und Materialkosten für den Monat Juli 2011. Diese betreffen nach den von der Klägerin nicht widersprochenen Angaben der Beklagten lediglich den von der GbR B. & N. verwalteten Pachtvertrag; darüber hinaus fehlt es auch an einem substantiierten Vortrag der Klägerin dazu, dass diese Angaben repräsentativ für den hier maßgeblichen Zeitraum sind.

27 Für das Vorliegen eines Verbraucherdarlehensvertrags spricht schließlich auch nicht, dass die Beklagte in dem Kündigungsschreiben vom 22. Februar 2012 den für Verbraucherdarlehensverträge geltenden Verzugszinssatz von zweieinhalb Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 497 Abs. 1 Satz 2 BGB aF) verlangt hat. Dies kann auf einem Versehen beruhen. In dem Kündigungsschreiben vom 5. April 2012 hat die Beklagte dann auch Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geltend gemacht.

28 3. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht als Stichtag für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung auch zu Recht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung der Darlehen und nicht auf den Tag der Rückzahlung der Darlehenssumme abgestellt.

29 Zu welchem Zeitpunkt die Abzinsung zu erfolgen hat, richtet sich nach dem vom geschädigten Darlehensgeber gewählten Berechnungsweg. Dies kann im Fall der vorzeitigen außerordentlichen Kündigung eines Darlehensvertrages aufgrund Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers der Zeitpunkt der

Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung, aber auch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung sein.

30 a) Für den Fall der Nichtabnahme oder der vorzeitigen Ablösung eines Darlehens hat der Senat entschieden, dass der Zeitpunkt der Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung bzw. der Leistung der Nichtabnahmeentschädigung maßgeblich ist (vgl. Senatsurteile vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, 171, vom 7. November 2000 - XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, 10 f. und vom 20. Dezember 2005 - XI ZR 66/05, WM 2006, 429, 432). Dies gilt auch für den Fall der vorzeitigen außerordentlichen Kündigung eines Darlehensvertrages aufgrund Zahlungsverzugs des Darlehensnehmers. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts ist maßgeblicher Zeitpunkt für die Bemessung der Schadenshöhe der Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht zufließt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2006 - VI ZR 249/05, BGHZ 169, 263 Rn. 16 mwN). Dadurch ist eine exakte Berechnung möglich, ohne dass es zu einer Über- oder Unterkompensation kommt (so zu § 490 Abs. 2 BGB: MünchKommBGB/Berger, 7. Aufl., § 490 Rn. 35; Staudinger/Mülbert, BGB, Neubearbeitung 2015, § 490 Rn. 164; Wehrt, WM 2004, 401, 408).

31 b) Stattdessen kann der Darlehensgeber - was das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - seinen Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung aber auch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung berechnen. Dies ist Folge der durch § 281 Abs. 1 BGB ermöglichten Umwandlung des Leistungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung. Im Falle der - wie hier - abstrakten Schadensberechnung ist dabei der maßgebliche Zeitpunkt der Tag der Entstehung des Schadensersatzanspruchs, d.h. der Ablauf der Nachfrist und der Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung (vgl. Erman/Ebert, BGB, 15. Aufl., § 249 Rn. 30; MünchKommBGB/Emmerich,

7. Aufl., Vor § 281 Rn. 33, 38; MünchKommBGB/Ernst, 7. Aufl., § 281 Rn. 58; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 281 Rn. 34; Staudinger/Schwarze, BGB, Neubearbeitung 2014, § 281 Rn. B 146; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, 3. Aufl., § 249 Rn. 166; Jauernig/Stadler, BGB, 16. Aufl., § 281 Rn. 19; so wohl auch BGH, Urteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 328/07, JZ 2010, 44 Rn. 23; für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung im Falle einer Kündigung nach § 490 Abs. 1 BGB auch OLG Frankfurt am Main, BKR 2012, 18, 22; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 79 Rn. 135; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 490 Rn. 23; Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 490 Rn. 8; siehe ferner BGH, Urteil vom 19. Juni 1951 - I ZR 118/50, BGHZ 2, 310, 313 und Senatsurteil vom 12. März 1991 - XI ZR 190/90, WM 1991, 760, 762, wonach der Gesamtbetrag "bei sofortiger Geltendmachung abzuzinsen" ist).

32 Soweit danach der Darlehensgeber je nach der weiteren Zinsentwicklung die Chance der Überkompensation und das Risiko der Unterkompensation trägt, ist dies einerseits Ausfluss seiner Dispositionsfreiheit als Geschädigter und andererseits Folge der Beweiserleichterung des § 252 Satz 2 BGB. Diese Form der Schadensberechnung muss zudem auch deshalb zulässig sein, damit der Darlehensgeber die ihm zustehende Vorfälligkeitsentschädigung auch dann berechnen und gerichtlich geltend machen kann, wenn der Darlehensnehmer keine Zahlungen leistet und der Darlehensgeber mangels (ausreichender) Sicherheiten sich nicht anderweitig schadlos halten kann. Denn in einem solchen Fall ist eine Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung mit einer Abzinsung auf den Zeitpunkt der Zahlung gar nicht möglich.

33 4. Mit Erfolg wendet sich die Revision dagegen gegen die vom Berufungsgericht gebilligte Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung durch die Beklagte. Sie beanstandet zu Recht, dass dabei die Geltendmachung von Ver-

zögerungsschaden und das Verlangen nach Schadensersatz statt der Leistung in unzulässiger Weise vermischt worden sind.

34 a) Wird der Darlehensgeber durch eine schuldhafte Vertragsverletzung des Darlehensnehmers zur außerordentlichen Kündigung des Darlehens veranlasst, steht ihm nach der Rechtsprechung des Senats wahlweise ein Anspruch auf Ersatz seines Verzögerungsschadens nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB oder ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB zu (vgl. Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - XI ZR 313/98, WM 2000, 718, 719).

35 aa) Stellt der Darlehensgeber das Darlehen fällig und verlangt er die offene Darlehensvaluta in voller Höhe zurück, kann er - neben etwaigen Zahlungsrückständen - nur diese fordern und darauf im Falle des Verzugs nach den allgemeinen Vorschriften Verzugszinsen verlangen. Daneben steht ihm auf die entgangenen Zinszahlungen kein Zinsverschlechterungs- oder Zinsmargenschaden zu.

36 bb) Macht der Darlehensgeber dagegen - neben den ihm zustehenden Zahlungsrückständen und einem darauf beschränkten etwaigen Verzugsschaden - einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend, kann er verlangen, wirtschaftlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Darlehensnehmer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte. Zur Berechnung des Schadens bedarf es daher eines Vergleichs zwischen der Vermögenslage, die eingetreten wäre, wenn der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte, und der durch die Nichterfüllung tatsächlich entstandenen Vermögenslage (vgl. nur BGH, Urteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 328/07, JZ 2010, 44 Rn. 20 mwN). Nach diesen Grundsätzen ist die Vorfälligkeitsentschädigung auf der Grundlage des bisherigen Vertragszinses zu berechnen, wobei dieser Anspruch - wie der

Senat zum früheren Recht entschieden hat und für das geltende Recht gleichermaßen gilt - zwei Einschränkungen unterliegt, indem er sich nur auf das noch offene Darlehenskapital bezieht und auf den Umfang beschränkt ist, in dem der Darlehensgeber eine rechtlich geschützte Zinserwartung hatte (vgl. Senatsurteil vom 8. Februar 2000 - XI ZR 313/98, WM 2000, 718, 719). Denn der Darlehensgeber soll durch die vorzeitige Rückzahlung des (bei vertragsgemäßer Durchführung noch offenen) Darlehenskapitals und die Zahlung der Vorfälligkeitsentschädigung im wirtschaftlichen Ergebnis so gestellt werden, wie er stünde, wenn das Darlehen für den gesicherten vereinbarten Festschreibungszeitraum fortgeführt und mit Zinsen bedient worden wäre (vgl. Senatsurteil vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, 166).

37 Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteile vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, 168 ff. und XI ZR 197/96, WM 1997, 1799, 1801 sowie vom 7. November 2000 - XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, 10 ff.) 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 von der Beklagten gewählten 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 die ersparte Risikovorsorge und die ersparten jährlichen Verwaltungsaufwendungen zu kürzen (Senatsurteil vom 7. November 2000 - XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, 16).

38 Bei der vorzeitigen außerordentlichen Kündigung eines Darlehensvertrages kann der Darlehensgeber daher den Schadensersatz statt der Leistung in

der Weise berechnen, dass er in einem ersten Schritt den gesamten ab dem Wirksamwerden der Kündigung noch geschuldeten künftigen Zahlungsstrom aus Zins- und Tilgungsleistungen ermittelt, wobei er die bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung zu zahlenden Zinsen zugrundezulegen und die Beträge um die ersparte Risikovorsorge und die ersparten jährlichen Verwaltungsaufwendungen zu kürzen hat. Diese Berechnungsweise berücksichtigt damit auch die Annuität. Die sich daraus ergebenden Beträge sind sodann in einem zweiten Schritt abzuzinsen. Dabei ist der aktive Wiederanlagezins zugrunde zu legen, der auf dem Kapitalmarkt bei der laufzeitkongruenten Anlage in sichere Kapitalmarkttitel zu erzielen war (vgl. Senatsurteile vom 1. Juli 1997 - XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, 168 ff. und XI ZR 197/96, WM 1997, 1799, 1801 sowie vom 7. November 2000 - XI ZR 27/00, BGHZ 146, 5, 10 ff.).

39 b) Diesen Maßgaben wird die vom Berufungsgericht gebilligte Berechnung der Beklagten nicht gerecht, indem sie im Hinblick auf die in nicht abgezinster Höhe fällig gestellte Restdarlehensvaluta den Verzögerungsschaden verlangt und daneben (lediglich) für die entgangenen Zinszahlungen Schadensersatz statt der Leistung verlangt. Dies ist unzulässig. Der Berechnung des Schadensersatzes statt der Leistung ist vielmehr der gesamte ab dem Wirksamwerden der Kündigung noch geschuldete künftige Zahlungsstrom aus Zins- und Tilgungsleistungen zugrundezulegen. Nur dann wird die Beklagte im Ergebnis so gestellt, als wären die Darlehensverträge bis zum Wegfall der rechtlich geschützten Zinserwartung erfüllt worden, auf der anderen Seite aber auch nicht zu Lasten der Darlehensnehmer unangemessen bevorteilt.

40 c) Entgegen der Auffassung der Klägerin hat die Beklagte ihr Wahlrecht nicht zugunsten der Geltendmachung von Verzögerungsschaden ausgeübt, so dass sie keinen Schadensersatz statt der Leistung verlangen könnte. Sie hat

vielmehr beide Schadensarten miteinander vermischt und damit gerade keine Wahl zugunsten einer getroffen.

III.

41 Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur weiteren Sachaufklärung zur Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ellenberger Grüneberg Maihold

Menges Dauber

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 28.10.2016 - 29 O 236/16 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 09.06.2017 - 9 U 220/16 -