

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Die BGH-Rechtsprechung zu Bankentgelten: Echter oder scheinbarer Verbraucherschutz?

BuB-Tagung am 23.11.2017 in Köln

Gliederung

- I. Allgemeine Entgeltrechtsprechung = All inclusive Nr. 1
 1. BGHZ 114, 330 als grundsätzlich richtiger Ausgangspunkt
 2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips
 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)
 4. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)
- II. Entgelte bei Darlehensverträgen = All inclusive Nr. 2
 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt
 2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt
 3. Lösungsmöglichkeiten für die Praxis auf Basis der BGH-Rechtsprechung
 4. Sonderfrage: 10-jährige Verjährung
- III. Fazit

1. BGHZ 114, 330 als grundsätzlich richtiger Ausgangspunkt

- Unzulässigkeit eines Entgelts für die Erteilung einer Löschungsbewilligung:
„Im Prinzip **fällt der in Rede stehende Abwicklungsaufwand**, für den in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ein gesondertes Entgelt bestimmt ist, **bei jedem privaten Bodenkredit an**. Der private Kreditnehmer erwartet deshalb berechtigterweise, daß die Beklagte diesen Aufwand aus den vereinbarten Zinsen und/oder einer im Kreditvertrag vereinbarten allgemeinen Bearbeitungsgebühr deckt und insoweit nicht ein gesondertes, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 1 PAngVO womöglich nicht berücksichtigtes Entgelt beansprucht.“ (juris-Rn. 23)
- Problem: allgemeine Formulierungen zur fehlenden Ersatzfähigkeit von Arbeiten zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten (juris-Rn. 14 ff., 19) und von allgemeinem Verwaltungsaufwand (juris-Rn. 17, 22).

2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

a) Die Rechtsprechung des BGH

- Ein- und Auszahlung am Bankschalter (BGHZ 124, 254)
- Einrichtung + Änderung von Freistellungsaufträgen (BGHZ 136, 261)
- Nichtausführung von Kundenaufträgen mangels Deckung (BGHZ 137, 43) bzw. Information darüber (BGHZ 146, 377; BGHZ 193, 238)
- Bearbeitung + Überwachung von Pfändungsmaßnahmen (BGHZ 141, 380)
- Führen des Girokontos als Pfändungsschutzkonto (BGHZ 195, 298 = ZIP 2012, 2489; BGH ZIP 2013, 1809; BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen [Rn. 54]; kritisch *Bitter*, ZIP 2015, 1807)
- Streichung einer Order zum Wertpapierkauf (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen [Rn. 55 ff., 67])

2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

- b) Das Gegenmodell von *Bitter*, in FS Ott, 2002, S. 153; ZBB 2007, 237; ZIP 2008, 2155; JZ 2015, 170 ff.; ZIP 2015, 1807
- Effizienz gesonderter Entgelte, wenn der Kunde durch sein Verhalten Einfluss auf die Kostenentstehung nehmen kann
 - Befürwortung des „Verursacherprinzips“ auch vom OGH ZIP 2016, 2011, 2014 unter Ziff. 6.6. der Gründe m.w.N.
 - tendenziell richtig auch BGHZ 133, 10 betr. Postenpreisklausel
 - richtig insbesondere der Ausgangspunkt der Rechtsprechungslinie in BGHZ 114, 330 zur Erteilung einer Löschungsbewilligung (Folie 3), da schon bei Bestellung der Sicherheit die spätere Notwendigkeit der Löschung feststeht und folglich der Kunde keinen Einfluss auf die Kostenentstehung hat

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- a) Bedeutung der Regelung in § 675o I 4 BGB streitig
- Wortlaut: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstrahmenvertrag für die Unterrichtung über eine berechtigte Ablehnung ein Entgelt vereinbaren.“
 - *Bitter*, WM 2010, 1773, 1780 f.: Modellcharakter; ausführlich zur Veränderung des Leitbildes *Herresthal*, in FS Coester-Waltjen, 2015, S. 1109 ff. m.w.N., insbes. S. 1121 f.
 - a.A. BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387 (Rn. 40 ff.): kein neues Leitbild, da Ausnahme

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

b) Problem: neue Regelung in § 675f IV BGB

- Wortlaut: „Der Zahlungsdienstnutzer ist verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes vereinbarte Entgelt zu entrichten. Für die Erfüllung von Nebenpflichten nach diesem Untertitel hat der Zahlungsdienstleister nur dann einen Anspruch auf ein Entgelt, sofern dies zugelassen und zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart worden ist; dieses Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.“
- BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387 (Rn. 40): „Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung“

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

c) Einzelfälle in der jüngeren Rechtsprechung

- Unzulässigkeit von Benachrichtigungsentgelten im (alten) EEV wegen § 675f IV 2 BGB, aber Wirksamkeit im SEPA-Basislastschriftverfahren wegen § 675o I 4 BGB (BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387)
- Unzulässigkeit eines Entgelts für jeden Buchungsposten
 - Geschäft mit Verbrauchern: Klausel erfasst auch Buchungen im Zuge der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags = Abweichung von § 675y I 2, II 2, IV BGB (BGH ZIP 2015, 517)
 - Geschäft mit Unternehmern: Unwirksamkeit nach § 307 BGB wegen Abweichung von §§ 675u S.2, 675y I 2, II 2, IV BGB + Nichtigkeit gemäß § 134 BGB i.V.m. §§ 675e I, IV, 675u BGB (BGHZ 206, 305 = ZIP 2015, 1720)
 - Folge: Ausnahme für Buchungen aufgrund fehlerhafter Ausführung erforderlich

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer pauschalen Gebühr von 15 € für die Nacherstellung von Kontoauszügen wegen § 675d III BGB (BGHZ 199, 281 = ZIP 2014, 259)
 - Wortlaut: „Für die Unterrichtung darf der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer nur dann ein Entgelt vereinbaren, wenn die Information auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers erbracht wird und der Zahlungsdienstleister
 1. diese Information häufiger erbringt, als in Artikel 248 §§ 1 bis 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehen,
 2. ...
 3. ...
- Das Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.“**

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer pauschalen Gebühr von 15 € für die Nacherstellung von Kontoauszügen wegen § 675d III BGB (BGHZ 199, 281 = ZIP 2014, 259)
 - gewisse Pauschalierung ist zulässig, aber die Umstände des Einzelfalls sollen weitest möglich entscheiden (Rn. 20)
 - Gesamtheit der Zahlungsdienstnutzer sollen nicht mit Kosten belastet werden, die durch das ausufernde Informationsbedürfnis Einzelner entstehen (Rn. 20)
 - keine Lösung der Entgelte von den durch eine Nutzergruppe verursachten Kosten nach Maßgabe einer Mischkalkulation (Rn. 21)
 - **§ 675d III 2 BGB verbietet eine Quersubventionierung der Minderheit durch die überwiegende Mehrheit (Rn. 25)**
 - Bewertung: Das Verursacherprinzip wird vom BGH nur als Argument *gegen* ein (pauschales) Entgelt anerkannt, nie als Argument *für* ein Entgelt.

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Entgelt für die Ausstellung einer Ersatzdebitkarte bei Verbrauchern nach § 307 BGB i.V.m. §§ 675k II 5, 675f IV 2 BGB unzulässig wegen Erfassung auch der vereinbarungsgemäßen Sperrung i.S.v. § 675k II BGB (BGHZ 207, 176 = ZIP 2016, 11)
 - Sperre nach § 675k II 1 BGB insbesondere möglich bei Sicherheitsproblemen (Nr. 1) und Verdacht nicht autorisierter oder betrügerischer Verwendung (Nr. 2)
 - Wortlaut des § 675k II 5 BGB: „Der Zahlungsdienstleister ist verpflichtet, das Zahlungsauthentifizierungsinstrument zu entsperren oder dieses durch ein neues Zahlungsauthentifizierungsinstrument zu ersetzen, wenn die Gründe für die Entsperrung nicht mehr gegeben sind.“
 - Folge: für die Vergangenheit kaum wirksame Preisgestaltung möglich; für die Zukunft (ab 13.1.2018) **Neuregelung in § 675I I 3 BGB** mit Anspruch auf Erstattung der „unmittelbar mit dem Ersatz verbundenen Kosten“

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit pauschaler Gebühr für SMS-TAN, da Geltung auch für TAN, die nicht im Zusammenhang mit einem Zahlungsauftrag eingesetzt wird (BGH ZIP 2017, 1704, für BGHZ vorgesehen)
 - Gebühr für TAN, die nach Feststellung einer Divergenz = Verdacht des „Phishings“ oder nach Überschreitung der Geltungsdauer nicht mehr eingesetzt wird/werden kann, verstößt gegen § 675f IV 1 BGB
 - Folge: Ausnahmeregelung erforderlich, soweit Differenzierung technisch möglich
 - Verstoß gegen Transparenzgebot wegen Pauschalpreis von 2 € für „SdirektKonto“ bleibt offen (Rn. 38)

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer Gebühr für die Benachrichtigung über die berechtigte Ablehnung von Zahlungsaufträgen bei fehlender Begrenzung auf die bei der *Unterrichtung* anfallenden Kosten nach § 307 BGB i.V.m. §§ 675 IV 2, 675o I 4 BGB (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen)
 - Wortlaut des § 675o I 4 BGB: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstrahmenvertrag **für die Unterrichtung** über eine berechtigte Ablehnung **ein Entgelt** vereinbaren.“
 - enge Begrenzung des „Verursacherprinzips“ aus § 675o I 4 BGB (Rn. 33)
 - Konsequenz: Quersubventionierung wird ermöglicht, soweit die Kosten der Bank nicht direkt für die Unterrichtung, sondern im Vorfeld bei der Prüfung und Entscheidung über die Ablehnung der Auftragsausführung anfallen
 - Folge: Einschränkung der Kostenbasis erforderlich

3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer Gebühr für die Aussetzung + Löschung eines Dauerauftrags nach § 307 BGB i.V.m. § 675f IV 2 BGB (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen)
 - Aussetzung + Löschung dienen nicht der *Ausführung* eines Zahlungsauftrags und damit auch nicht der Erbringung des Zahlungsdienstes als Hauptpflicht i.S.v. § 675f IV 1 BGB, sondern zielen darauf ab, dass der Zahlungsauftrag *nicht* ausgeführt wird = Widerruf (Rn. 51 f.)
 - Gebühr für einen Widerruf nur im Fall des § 675p IV BGB, dort Satz 3 (Rn. 52)
 - Konsequenz: wenig sinnvolle Differenzierung zwischen verschiedenen, einen Dauerauftrag betreffenden Anweisungen des Kunden

4. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

a) BGH früher: Unzulässigkeit höherer Gebühren für das P-Konto

- BGHZ 195, 298 = ZIP 2012, 2489 = WM 2012, 2381
- BGH ZIP 2013, 1809 = WM 2013, 1796
- a.A. *Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 33a m.w.N.

Aber: Kündigungsmöglichkeit bei fehlendem Kontrahierungszwang

- allgemein: BGH ZIP 2013, 304 = WM 2013, 316; *Herresthal*, WM 2013, 773 ff.
- zum P-Konto: LG Leipzig ZIP 2016, 207 = VuR 2016, 109

Folge: Pflicht der Bankvorstände zur Kündigung von P-Konten zur Vermeidung dauerhafter Quersubventionierung

- *Bitter*, ZIP 2015, 1807; *Bitter*, in FS Köndgen, 2016, S. 83, 91

4. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Allgemeiner Anspruch auf ein Basiskonto: § 31 ZKG

Führung des Basiskontos als P-Konto: § 33 III 3 ZKG

„Der Berechtigte kann bereits bei Stellung des Antrags auf Abschluss eines Basiskontovertrags verlangen, dass der Verpflichtete das Basiskonto als Pfändungsschutzkonto nach § 850k der Zivilprozessordnung führt.“

Entgelt für das Basiskonto: § 41 II 2 ZKG

„Das Entgelt für die von § 38 erfassten Dienste muss angemessen sein.

Für die Beurteilung der **Angemessenheit** sind insbesondere die

marktüblichen Entgelte sowie das Nutzerverhalten zu berücksichtigen. ...“

4. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Ermöglichung einer Inhaltskontrolle der Entgelte

Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Bereits durch das in Absatz 2 eingeführte Kriterium der „Angemessenheit“ der Entgelte wird für die Inhaber von Basiskonten eine über das derzeit allgemein geltende Maß hinausgehende Kontrolle der Entgeltgestaltung von Kreditinstituten ermöglicht.“ (BR-Drs. 537/15 v. 6.11.2015, S. 100)

Auslegung des Begriffs der „Angemessenheit“

Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Als angemessen erscheint ein Entgelt, das im Durchschnitt **die Kosten der Institute deckt** und ihnen einen **angemessenen Gewinn** sichert. Dies wird mit der Bezugnahme insbesondere auf die marktüblichen Entgelte sichergestellt (Satz 2).“ (a.a.O. S. 101)

4. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Folge 1: Keine Pflicht der Kreditinstitute zur dauerhaften (Quer-)Subventionierung von Basiskonten

- Vorschlag des Bundesrats, das Entgelt für Basiskonten an demjenigen Betrag zu orientieren, den das Institut für sonstige Girokonten mit entsprechenden Funktionen üblicherweise verlangt (vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 537/15 v. 18.12.2015, S. 11), ist nicht Gesetz geworden

Folge 2: Differenzierung zwischen allgemeinen Basiskonten und P-Konten als Berücksichtigung des „Nutzerverhaltens“ i.S.v. § 42 II 2 ZKG

- *Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 33a

Konsequenz: alte BGH-Rechtsprechung ist nicht übertragbar

Hauptproblem: Zulässigkeit der Erhebung eines laufzeitunabhängigen Entgelts (Bearbeitungs- oder Abschlussgebühr) neben dem laufenden Darlehenszins

1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266 + BGH ZIP 2014, 1369: Unzulässigkeit der Abschlussgebühr jedenfalls in Vertrag mit Verbraucher; arg: **Leitbild in § 488 I 2 BGB: nur Zins als Gegenleistung des Darlehensnehmers**
- ❖ BGH ZIP 2017, 67 (Rn. 22, 31 ff.) für Darlehensgebühr bei Bauspardarlehen
- ❖ BGH ZIP 2017, 1313 (Rn. 28, 36) für Kontogebühr in der Darlehensphase des Bausparvertrags

1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ BGH ZIP 2017, 73 (für BGHZ vorgesehen) und BGH ZIP 2017, 170 zur Unzulässigkeit eines pauschalen laufzeitunabhängiges Mindestentgelts bei geduldeter Kontoüberziehung
 - Belastung mit Aufwand für Tätigkeiten, die die Bank im eigenen Interesse erbringt
 - Berücksichtigung der (angeblich) sittenwidrigen Zinshöhe (§ 138 I BGB) im Rahmen der Interessenabwägung
 - ⇔ Argument falsch, da Marktvergleich in Bezug auf Mindestgebühr erforderlich
 - Kostendeckung kein Argument für das Entgelt; Entgelthöhe ist nicht in Bezug auf jedes einzelne Geschäft zu kalkulieren, sondern **Mischkalkulation ohne weiteres möglich**
 - ⇔ die im Rahmen des § 675d III 2 BGB verbotene Quersubventionierung (Folie 10) wird hier zum rechtlichen Gebot erhoben

1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ Übertragbarkeit der BGH-Grundsätze auf **Darlehen an gewerbliche Kunden** zunächst str. (dafür z.B. OLG Frankfurt ZIP 2016, 1158 + 2057; dagegen OLG Frankfurt ZIP 2016, 2211; differenzierende Analyse bei Koch, WM 2016, 717)
- ❖ Übertragbarkeit nach Ansicht des XI. Zivilsenats zu bejahen (BGH ZIP 2017, 1610, für BGHZ vorgesehen; BGH ZIP 2017, 1654 für Kontokorrentkredit)
 - **Hauptargument erneut: (angebliches) Leitbild des § 488 I 2 BGB** (BGH ZIP 2017, 1610 [Rn. 29, 38]; BGH ZIP 2017, 1634 [Rn. 38, 46])

1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ Eigene Ansicht: Leitbildcharakter des § 488 I 2 BGB ist verfehlt
 - Änderung der Kostenstruktur im Vergleich zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (vgl. Müller/Marchant/Eilers, BB 2017, 2243, 2244)
 - Anforderungen im öffentlichen Bankrecht erheblich gestiegen (insbesondere seit der Finanzkrise)
 - Anforderungen bei Verbraucherkrediten durch vorvertragliche Informationspflichten erheblich gestiegen
 - ⇒ Entstehung eines erheblichen Kostenblocks vor Vertragsschluss, den es im Jahr 1900 überhaupt nicht gab
 - Problematik bei der Schuldrechtsreform (2002) vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen, weil dafür angesichts der Anerkennung von laufzeitunabhängigen Abschlussentgelten kein Anlass bestand

§ 607 I BGB a.F. (bis 2001)

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

§ 608 BGB a.F. (bis 2001)

Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

§ 488 I BGB

Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

- Darlehensvertrag = Konsensualvertrag (↔ Realvertragstheorie)
- Synallagma: Kapitalüberlassung + Zinszahlung; nicht: Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (§ 488 I 2 BGB)
- keine Aussage zur Unzulässigkeit laufzeitunabhängiger Entgelte

2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ Ergebnis der Rechtsprechung: Die dem Verursacherprinzip widersprechende Quersubventionierung wird im Darlehensrecht zum Gebot erhoben, während sie im Rahmen des § 675d III BGB verboten sein soll (Folie 10)
 - ⇒ **Konzeptionslosigkeit der Rechtsprechung**
- ❖ Der XI. Zivilsenat des BGH erklärt dasjenige für unwirksam i.S.v. § 307 BGB oder gar für sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB, was der II. Zivilsenat des BGH vom ordentlichen Geschäftsleiter verlangt, nämlich die kostengerechte Bepreisung seiner Leistungen (vgl. bereits *Bitter*, ZIP 2015, 1807 zum Pfändungsschutzkonto ⇒ Folie 15)

2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ Gegenansicht von *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.
 - **Aufspaltung in Einmalentgelt und laufzeitabhängiges Entgelt** entspricht der zugrunde liegenden Kostenstruktur und **verhindert Quersubventionierungen** der kurzfristig kündigenden durch die langfristig am Vertrag festhaltenden Kreditnehmer
 - Vergleich zur Vermietung von Ferienwohnungen mit laufzeitabhängiger Miete + Einmalentgelt für die Reinigung
 - § 535 BGB: (1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. ...
 - (2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.
 - BGHZ 201, 168 (Rn. 47): „nicht vergleichbar“

2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ überzeugende Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs- oder Abschlussgebühren neben dem laufenden Darlehenszins auch beim OGH ZIP 2016, 2011 mit ausdrücklichem Hinweis auf das „Verursacherprinzip“ (Ziff. 6.6) und den nach der BGH-Rechtsprechung eintretenden „windfall profit“ für die Darlehensnehmer (Ziff. 8.1)

2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

❖ Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs- oder Abschlussgebühren im Ausnahmefall auch durch den BGH:

- BGHZ 187, 360 für Abschlussgebühr bei Bauspardarlehen
- BGH ZIP 2016, 810 für laufzeitunabhängiges Entgelt in einem besonders günstigen KfW-Förderdarlehen (Gesamtabwägung)

Aber Achtung: Unwirksamkeit nach § 307 BGB sowie Nichtigkeit nach § 134 BGB bei Anwendbarkeit der §§ 500 II, 502 BGB (BGH ZIP 2016, 814); insoweit zutreffende Argumentation des BGH, beruhend auf einer rechtspolitisch falschen Entscheidung des Gesetzgebers zur Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung unter den zur Kostendeckung der Kreditinstitute erforderlichen Betrag

3. Lösungsmöglichkeiten auf Basis der BGH-Rechtsprechung

❖ *Bitter*, JZ 2015, 170, 176 f.

- Einmalentgelte als Hauptvertragsbestandteil (Vergleich zur verfehlten BGH-Rechtsprechung zur Verteilung des Missbrauchsrisikos im Kreditkartenrecht: dort jetzt Angebot von zwei Vertragsalternativen)
 - ⇒ Ausschluss der Inhaltskontrolle nach § 307 III BGB + ggf. Vermeidung von AGB überhaupt (zweifelnd *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243, 2245)
- „umgekehrtes Preismodell“ als zweitbeste Lösung: Berechnung eines höheren (ggf. gestaffelten) Zinses und „Belohnung“ bei fehlender frühzeitiger Kündigung
 - ⇒ Problem: keine Amortisation bei sehr früher Kündigung
- Wahl ausländischen Rechts, soweit möglich, ggf. kombiniert mit Schiedsklausel (*Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243, 2246)

4. Sonderfrage: 10-jährige Verjährung

- ❖ BGHZ 203, 115 = ZIP 2014, 2334: Aufschieb des Verjährungsbeginns wegen entgegenstehender früherer BGH-Rechtsprechung
- ❖ a.A. *Bitter/Alles*, NJW 2011, 2081 ff.; *Bitter*, JZ 2015, 170, 173 ff.
 - der auf der Basis einer langjährigen Rechtsprechung kalkulierende Kaufmann muss einen viel weiter zurückreichenden Eingriff in seine Kalkulationsgrundlage befürchten als bei fehlender Rechtsprechung
 - fehlerhafte Anwendung der früheren Rechtsprechung zum Aufschieb des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat des BGH
 - verfassungswidrige Einschränkung des Verjährungsbeginns bei klarer und unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat

1. Die BGH-Rechtsprechung lehnt das „Verursacherprinzip“, welches volkswirtschaftlich ineffiziente Quersubventionierungen zu vermeiden sucht, zur Rechtfertigung von Entgeltklauseln ab, zieht es jedoch zur Begründung der Unwirksamkeit von Entgeltklauseln heran. Eine solche Rechtsanwendung ist konzeptlos, wenn nicht gar „böswillig“ im Verhältnis zu den Kreditinstituten.
2. Verbraucherschutz wird hierdurch nur scheinbar bewirkt, weil die Quersubventionierung verschwenderisches Verhalten fördert und dieses zur allgemeinen Kostensteigerung für alle – auch die kostensparenden – Kunden führt.
3. Insbesondere die Rechtsprechung zur (angeblichen) Unzulässigkeit von Darlehensabschlussentgelten auch im unternehmerischen Verkehr ist paternalistisch, verhindert die von den Parteien gewünschte effiziente Preisgestaltung und beschert den Darlehensnehmern einen ungerechtfertigten „windfall profit“. Sie treibt die Rechtsanwender ins ausländische Recht und Schiedsverfahren.

© 2017

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de