

Uwe Melzer, Stuttgart

Vorfälligkeitsentschädigung als Gegenanspruch der Bank bei anteiliger Rückzahlung des Disagios?

Die Abwicklung eines gekündigten Darlehensvertrages und die aus der Kündigung resultierenden wechselseitigen Ansprüche zwischen dem Kreditgeber und dem Darlehensnehmer werfen zahlreiche Probleme auf. Gegenstand mehrerer BGH Entscheidungen in jüngerer Zeit war die Frage, ob der Darlehensnehmer von dem Kreditgeber bei vorzeitiger Kündigung des Kredits das anteilige Disagio zurückverlangen kann. Spiegelbildlich stellt sich dabei für den Kreditgeber die Frage, ob er im Gegenzug von dem Darlehensnehmer Entschädigungsleistungen für seine, wegen der vorzeitigen Darlehensbeendigung eingetretenen geldwerten Verluste geltend machen kann.

I. Das Disagio in der jüngeren Rechtsprechung

Ein Disagio oder Damnum ist ein im Vornherein durch den Kreditgeber von der Darlehenssumme abgezogener Betrag. In erster Linie gleicht der Kreditgeber damit niedrigere Nominalzinsen während der Laufzeit des Kredits aus. Teilweise wird das Disagio aber auch verlangt, um den bei dem Kreditgeber entstehenden Verwaltungsaufwand abzudecken.

Den unterschiedlichen Funktionen entsprechend wird das Disagio von seiner Rechtsnatur her entweder als vorwegzuzahlende Zinsen oder als Ausgleich für laufzeitunabhängige Darlehensnebenkosten eingestuft¹. Vorwegzuzahlende Zinsen sind bei einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung anteilig zu erstatten, wohingegen bei einer Bewertung des Disagios als Darlehensnebenkosten das Disagio in voller Höhe dem Kreditgeber zufließen würde. Grundsätzlich ist die rechtliche Einordnung des Disagios als vorwegzuzahlender Zins oder als Darlehensnebenkosten durch eine Auslegung des Kreditvertrages zu klären². Zugunsten des Darlehensnehmers stellte der BGH³ jedoch fest, daß im Regelfall bei vorzeitiger Beendigung eines Darlehensvertrages der Darlehensnehmer eine anteilige Rückerstattung eines vereinbarten Disagios verlangen kann auch wenn der Darlehensvertrag keine ausdrückliche Rückzahlungsregelung enthält und sofern kein laufzeitunabhängiges Disagio vereinbart wurde. In der Folge der BGH-Entscheidung hinsichtlich des Disagios ist eine Vielzahl von Rückzahlungsforderungen der Darlehensnehmer gegenüber den Kreditinstituten zu erwarten.

Auch die Frage, wie der Rückzahlungsanspruch rechtlich einzuordnen ist, hat der BGH entschieden⁴. Danach hat der Darlehensnehmer bei vorzeitiger Rückzahlung eines Darlehens einen Anspruch auf anteilige Rückerstattung des Disagios aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB, wobei dieser Anspruch regelmäßig in 30 Jahren verjährt. Entgegen dem OLG Hamm als Berufungsgericht⁵, das im Disagio ein Entgelt für die Überlassung des Darlehens, das der Darlehensnehmer mit den vereinbarten Raten anteilig zurückzahlen habe, gesehen hatte, argumentiert der BGH, daß in der Vereinbarung eines laufzeitabhängigen Disagios zwar das Disagio als Zinsvereinbarung angesehen werden könne. Der Anspruch auf Rückzahlung des anteiligen Disagios entstehe aber bei vorzeitiger Kreditrückzahlung in vollem Umfang und sei daher ein Bereicherungsanspruch auf die volle Höhe des anteiligen Disagios. Für einen

solchen Kondiktionsanspruch gelte nicht die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB, sondern die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB. Diese Rechtsprechung hat der BGH mittlerweile in zwei weiteren Entscheidungen bekräftigt⁶.

Die Feststellung, daß der Rückzahlungsanspruch auf das anteilige Disagio der dreißigjährigen Verjährungsfrist unterliegt, führte dazu, daß nunmehr auch Rückerstattungsansprüche für ältere Darlehensverträge geltend gemacht werden.

Insgesamt erscheint, unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des BGH, wirtschaftlich betrachtet die Vereinbarung eines laufzeitabhängigen Disagios im Falle einer vorzeitigen Kreditrückzahlung für den Kreditgeber als Nachteil. Es drängt sich daher die Frage auf, ob der Kreditgeber diesen Nachteil durch die Vereinbarung einer Entschädigung für den Fall einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung ausgleichen kann.

II. Vereinbarkeit einer Vorfälligkeitsentschädigung mit dem Kündigungsrecht nach § 609 a BGB

Nach § 609 a BGB steht dem Darlehensnehmer ein Kündigungsrecht gegenüber dem Darlehensgeber zu, wobei zwischen Darlehen mit veränderlichem und Darlehen mit unveränderlichem Zinssatz zu unterscheiden ist.

Ein Darlehen mit veränderlichem Zinssatz kann der Darlehensnehmer nach § 609 a Abs. 2 BGB jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten kündigen. Bei einem Darlehen mit einem festem Zinssatz ist die Kündigung nach § 609 a Abs. 1 BGB bei Vorliegen einer der dort aufgezählten Varianten möglich:

a) Nach § 609 a Abs. 1 Nr. 1 BGB kann der Darlehensnehmer mit einmonatiger Frist nach Ablauf des Tages, an dem die Zinsbindung endet, kündigen. Gemeint sind damit Darlehen, bei denen die Bindung an einen festen Zinssatz bereits mit der Rückzahlung endet (§ 609 a Abs. 1 Nr. 1 HS. 1 BGB), beziehungsweise nach § 609 a Abs. 1 Nr. 1 HS. 2 BGB Darlehen, bei denen in Abständen von mehreren Monaten die Zinskonditionen neu festzulegen sind (roll-over-Kredite).

b) Im Falle des § 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB kann der Darlehensnehmer, sofern er natürliche Person, der Darlehensvertrag für ihn kein Handelsgeschäft und das Darlehen nicht durch ein Grundpfandrecht gesichert ist, nach Ablauf von 6 Monaten nach dem vollständigen Erhalt der Darlehensmittel kündigen.

c) Nach § 609 a Abs. 1 Nr. 3 BGB kann nach Ablauf von 10 Jahren in jedem Fall gekündigt werden.

Im Bereich der Konsumentenkredite wird das Kündigungsrecht nach § 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB überwiegend durch ein Recht zur vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens ersetzt. Dabei ist § 609 a Abs. 4 BGB zu berücksichtigen. Danach kann das Kündigungsrecht des Schuldners nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden.

Fraglich ist, inwieweit eine Vorfälligkeitsentschädigung mit dieser, zwingenden Recht setzenden, Norm vereinbar ist. Grundsätzlich hat die Verletzung zwingenden Rechts die Nichtigkeit nach § 134 BGB des Vertrages zur Folge⁷. Als von § 609 a Abs. 4 BGB abweichende Vereinbarungen sind solche über Vorfälligkeitsentschädigungen oder andere Vertragsstrafen anzusehen⁸. Nicht abschließend entschieden ist die Reichweite der Ausschlußwirkung des § 609 a Abs. 4 BGB.

1. Weite oder einschränkende Auslegung des § 609 a Abs. 4 BGB?

In Betracht könnte eine weite Auslegung des § 609 a Abs. 4 BGB auf alle Darlehensverträge kommen. Zum einen aber läßt der eindeutige Wortlaut des § 609 a Abs. 4 BGB eine weite Auslegung nicht zu. Zudem spricht gegen eine weite Auslegung auch die Entstehungsgeschichte des § 609 a Abs. 4 BGB. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf^{8a} soll die Neufassung des § 247 BGB in § 609 a BGB einen überschießenden Schuldnerschutz, den § 247 BGB a. F. gewährt habe, durch die kasuistische Regelung des § 609 a BGB ausschließen. Etwas anderes könnte sich nur aus der Formulierung in o. g. (Fn. 8 a) BT-Drucksache, wonach der § 609 a BGB die Nachfolge des § 247 a. F. BGB antreten soll, ergeben^{8b}. § 247 a. F. BGB diene dazu, den Darlehensnehmer vor einem Mißbrauch der Überlegenheit des Kreditgebers zu schützen⁹. Folglich könnte argumentiert werden, daß auch § 609 a BGB den Darlehensnehmer schützen soll. Ein derartiger Schutz könne nur durch die Schaffung von Waffengleichheit gewährleistet werden.

Sinn und Zweck des § 609 a Abs. 4 BGB ist jedoch, das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nicht zu erschweren¹⁰, also zu verhindern, daß es nicht durch Vertragsstrafeabreden gleichsam zu einer Hülse ohne Kern wird. Primär soll eben der Darlehensnehmer nicht durch Strafabreden für den Fall einer vorzeitigen Kündigung von der Ausübung seines Kündigungsrechts abgehalten werden.

Daher sind nur solche Entschädigungsforderungen von der Ausschlußwirkung des § 609 a BGB erfaßt, die geeignet sind, den Darlehensnehmer von einer Kündigung abzuhalten. In Abwägung des Verbraucherschutzinteresses mit dem Ausgleichsinteresse des Kreditgebers ist auf die tatsächliche, also nicht auf die nur hypothetische Geeignetheit abzustellen. Bei einer Beschränkung der Vorfälligkeitsentschädigung auf den konkret entstandenen Verwaltungsaufwand oder anderer Darlehensnebenkosten liegt deshalb keine unzulässige Kündigungserschwerung vor¹¹. Auch die Geltendmachung eines laufzeitunabhängigen Disagios wird als Teil der Darlehensnebenkosten wohl nicht von der Ausschlußwirkung des § 609 a Abs. 4 BGB erfaßt sein.

2. Anwendungsbereich des § 609 a Abs. 4 BGB

Dem Wortlaut nach ist § 609 a Abs. 4 BGB nur auf die in Abs. 1 und Abs. 2 aufgezählten Kündigungstatbestände anwendbar. Das bedeutet, daß § 609 a Abs. 4 BGB explizit nicht auf Darlehensverträge, die mit einem Grundpfandrecht (Grundschuld, Hypothek, Rentenschuld) abgesichert sind, anwendbar ist. Auch steht es dem Kreditgeber frei, nach Abschluß des Kreditvertrages eine Vorfälligkeitsentschädigung für den Fall zu vereinbaren, daß der Darlehensnehmer sein Darlehen vorzeitig, also ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zurückzahlen will¹². Ein derartiger individueller Aufhebungsvertrag ist allein nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen zu beurteilen.

Im übrigen ist eine Vorfälligkeitsentschädigung nicht mit § 609 a BGB zu vereinbaren.

3. Vorfälligkeitsentschädigung als Schadensersatz-Pauschalierung

Probleme bereitet die Festlegung der Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung, wenn diese nicht zuvor konkret bestimmt worden ist. Dann bleibt in der Regel nur die Bestimmung der Höhe nach den Grundsätzen der Schadensersatzpauschalierung.

Eine Schadensersatzpauschalierung in Form einer Vorfälligkeitsentschädigung ist ein Feststellungsvertrag, der unter der aufschiebenden Bedingung einer Darlehensvertragskündigung bzw. vorzeitigen Tilgung des Darlehens zustande kommt¹³.

Bei einem durch Individualabrede geschlossenen Feststellungsvertrag über eine Vorfälligkeitsentschädigung liegt die Höhe der Entschädigung grundsätzlich im Rahmen der Privatautonomie. Nur wenn aus der Sicht der Vertragschließenden die Entschädigungshöhe derart überhöht war, daß auf einen Bereicherungsvorsatz des Darlehensgebers geschlossen werden kann, kommt die Nichtigkeit der Vorfälligkeitsentschädigungsabrede nach § 138 BGB in Betracht¹⁴.

Regelmäßig wird es aber an einer den Umfang der Pauschalierung regelnden Klarstellung fehlen. Dann ist das von den Parteien Gewollte eine Frage der Auslegung¹⁵. Zu unterscheiden ist bei der Auslegung, unter welchen Umständen die Vorfälligkeitsentschädigungsabrede geschlossen wurde.

Bei einer Individualabrede, die nicht im vollkaufmännischen Verkehr geschlossen wurde (§ 348 HGB), kommt in analoger Anwendung von § 343 BGB ein Antrag des Darlehensnehmers auf richterliche Schätzung der Entschädigungshöhe in Betracht. § 343 BGB ist nicht direkt anwendbar, da der Vorfälligkeitsentschädigungsabrede der für eine Vertragsstrafe typische Doppelcharakter als selbständiger Anspruch und als Druckmittel zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit fehlt¹⁶.

Bei der Schließung einer Vorfälligkeitsentschädigungsabrede durch Inbezugnahme der AGB ist die Vorfälligkeitsentschädigungsklausel nach §§ 9 Abs. 1, 11 Nr. 5 AGBG gegenüber einem Nichtkaufmann unwirksam, wenn die Pauschale den bei einer vorzeitigen Tilgung des Darlehens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt oder dem Darlehensnehmer der Nachweis, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale, abgeschnitten wird¹⁷.

Der Umfang des Verbots des § 11 Nr. 5 b AGBG ist streitig. Nach BGH¹⁸ wird beispielsweise die Klauselformulierung „ist zu zahlen“ als Ausschluß des Gegenbeweises gesehen mit der Folge, daß die gesamte Klausel unwirksam wird.

Eine Angemessenheitskontrolle nach § 11 Nr. 5 a AGBG hat sich am typischen Durchschnittsschaden zu orientieren. Die Pauschale hat sich also nach dem Schadensersatzbegriff des BGB zu richten (§§ 249, 252 BGB)¹⁹. Der Kreditgeber kann jedoch Schadensersatz nur mit gegenständlicher und zeitlicher Begrenzung verlangen²⁰. Es darf nur der Kapitalanteil verzinst werden-, dieser auch nur bis zum vertraglich vorgesehenen Fälligkeitstermin oder einer früheren zulässigen Kündigungsmöglichkeit des Darlehensnehmers.

Die Beweispflicht, daß die Schadenspauschalierung dem typischen Schadensumfang entspricht, trägt der Verwender der AGB.

III. Schlußbemerkung

Eine Vorfälligkeitsentschädigungsabrede vermag nur in den Fällen, in denen § 609 a Abs. 4 BGB nicht zur Anwendung kommt, den durch die vorzeitige Darlehensrückzahlung eingetretenen Verlust des Kreditgebers auszugleichen. Regelmäßig hat der Kreditgeber aber ein anteiliges laufzeitabhängiges Disagio zurückzuerstatten sowie den Zinsverlust zu tragen. Für die Kreditwirtschaft bedeutet dies, daß die anteilige Rückerstattung eines im Bereich der

Konsumentenkredite typischerweise laufzeitabhängigem Disagios nicht durch die Vereinbarung einer Vorfälligkeitsentschädigung ausgeglichen werden kann.

1. Vgl. *MüKo*;-*Westermann*. 2. Aufl., § 608 Rz. 3; *Hoeren*. NJW 1994. 26; *Soergel/Teichmann*. BGB. 12. Aufl. § 246 Rz. 15; *Staudinger/Hopt/Mülbert*. BGB. 12. Aufl. § 608 Rz. 8.
2. BGH. NJW 1981. 2180- NJW 1985. 1831; *Soergel/Teichmann* (Fn. 1). § 246 Rz. 12; *Staudinger/Hopt/Mülbert* (Fn. 1), § 608 Rz. 10; a. A. *Belke*. BB 1968. 1223; *Longin/Schlehe*. DStR 1979. 8 f.. die das Disagio regelmäßig als eine besondere Form von Zinsen betrachten: dagegen *Pleyer*. NJW 1978. 2128,. *Stein/Kirschner*. Geld. Bank und Börsenwesen. 37.Aufl., S. 334. die im Disagio grundsätzlich einmalige Darlehensnebenkosten sehen.
3. BGH NJW 1990. 2230 = BB 1990. 1441.
4. BGH. BB 1993. 3257 = BB 1993. 2332; RdW; 1994. 18.
5. OLG Hamm. WM 1993.1842.
6. BGH, BB 1994. 28 = NJW 1994. 47; BGH. BB 1994. 105 NJW 1994. 379.
7. MüKo-u. *Maydelt* 2. Aufl. § 247 a. F. Rz. 12; *Staudinger/Hopt/ Mülbert* (Fn. 1), § 609 a Rz. 47-. *Pleyer*, NJW 1978, 2131-. *Ermann/Schopp* BGB 8. Aufl. § 609 a Rz. 9-, v. *Rottenburg*. WU 1987, 1 f., *Palandt/Putzo*, BGB. 52. Aufl. § 609 a Rz. 3.
8. BGH, NJW 1981. 814 zu § 247 BGB a. F. - WU 1981, 222 B,3 ,981. 1797-, *Staudinger/Hopt/Mülbert* (Fn. 1), § 609 a Rz. 48; *Pleyer*, NJW 1978, 2128; *Canaris*. ZIP 1980, 719; v. *Rottenburg*, WM 1987, 2, *Krug*, BB 1979, 25; a. A. *Scholz*, BB 1979, 189, der nur eine Vorfälligkeitsentschädigung mit Strafcharakter, die zu einem praktischen Ausschluß des Kündigungsrechtes führt, als abweichende Vereinbarung in diesem Sinne ansieht.
- 8a BT-Drucks. 10/4741 zu Art. 5 A 3 S. 21.
- 8b A.a.0.. S. 22.
- 9 *Häuser/Wolter*, NJW 1987, 17; u. *Heymann*. Die Kündigung des Darlehens nach § 247 BGB. 1984, S. 22 f.. *Stöcker*, BB 1982,2081, *Ziebe*. ZRP 1980, 168 f.
- 10 *Rebmann* Der langfristige Kredit, 1985, S. 106; *Häuser/Wolter* NJW 1987.18.
- 11 *Staudinger/Hopt/Mülbert*. (Fn. 1), § 609 a Rz. 48, *Pleyer*. NJW 1978, 2128
- 12 v. *Rottenburg*. WM 1987. 1 f. 6, vgl. BGH, NJW 1981, 814, zu § 247 a. F.
- 13 *Erman/Westermann* (Fn. 7), § 339 Rz. 1; *Soergel/Lindacher* (Fn. 1). Vor § 339 Rz. 20-. *MüKo-Söllner*, 2. Aufl., § 339 Rz. 4-. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 7), Vorb. § 339 Rz. 3; zur Abgrenzung zwischen Vertragsstrafe und pauschaliertem Schadensersatz vgl. BGHZ 49, 84 - BB 1968, 149-. BGH, NJW 1983. 1542; BGH, NJW-RR 1988, 39 f., 41, jew. m. w. N.
- 14 *Jauernig/Vollkommer* BGB, 6. Aufl. § 339 Rz. 3; *Fikentscher*. Schuldrecht 6. Aufl., S. 96; *Soergel/Lindacher*; (Fn. 1), Vor § 339 Rz. 26.
- 15 *Erman/Sirp* (Fn. 7), § 249 Rz. 19-. *Soergel/Lindacher* (Fn. 1), Vor § 339 Rz. 24.
- 16 *Palandt/Heinrichs* (Fn. 7), Vorbem. § 339 Rz. 5; *Hertin* MDR 1969, 818; *Soergel/Lindacher* (Fn. 1). Vor § 339 Rz. 27; *RGRK-Ballhaus*, Vor § 339 Rz. 6-. a. A. *Beuthien* Festschrift für Larenz, 1973, S. 502; *Erman/Westermann* (Fn. 7), Vor § 339 Rz. 1.
- 17 *Soergel/Lindacher* (Fn. 1), Vor S 339 Rz. 28.
- 18 BGH, NJW 1985. 633-, BGH, BB 1985. 754 - NJW 1986, 376; vgl. *Palandt/Heinrichs* (Fn. 7). § 11 AGBG Rz. 26, *Soergel/Lindacher* (Fn. 1), Vor § 339 Rz. 35 in. w. N. und w. Bsp.
- 19 *Palandt/Heinrichs* (Fn. 7), § 1 1 AGBG Rz. 22-. *Erman/Sirp* (Fn. 7), § 249 Rz. 19; *Jauernig/Teichmann* (Fn. 14), § 11 AGBG Rz. 5 a.
- 20 BGHZ 104. 337 - BB 1988. 1481.