## Claus Steiner

# Das **Darlehens-"Leitbild"** des BGH – gemalt auf falscher "Grundierung"?

Der Bankensenat des BGH gehe auf "Holzwegen" und benutze "rhetorische Tricks" bei der Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen Banken in ihrem Darlehensgeschäft statt oder neben den auf die Laufzeit des Darlehens bezogenen Zinsen auch davon unabhängige Entgelte (zum Beispiel Bearbeitungsprovisionen oder Gebühren) mit ihren Verbraucherund Unternehmenskunden wirksam vereinbaren dürfen. Mit dieser verbal ungewöhnlich harschen, aber den Kern des Problems gezielt treffenden Kritik haben der Mannheimer Ordinarius unter anderem für Bankenrecht, Professor Georg Bitter, gemeinsam mit seinem Habilitanden Dimitrios Linardatos unter der Überschrift "Erdachte Leitbilder im Darlehensrecht" in einer scharfsinnig erarbeiteten Analyse<sup>1)</sup> schlüssig und methodisch überzeugend dargelegt, dass sich der Bankensenat des BGH mit seiner über die Jahre kategorisch und geradezu doktrinär verfolgten Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Darlehensvereinbarungen der Kreditinstitute nach § 307 BGB und zu der sich aus ihr angeblich ergebenden Unwirksamkeit jedes nicht laufzeitabhängigen Entgelts bei der Vergabe von Darlehen juristisch tatsächlich "auf dem Holzweg" befindet.

### Ein neues Urteil – zu einem Unternehmensdarlehen

Bereits vor einiger Zeit hatten die beiden Verfasser den Bankensenat in einer juristischen Kolumne<sup>2)</sup> wegen dieser Rechtsprechung im "rechtspolitischen Dunkel" gesehen und dort verortet, nachdem er am 13. März 2018<sup>3)</sup> entschieden hatte, es sei unwirksam, wenn eine Bank ihrem Verbraucherkunden ein Darlehen zu ei-

nem bestimmten Zinssatz und einer zusätzlichen Einmalgebühr (Provision) oder alternativ zu einem höheren Zinssatz ohne weitere Gebühren anbiete und der Kunde sich für die erste Variante entscheide. Der Kunde könne die aufgrund der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB angeblich unwirksame von der Laufzeit des Darlehens unabhängige Gebühr als ungerechtfertigte Bereicherung von der Bank zurückfordern.<sup>4)</sup>

Nun hatte sich der XI. (Banken-)Senat des BGH in einem weiteren Urteil vom 16. Oktober 2018<sup>5)</sup> erneut mit diesem Rechtsproblem zu befassen. Er hält auch in diesem Urteil strikt an seinem angeblich in § 488 BGB gesetzlich festgeschriebenen Leitbild des Darlehens fest. Die Argumente aus dem Kreis der Rechtswissenschaft konnte er darin jedoch nicht entkräften, die dieses Leitbild ebenso vehement und entschieden verneinen. Vielmehr haben die Autoren Bitter und Linardatos in ihrer vertieften und in der Diktion verschärften Kritik dieses Urteils sowie ferner der Regensburger Ordinarius Carsten Herresthal in einer Kurzkommentierung des Urteils6) den angeblichen "Holzweg" des Bankensenats eindrücklich und argumentativ schlüssig beschrieben.

Bitter/Linardatos haben überdies aufgezeigt, dass der Senat in dem Urteil "der Gesetzesbegründung zur Schuldrechtsreform eine Aussage zuschreibt, die dort tatsächlich nicht zu finden ist". Die Zulässigkeit von laufzeitunabhängigen Entgeltkomponenten beim Darlehen sei damals überhaupt nicht Gegenstand einer Debatte gewesen, weil sie völlig unstreitig war. Nach dem Leitbild, das sich der Bankensenat geschaffen habe, soll es da-

gegen Wille des damaligen Gesetzgebers gewesen sein, für die Kapitalnutzung ausschließlich laufzeitabhängige Entgelte in der Regel als Zinsen zuzulassen, und zwar gleichermaßen für Darlehen an Verbraucher und Unternehmen.

## Gegen die abweichende Meinung in der Rechtswissenschaft

In dem Urteil vom 16. Oktober 2018 ging es um das Darlehen einer Sparkasse an einen gewerblichen Bauträger, für das die Sparkasse mit dem Kunden neben dem laufzeitabhängigen Zins eine Bearbeitungsprovision von 0,75 Prozent des Darlehensbetrags vereinbart hatte, die auch bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens nicht (teil-)erstattet werden sollte, weil die Sparkasse – so ihr Vortrag im Prozess - den Baufortschritt im Kontext zur Auszahlungsreife des Darlehens zu überwachen gehabt habe und ferner dem Kunden volle Flexibilität in Bezug auf vorzeitige Rückzahlungen und etwaige Laufzeitveränderungen eingeräumt habe. Das rechtfertige neben dem Zins eine zusätzliche einmalige beziehungsweise pauschale Berechnung dieser Leistungen. Die beiden Vorinstanzen wiesen die Klage des Kunden auf Rückerstattung der Provision ab; der BGH gab ihr im Hauptpunkt statt und verurteilte die Sparkasse zur Rückzahlung.

In der Begründung bestätigte der Bankensenat erneut und ausdrücklich gegen die abweichende Meinung in der Rechtswissenschaft, dass nach seiner "gefestigten Rechtsprechung" die das Darlehen gewährende Bank anfallende Kosten für Kreditbearbeitung und -auszahlung

"nach dem gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den laufzeitabhängigen Zins zu decken (habe) und daneben kein laufzeitunabhängiges Bearbeitungsentgelt verlangen (könne)". Diese Vorschrift habe "als Basisnorm des Darlehensrechts" Leitbildfunktion. Der darin genannte Zins werde "nach weitgehend akzeptierter Formel als synallagmatisches, laufzeitabhängiges Entgelt für die Kapitalüberlassung" definiert; laufzeitunabhängige Entgelte seien keine Zinsen im Sinne des bürgerlichen Rechts (und können daher – so ist hinzuzufügen - als Darlehensentgelt nicht wirksam vereinbart werden.

Auch der Umstand, dass laufzeitunabhängige Kosten für ein Darlehen nach der Preisangaben-Verordnung (PAngV) in den effektiven Jahreszins einzubeziehen sind, stehe hier nicht entgegen. Es gehe dort um die Preistransparenz, die erfordere, dass alle Kostenpositionen unabhängig von deren Berechtigung berücksichtigt würden. Die PAngV bilde daher "keine materiellrechtliche Rechtsgrundlage für Entgeltforderungen der Kreditwirtschaft". Ebenso wenig ergebe sich ein Anhaltspunkt für die Rechtmäßigkeit vereinbarter laufzeitunabhängiger Kosten daraus, dass sie in die rechtliche Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Darlehensvertrags nach § 138 BGB einzubeziehen sind.

#### "Leitbild nur erdacht"

Die Kritik der Autoren Bitter und Linardatos richtet sich nun messerscharf gegen das nach ihrer Meinung vom Bankensenat im § 488 BGB (nur) "erdachte Leitbild" des Darlehensrechts. Dieses ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 neu formulierten § 488 BGB. Es sei dem damaligen Gesetzgeber allein darum gegangen, entgegen dem bis dahin in § 607 BGB a.F. als Regelfall behandelten unentgeltlichen Darlehen "die Entgeltlichkeit des Darlehens als der praktischen Lebenswirklichkeit entsprechend herauszustellen". Die Autoren verweisen dazu auf die folgende Erläuterung im Gesetzentwurf zu § 488: "Satz 2 regelt die Zinszahlungsund Rückerstattungspflicht des Darlehensnehmers. Anders als die bisherigen §§ 607 und 608 geht die jetzige Regelung vom Regelfall der Entgeltlichkeit des Darlehensvertrags aus und führt daher die Zinspflicht des Darlehensnehmers in Satz 2 ausdrücklich auf. Dies entspricht den heutigen Realitäten, wonach ein Darlehen in aller Regel entgeltlich ist. Der unbestimmte Artikel 'einen vereinbarten Zins' verdeutlicht indessen, dass es auch unentgeltliche Formen des Darlehens gibt".

Dem Gesetzgeber sei es – so beschreiben es Bitter/Lavarantos - allein darum gegangen, die bis dahin als Ausnahme behandelte Zinspflicht in den Regeltatbestand (§ 488 BGB) zu überführen, ohne dass damit eine Aussage darüber verbunden gewesen sei, "ob neben dem Zins auch eine laufzeitunabhängige Entgeltkomponente erhoben werden (dürfe)". Und genau, weil sich der Gesetzgeber mit dieser Frage überhaupt nicht befasst habe, könne der Regelung in § 488 Abs. 1 BGB auch nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber nun eine Entscheidung dahingehend getroffen habe, allein den Zins als Entgelt für ein Darlehen gelten zu lassen. Ganz im Gegenteil sei davon auszugehen, dass angesichts der zur Zeit der Schuldrechtsreform in Rechtsprechung und Literatur unstreitigen (und auch kaum thematisierten) Zulässigkeit der Berechnung auch laufzeitunabhängiger Darlehensentgelte die fehlende Erwähnung in der Gesetzesbegründung "allenfalls als Bestätigung der damaligen Praxis gewertet werden (könne)". Wenn der Gesetzgeber damals insoweit Änderungsbedarf gesehen hätte, sei zu unterstellen, dass er sich dazu auch geäußert hätte, zumal er alle erforderlichen Änderungen in der Gesetzesbegründung ausdrücklich herausgestellt habe.

Die beiden Autoren ziehen daraus die einzig mögliche Feststellung, dass der Bankensenat sein laufzeitunabhängige Entgelte ausschließendes "Leitbild" des § 488 BGB "frei erfunden" habe. Diese "Erfindung" wirke sich im Übrigen nicht nur zum Schaden der Banken, sondern ebenso zum Nachteil der Kreditnehmer aus, weil die professionelle bankmäßige Darlehensgewährung dadurch zu ineffi-



Dr. Claus Steiner

Rechtsanwalt, Wiesbaden

Im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 hat der BGH bei der Novellierung des § 488 BGB (Darlehen) als Entgelte nur laufzeitabhängige Zinsen zugelassen und andere, nicht von der Laufzeit abhängige Einmalentgelte, wie Provisionen, der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterworfen und sie über diese Schiene als unangemessen und daher unwirksam eingestuft. Motiviert durch ein neueres BGH-Urteil zur Leitbildfunktion des § 488 BGB aus dem Herbst vergangenen Jahres sowie zwei kritische Kommentare aus der Wissenschaft dazu schildert der Autor diese Kontroverse. Er selbst schließt sich dabei der Gegenmeinung aus der Rechtswissenschaft an und hält auch nicht laufzeitabhängige Entgelte für rechtens und im Interesse der Kreditwirtschaft für vorzugswürdig. In dem sich zuspitzenden Meinungsstreit äußert er die Hoffnung, dass die Karlsruher Richter ihr Leitbild des § 488 BGB noch einmal auf den Prüfstand stellen. (Red.)

zienter Quersubventionierung gezwungen werde, was für alle Kreditnehmer eine Verteuerung nach sich ziehe.

### Methodisch unzutreffende Interpretation des § 488 BGB

In der äußeren Form milder, in der Sache aber ebenso stringent stellt Herresthal in seinem Kurzkommentar des Urteils heraus, dass der BGH den § 488 BGB "methodisch unzutreffend" interpretiere, wenn man die Regelungsintention des Gesetzgebers in den Blick nehme. Diese lasse nicht einmal ansatzweise erkennen, dass der Gesetzgeber ein gesetzliches Leitbild mit einem laufzeitabhängigen Zins als einziger Entgeltform habe implementieren wollen. Der Gesetzgeber habe seinerzeit vielmehr festgestellt, dass er mit der Neuregelung des § 488 BGB "den heutigen Realitäten" entsprechen wollte. Genau diese "Realitäten" hätten sowohl laufzeitabhängige als auch davon unabhängige Entgelte vorgesehen.

Herresthal meint allerdings – offenkundig wegen praktisch nur geringer Aussicht, dass der Bankensenat seine bisherige Interpretation korrigieren werde - dass ein "Einschreiten des Gesetzgebers" zur besseren Formulierung des § 488 BGB erforderlich sein könnte. Sie würde dem unzweifelhaften Willen des Reformgesetzgebers aus dem Jahre 2002 wieder zur Geltung gegenüber der "judikativen Fehlinterpretation" des Bankensenats verhelfen und gesetzlich festigen, dass die laufzeitabhängige Verzinsung nicht das einzig zulässige Entgelt für ein Darlehen ist. Als "minimalintensiven Eingriff" schlägt er beispielhaft die Formulierung vor: "Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, das vereinbarte Entgelt, insbesondere einen geschuldeten Zins zu zahlen." Das würde den Regelungswillen des damaligen Reformgesetzgebers auch im Wortlaut deutlich abbilden und damit den Friktionen den Boden entziehen, die aus der Prüfung von Bankentgelten am Maßstab eines vermeintlichen Leitbildes des Darlehensvertrags mit nur zeitabhängigen Entgelten durch den BGH ... resultieren".

Methodisch könnte nach Herresthal das zutreffende Ergebnis auch durch eine abweichende Definition des Zinsbegriffs oder "durch die Annahme einer nur versehentlich partiellen Abbildung des Vertragsleitbildes im Gesetz" erreicht werden. Der Bankensenat habe aber in seinem Urteil vom 16. Oktober 2018 hinreichend deutlich gemacht, dass er an seiner Interpretation festhalten wolle, sodass letztendlich doch der Gesetzgeber gefordert sei. Bitter/Linardatos sehen eine Möglichkeit, "der Praxis des BGH zu entgehen" darin, abgesehen von dem Ausweichen in eine zu vereinbarende andere Rechtsordnung, das laufzeitunabhängige Einmalentgelt vertraglich mit einer bepreisbaren Gegenleistung der Bank zu verbinden. zum Beispiel Optionen des Kunden zur Konditionierung des Darlehens zu vereinbaren, um das Ganze damit gerichtsfest zu machen. Sie ergänzen ihren Vorschlag aber zugleich mit dem Hinweis: "Wenn sich aber durch schlichte Umformulierung der bisherigen Verträge das gleiche, angeblich so unangemessene Ergebnis wirksam erzielen lässt, dann zeigt dies letztlich erneut nur den grundsätzlich fehlerhaften Ansatz des Bankensenats: die richterliche Preiskontrolle auch außerhalb der gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle."

#### Eingriff in die Privatautonomie

Aus der Sicht der Kreditwirtschaft ist das von dem Bankensenat des BGH vertretene Darlehens-Leitbild nicht nur äußerst unbefriedigend. Die daraus resultierende Reglementierung der Darlehenskonditionierung führt zu unangemessenen und auch von keinen übergeordneten Werten oder Schutzbedürfnissen Dritter her gebotenen Eingriffen in die Freiheit wirtschaftlichen Handelns und somit in die Privatautonomie auf einem der Kerngeschäftsgebiete der Institute. Das faktische Verbot anderer als laufzeitabhängiger Entgelte für Darlehen hat in der Praxis fast schon "Strafcharakter". Außerdem führt es zu der von der von Bitter/Linardatos beschriebenen Folge unerwartbarer "windfall profits" insbesondere für die professionellen Kreditnehmer zulasten der Kreditinstitute, auf die auch das österreichische OGH mit Recht aufmerksam gemacht habe. So brachte – als Beispiel – die Rückzahlung der vom BGH für unwirksam erklärten Bearbeitungsprovision im Urteil vom 16. Oktober 2018 dem Darlehennehmer einen solchen "windfall profit".

Bitter/Linardatos weisen auf vergleichbare schuldrechtliche Rechtsgebiete hin, etwa zum Mietrecht, in denen wie im Darlehensrecht (Zinsen) die laufzeitabhängige "Hauptleistung" des Mietzins zwar gesetzlich normiert sei, aber daneben, von der Rechtsprechung gänzlich unbeanstandet, weitere nicht auf die Mietzeit bezogene Entgelte wirksam vereinbart werden könnten. Auch für den Kaufvertrag müsste - in Parallele zum Darlehensvertrag - die Frage gestellt werden, ob neben dem in § 433 Abs. 2 BGB als Gegenleistung genannten Kaufpreis zusätzliche Entgelte etwa für Verpackung, Porto wirksam vereinbart werden dürfen. Obgleich diese Vergleiche wegen der unterschiedlichen Faktenlagen ein wenig "hinkend" zu sein scheinen, tragen sie doch zu der grundsätzlichen Fragestellung bei, welcher Sinn darin liege, für Darlehen im Gegensatz zu vergleichbaren Vertragsarten besondere Restriktionen in Bezug auf die jeweiligen Gegenleistungen richterlich zu verhängen.

Das vom BGH gemalte "Leitbild" kann insoweit nicht sinnbildend sein, weil ihm nach den Erkenntnissen der hier zitierten Rechtswissenschaftler - um im "Bild" zu bleiben - die nötige Grundierung fehlt und daher die eigentliche "Malschicht" abzubröckeln droht. Leider ist nicht auszuschließen, dass Bitter/Linardatos auch mit ihrer Aussage in der zitierten Kolumne zumindest in Teilbereichen wie dem Darlehensrecht nicht falsch liegen, dass für den Bankensenat des BGH die "Hauptsache" sei, "dass am Ende die Unwirksamkeit der Entgeltklausel (stehe)". Wie immer der Streit um die nicht laufzeitabhängigen Darlehensentgelte zu Ende gehen wird, kann die Kreditwirtschaft für die hier zitierten Plädovers und besonders für die objektiv und unparteiisch getroffene Feststellung von Bitter/Linardatos dankbar sein, dass der Bankensenat sich mit seinem "Leitbild" des Darlehens von einer "Rechtswissenschaft der guten und gerechten Ergebnisse" ("ius est ars boni et aegui") leider weit entfernt habe. Dem ist nichts hinzuzufügen außer der Hoffnung, dass man in der "Residenz des Rechts" in Karlsruhe noch einmal "sine ira et studio" und mit der Bereitschaft, notfalls auch einmal "über den eigenen Schatten zu springen", das "Leitbild" des § 488 BGB auf den Prüfstand stellen möge.

#### Fußnoten

1) In ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2018. S. 2249

2) In ZIP - 2018, S. 1203

3) AZ XI ZR 291/16

4) In der ZfgK wurde darüber in Heft 14/2018, S. 693, unter der Rubrik Gespräch des Tages berichtet. 5) Aktenzeichen XI ZR 593/16, abgedruckt unter anderem in ZIP 2018. S. 2261 6) In EWiR 2019, S. 1