

infobrief 40/07

Donnerstag, 20. Dezember 2007

CR

Stichwörter

Darlehensvermittlung, Vertragsschluss, Auslagenerstattung

A Sachverhalt

Die Neue Verbraucherzentrale Mecklenburg-Vorpommern hat das iff um Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer von einem Darlehensvermittler geltend gemachten Auslagenerstattung gebeten.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Darlehenssuchender hat ein ihm von einem Darlehensvermittler vorgelegtes, als „Selbstauskunft“ überschriebenes Formular mit seinen persönlichen Daten einschließlich seines monatlichen Einkommens ausgefüllt und unterschrieben. Unmittelbar unter der Überschrift ist der „Kreditwunsch“ mit 40.000 € angegeben. Über die Verwendung des angestrebten Darlehens enthält das Formular keine Angaben. Das einseitige Formular enthält am Ende des Vordrucks eine mit „Datenschutz/ Bankgeheimnis/Vermittlungsauftrag“ übertitelte vorformulierte Versicherung in Bezug auf die Richtigkeit der vorstehend gemachten Angaben sowie eine Einverständniserklärung in Bezug auf die Verwendung der Daten. Auf eine Vermittlungsprovision bei erfolgreicher Vermittlung in Höhe von „4 % des Darlehens“ wird hingewiesen. Etwa in der Mitte des angehängten Textes ohne Absatz in derselben Schriftart und Schriftgröße wie der vorstehende Text findet sich folgende Erklärung:

„Ich/Wir erteilen der Vermittlungsfirma den Auftrag zur Beschaffung (Vermittlung) eines Darlehens.“

Am Ende des Textes findet sich ferner der Hinweis:

„Die bearbeitende Firma ist berechtigt eine Aufwandsentschädigung nach P 652 II BGB zu berechnen. Die maximale Höhe beträgt einhundertneunundsechzig Euro und fünfzig Cent (,,). Ich habe diese Selbstauskunft aufmerksam gelesen, verstanden und anerkannt.“

Der gesamte im Fließtext verfasste Text ist in einer deutlich kleineren Schriftgröße verfasst als die zur Selbstauskunft auffordernden Angaben.

Zum Abschluss eines Darlehensvertrages kam es in der Folgezeit nicht. Weniger als einen Monat später erhielt der Antragsteller auf dem Postwege eine Rechnung über einen Betrag von insgesamt 169,50 €. Aus dem Schreiben geht hervor, dass es sich um eine Auslagenerstattung gemäß § 652 II BGB handeln soll. Im Einzelnen wurden folgende Posten aufgeführt: Erstellung Profilbogen (24,25 €), Aktenanlage vor jeder Einreichung (25,00 €), Kosten für Datenspeiche-

rung in der EDV-Anlage (21,75 €), Post und Telekommunikation (26,00 €), Beratungsaufwand (49,00 €) und Antrag Visakarte (23,50 €).

B Stellungnahme

Es handelt sich um eine in der Praxis immer häufiger auftretende Methode über eine Auslagen-erstattung sich auf Kosten der in die Not Geratenden zu bereichern, obwohl die Darlehensvermittlung in der Regel von Anfang an nur wenig Erfolg versprechend ist. Denn der Vergütungsanspruch des Darlehensvermittlers besteht gemäß § 655c BGB erst, wenn das vermittelte Darlehen ausgezahlt worden ist und ein Widerruf nicht mehr möglich ist. Nebenentgelte dürfen gemäß § 655d BGB nicht verlangt werden. Diese Regelung ist durch das Umgehungsverbot in § 655e BGB noch zusätzlich abgesichert. Grundsätzlich ist daher bei der Darlehensvermittlung nur eine Erfolgsprovision zu zahlen. § 655d Satz 2 BGB lässt aber hinsichtlich der erforderlichen und tatsächlich entstandenen Auslagen eine Vereinbarung über eine entsprechende Erstattungspflicht zu. Durch diese Vorschrift wird dem Darlehensvermittler eine Tür geöffnet, die auch bei erfolgloser Darlehensvermittlung sein Einkommen sichert.

Vorliegend stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt ein wirksamer Darlehensvermittlungsauftrag zustande gekommen ist, da zunächst der Anschein erweckt wird, es handle sich lediglich um eine Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers, nicht aber um eine vertraglich bindende Erklärung. Sofern entgegen der hier vertretenen Auffassung das Vorliegen eines wirksamen Vermittlungsvertrages bejaht wird, scheidet aber der Erstattungsanspruch an einer hierzu nach § 655d Satz 2 BGB erforderlichen Vereinbarung. Zumindest aber dürften Zweifel hinsichtlich des geltend gemachten Erstattungsanspruchs der Höhe nach kaum noch auszuräumen sein. Auffällig ist, dass der Rechnungsbetrag dem (vermeintlich) vereinbarten maximalen Höchstbetrag zufälligerweise entspricht.

B.I Darlehensvermittlungsvertrag

Problematisch ist bereits, ob überhaupt von einem Vertragsschluss gemäß §§ 145 ff. BGB die Rede sein kann. Das Formular ist mit Selbstauskunft überschrieben. Dies erweckt zunächst den Eindruck, als sei ein Vertragsschluss abhängig von den angeforderten persönlichen Daten des Darlehenssuchenden. Der Kunde geht davon aus, dass vor Vertragsschluss zunächst eine Prüfung seiner persönlichen Verhältnisse erfolgt, bevor eine Darlehensvermittlung vertraglich vereinbart wird. Dass es sich tatsächlich um einen „Vermittlungsauftrag“ handelt, ergibt sich erst aus dem Kleingedruckten, dessen Überschrift wiederum den Eindruck erweckt, es handle sich nur um eine datenschutzrechtlich relevante Erklärung. Denkbar ist daher, dass zwar ein bindendes Angebot iSd § 145 BGB auf Seiten des Darlehensnehmers vorliegt, wofür auch die Angabe des Kreditwunsches spricht. Zum Abschluss eines Darlehensvermittlungsvertrages indes ist es nicht gekommen, da es an einer entsprechenden Annahmeerklärung gemäß §§ 147 ff. BGB fehlt.

Will man dem Formular dennoch eine übereinstimmende Willenserklärung über das Zustandekommen eines Vermittlungsvertrages entnehmen, so ist dessen Wirksamkeit an den Vorschriften der §§ 655a ff. BGB zu messen. Da es um die Vermittlung eines Darlehens geht und der

Darlehenssuchende Verbraucher iSd § 13 BGB ist, liegt ein Darlehensvermittlungsvertrag iSd § 655a BGB vor. Der Darlehensvermittlungsvertrag bedarf gemäß § 655b BGB der schriftlichen Form. Die Vertragsurkunde muss wegen des Schriftformerfordernisses den gesamten Vertragstext beinhalten (Palandt-*Sprau* § 655b Rn 3) und gemäß § 126 Abs. 2 BGB muss er von beiden Parteien unterzeichnet werden. Hier fehlt es an einer Unterschrift des Darlehensvermittlers, sodass der Vertragschluss jedenfalls an § 655b Abs. 2 BGB scheitert, der bei Verstoß gegen das Schriftformerfordernis die Nichtigkeit des Vertrages als Rechtsfolge vorsieht.

B.II Vereinbarung der Auslagenerstattung

Eine Verpflichtung zur Erstattung von Auslagen besteht gemäß § 655d Satz 2 BGB nur soweit sie vereinbart wurde. Zwar gilt auch insoweit das Schriftformerfordernis gemäß § 655b BGB (BGH NJW-RR 2005, 1572), allerdings schließt dies eine formularmäßig Vereinbarung nicht aus (Palandt-*Sprau*, § 655d Rn 2). Sofern eine Auslagenerstattung – wie hier - in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart worden ist, stellen aber sowohl das Transparenzgebot gemäß § 305c BGB als auch die Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB sehr strenge Anforderungen an die Ausgestaltung und Platzierung einer entsprechenden Klausel (MünchKomm-*Habersack* § 655d Rn 10).

Fraglich ist bereits, ob überhaupt eine Auslagenerstattungspflicht vereinbart wurde, denn die Formulierung „*Die bearbeitende Firma ist berechtigt eine Aufwandsentschädigung nach P 652 II BGB zu berechnen.*“ ist bereits deswegen irreführend, weil § 652 Abs. 2 BGB von der Sondervorschrift des § 655d Satz 2 BGB für Darlehensvermittlungsverträge verdrängt wird, sodass die Vorschrift, auf die als Rechtsgrundlage verwiesen wird, keine Anwendung findet. Schließlich wird ausweislich der Bestimmungen in dem Antragsformular ein „Auftrag zur Beschaffung eines Darlehens“ erteilt. Soweit es sich aber um einen Darlehensvermittlungsauftrag iSd § 655a BGB handelt, dessen Voraussetzungen hier unzweifelhaft vorliegen, sind die Allgemeinen Vorschriften über den Maklervertrag allenfalls subsidiär anwendbar. Gemäß § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders. Daher kann die Auslagenerstattungsklausel unter Verweis auf § 652 BGB keine Wirkung für sich beanspruchen. Zumal sie nicht einmal für die Vereinbarung eines Auslagenerstattungsanspruchs im Rahmen eines Darlehensvermittlungsauftrages die richtige Rechtsgrundlage wäre.

Damit wird überdies deutlich, dass die Wirksamkeit der Klausel auch daran scheitern muss, dass sie überhaupt keine Vereinbarung über eine Auslagenerstattung enthält. Denn das Gesetz sieht eine Auslagenerstattung gerade nicht vor. Nur soweit eine entsprechende Erstattungspflicht vereinbart wird, kann abweichend von der gesetzlichen Regelung ein Erstattungsanspruch geltend gemacht werden. Ein Hinweis auf die gesetzliche Regelung, die nur die Möglichkeit einer Vereinbarung vorsieht, stellt unter Berücksichtigung von § 305c Abs. 2 BGB jedenfalls selbst keine Vereinbarung dar. Eine Vereinbarung aber ist als Rechtsgrundlage für die Geltendmachung eines Auslagenerstattungsanspruchs unerlässliche Voraussetzung.

Selbst wenn man den Hinweis auf die gesetzliche Regelung ausreichen lassen möchte, so wäre die Klausel nach §§ 655 d iVm 655e BGB unzulässig, da durch sie über die Erstattung tatsäch-

lich entstandener und erforderlicher Auslagen hinaus die Kunden zur Leistung einer festen Pauschale verpflichtet werden; was zugleich als Verstoß gegen § 307 BGB zu werten ist. Nur dann, wenn mit hinreichender Deutlichkeit ein Betrag als Höchstbetrag der "erforderlichen Auslagen" gekennzeichnet ist, handelt es sich nicht um eine Pauschalierung (OLG Zweibrücken VuR 1999, 269). Die hier in rede stehende Klausel spricht von einer Aufwandsentschädigung. Damit aber wird der Eindruck erweckt, der Darlehensvermittler könne eine pauschale Auslagenerstattung verlangen, der maximal 169,50 € beträgt. Zwischen einer Entschädigung (vgl. §§ 149 ff. BGB) und einer Erstattung bestehen bereits sprachlich erhebliche Unterschiede. Anders als eine Auslagenerstattung, die sich regelmäßig aus den tatsächlich entstandenen Kosten für bestimmte Posten zusammensetzt, die jeweils auf den Kunden umgelegt werden, verbirgt sich hinter einer Aufwandsentschädigung nämlich in der Regel ein bestimmter Betrag, der regelmäßig nur als Ersatz für den entstandenen Aufwand fiktiv berechnet wird. Überdies erfassen Aufwendungen gemäß §§ 256, 670, 683 BGB sämtliche Vermögensopfer im Interesse des Auftraggebers und nicht nur Auslagen. Die Vereinbarung eines Aufwendungsersatzanspruchs scheitert damit an der Vorschrift des § 655d BGB. Zumindest aber ist die Unwirksamkeit der Klausel wegen Unklarheit oder Undurchschaubarkeit gemäß § 305 c Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

Schließlich aber verstößt bereits die textliche Gestaltung gegen die Vorschriften über die Zulässigkeit einer AGBmäßigen Vereinbarung. § 305c Abs. 1 BGB bestimmt ausdrücklich, dass Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach ihrem äußeren Erscheinungsbild so ungewöhnlich sind, dass der Verbraucher nicht mit ihnen zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil werden. Wird - wie dies hier der Fall ist - eine Vereinbarung über die Erstattung von Auslagen unter der Überschrift „Datenschutz/Bankgeheimnis/Vermittlungsauftrag“ versteckt, so ist eine Kenntnisaufnahme durch den Verbraucher bereits drucktechnisch erschwert, was ihre Unwirksamkeit begründen kann (vgl. hierzu Palandt-*Heinrichs* § 305c Rn 4). Die Klausel ist damit im Vertragstext nicht nur falsch eingeordnet, was für sich genommen ihre Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot begründen kann, sondern überdies auch noch angesichts der Wahl eines derart kleinen Schriftgrades derart versteckt, dass der Kunde nicht mit ihr zu rechnen brauchte, zumal der Höchstbetrag ausgeschrieben und nicht in Ziffern dargestellt ist. Regelmäßig fallen dem Kunden Zahlen eher ins Auge, wenn im Übrigen nur Buchstaben stehen. Dies aber suchte der Vermittler vorliegend durch die textliche Gestaltung gerade zu vermeiden. Bereits darin ist ein Verstoß gegen das Transparenzgebot zu erachten, dass gemäß § 306 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel führt.

Auch der Versuch der Vermittler die Vorschriften der §§ 655a ff. BGB durch ein Annerkenntnis zu umgehen wurde von der Rechtsprechung zurückgewiesen. Werden wie hier die Allgemeinen Geschäftsbedingungen „anerkannt“, so stellt dies einen Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 655e Abs. 1 Satz 2 BGB dar (AG Daun, VuR 2006, 187f.). Mangels Rechtsgrundlage kann daher eine Auslagenerstattung vorliegend nicht geltend gemacht werden.

B.III Rechnung

Auch wenn eine Auslagenerstattung wirksam vereinbart wird, müssen bei der Abrechnung alle erstattungsfähigen Auslagen im Einzelnen aufgeführt und später bei der Abrechnung nachge-

wiesen werden. Die Auslagen müssen überdies erforderlich sowie auch tatsächlich entstanden und demzufolge auch belegbar sein. Zudem sind Auslagen nur erstattungsfähig, wenn sie direkt durch die Entstehung eines Kreditvertrages verursacht werden. Allgemeine Betriebs- und Gemeinkosten dürfen nicht auf den Verbraucher umgelegt werden (vgl. hierzu Anm. Kothe zu AG daun, urteil vom 8.1.2003, Az: 3 C 564/02, VuR 2003, 187f.; OLG Zweibrücken BB 1996, 179f. OLG Stuttgart VuR 1999, 349f.; *Bülow* Verbrauchercredit § 655d Rz. 8; Palandt-*Sprau* BGB § 655d Rn 2.).

Zwar wurden vorliegend die einzelnen Abrechnungsposten jeweils in der Rechnung aufgeführt, es ist jedoch mangels Vorlage entsprechender Belege bereits zweifelhaft, ob diese Kosten tatsächlich entstanden sind. Zumindest aber handelt es sich nicht ausschließlich um erforderliche Auslagen der Darlehensvermittlung. Sowohl die Kosten für die Erstellung eines Profilbogens, für die Aktenanlage vor jeder Einreichung und die Kosten für die Datenspeicherung in der EDV-Anlage stellen allgemeine Betriebskosten dar, die nicht abgewälzt werden dürfen (OLG Karlsruhe VuR 1998, 83f.). Ein Darlehensvermittler kann folglich Bearbeitungs- und Schreibgebühren nicht auf seine Kunden umlegen (*MK-Habersack* § 655d Rn 5; *Bülow* Verbrauchercredit § 655d Rz 11).

Unter diese allgemeinen Betriebskosten fallen auch die Arbeitsstunden des Darlehensvermittlers (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1996, 1451f.; OLG Report 1999, 192f.; AG Daun VuR 2003, 187f.), sodass der hier geltend gemachte Betrag in Höhe von 49,00 € für den dem Darlehensvermittler vermeintlich entstandenen Beratungsaufwand nicht verlangt werden kann. Das FG Hamburg hat in seinem Urteil vom 16.02.2005 (Az: II 240/04) entschieden, dass Auslagen keine eigenständige Leistungsbeziehung begründen, sondern einen unselbständigen Bestandteil einer einheitlichen Kreditvermittlung oder eine Nebenleistung dazu darstellen, sodass diese Kosten nicht umsatzsteuerpflichtig sind. Die Abrechnung einer Beratungstätigkeit aber kann hiervon nicht ausgenommen werden, da sie eine eigenständige Dienstleistung darstellt. Es handelt sich folglich bei diesem Abrechnungsposten um eine versteckte erfolgsunabhängige Provision, die nach § 655 c BGB nicht verlangt werden darf. Schließlich sind Auslagen, die zunächst der Anbahnung des Darlehensvermittlungsvertrages dienen, nicht erstattungsfähig, da sie nicht der Darlehensvermittlung selbst dienen. Ist wie hier zunächst nur ein Vermittlungsantrag oder eine Selbstauskunft erfolgt, so fehlt es aber an einem Darlehensvermittlungsvertrag, weswegen die im Vorfeld der Darlehensvermittlung entstandenen Kosten nicht auf den Kunden abgewälzt werden können.

Ebenso wenig ersatzfähig sind Telefongrundgebühren, da diese ebenfalls als Gemeinkosten anzusehen sind. Wird aber wie hier dem Kunden ein Betrag in Höhe von 26,00 € für Post und Telekommunikation in Rechnung gestellt, so liegt die Vermutung nahe, dass nicht allein die tatsächlich entstandenen Gesprächskosten auf den Kunden abgewälzt werden sollten, sondern auch Grundgebühren in Rechnung gestellt wurden. Ein pauschalisierter Aufwendersatz aber für Telefongebühren und Portokosten sind unzulässig.

Erstattungsfähig sind nach dem Wortlaut des § 655d BGB nur die erforderlichen Auslagen. Sofern die Kosten für einen Visakartenantrag geltend gemacht werden, dürfte es sich nicht um

erforderliche Auslagen der Darlehensvermittlung handeln, denn ein Kreditkartenkonto ist nicht Voraussetzung für eine Darlehensgewährung und damit sind die hierfür entstandenen Kosten nicht erforderlich iSd § 655d Satz 2 BGB. Die Erforderlichkeit ist mittels eines objektiven Maßstabs aus der ex-post-Sicht eines durchschnittlichen Kunden zu ermitteln (Palandt-*Sprau* § 655d Rn 2). Insoweit liegt die Beweislast nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen beim Vermittler.

C Fazit

In den Fällen, in denen sich der Darlehenssuchende rechtlich zur Wehr setzt, sind die Erfolgsaussichten gut, da die Leistungen regelmäßig rechtsgrundlos geleistet wurden und somit ein Erstattungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB besteht.

Es ist ferner nahezu offensichtlich, dass der Vermittler systematischen Missbrauch mit der Klausel betreibt und diese gegenüber ihren Kunden wie die Vereinbarung einer Pauschale durchzusetzen sucht, da der geltend gemachte Betrag dem in der Klausel als Maximalbetrag genannten Betrag von € 169,50 entspricht. Ein solcher Missbrauch verstößt gegen § 3 UWG. Überdies sind die Vorschriften zum Schutz des Verbrauchers beim Abschluss von Darlehensvermittlungsverträgen (§§ 655a ff BGB) geschützte Vorschriften im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG.