



infobrief 21/08

Mittwoch, 30. Juli 2008

CR

- Seit 1995 - **Ein Service des iff für die Verbraucherzentralen und den VZBV** - Seit 1995 -
Infobriefe im Internet: <http://news.iff-hh.de/index.php?id=2599>

Stichwörter

Abschlussgebühr, Bausparkassen, Darlehensantrag, Nobbe

A Sachverhalt

Mit dem Abschluss eines Bausparvertrages verlangen nahezu alle Bausparkassen eine Abschlussgebühr zwischen 1 % und 1,6 % der Bausparsumme, die entweder mit der ersten Sparrate verrechnet oder mit der Zahlung eines Einmalbetrages bei Vertragsbeginn abgegolten wird. Das bedeutet, bei Zugrundelegung eines durchschnittlichen Vertrages über eine Bausparsumme von 30.000,- EUR beträgt die Abschlussgebühr zwischen 300,- und 480 EUR,-. Einige Bausparkassen verlangen darüber hinaus bei Zuteilung des Darlehens eine Darlehensgebühr oder Agio in Höhe von 300,- EUR. Berücksichtigt man, dass jedes Jahr mindestens drei Millionen Bausparverträge abgeschlossen werden, so ist von Gesamteinnahmen der Bausparkassen allein durch die Abschlussgebühren von etwa einer Milliarde Euro pro Jahr auszugehen.

Seit Monaten kämpft daher die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen stellvertretend für alle Verbraucherzentralen gegen die Erhebung solcher Gebühren. Zahlreiche Bausparkassen wurden bereits abgemahnt. Nach dem Scheitern einer außergerichtlichen Einigung steht nun eine Klage gegen drei der 25 deutschen Bausparkassen im Raum: gegen die Schwäbisch Hall, die LBS West und den Deutschen Ring. Mit der Ausstrahlung eines Berichts des ZDF-Magazin "Frontal21" am 27. Mai 2008 hat es die Diskussion sogar ins Fernsehen geschafft.

Die Rechtsgrundlage für die Erhebung einer solchen Gebühr ist regelmäßig in den Allgemeinen Bausparbedingungen der jeweiligen Bausparkasse zu finden. Damit geht es für den Juristen um die Frage, ob eine solche Klausel zulässig ist.

B Meinungsstand

Nach Auffassung der Verbraucherzentralen spricht gegen die Zulässigkeit solcher Abschlussgebühren vor allem der Umstand, dass Vertragsabschluss oder Bearbeitung eines Darlehensantrags regelmäßig keine Dienstleistung für den Kunden darstellen, sondern allein im Interesse der Bausparkasse erfolgen. Dies habe bereits die Entscheidung des BGH vom 13. Februar 2001 (Az: XI ZR 197/00, WM 2001, 563, [FIS Money Advice ID 22604](#)) vorgegeben. Danach können Kreditinstitute Entgelte nur für Leistungen verlangen, die auf einer „rechtsgeschäftlichen Grundlage für den einzelnen Kunden erbracht werden“. Dies sei regelmäßig nicht der Fall. Zu-

mal die Abschlussgebühr überdies oft sogar vollständig als Provision an die Vertreter der Bausparkasse fließen würde, weswegen es sich letztlich um Vertriebskosten handle, denen keine Leistungen für den Kunden gegenüber stehe.

Auch der Vorsitzende des 11. Zivilsenats des BGH ("Bankensenat"), Dr. Gerd Nobbe, teilt diese Auffassung. Er hat - möglicherweise bereits in Vorwegnahme einer bislang fehlenden höchst-richterlichen Entscheidung - in einem Aufsatz Anfang dieses Jahres vertreten, dass ein laufzeitunabhängiges Bearbeitungsentgelt von bis zu drei Prozent der Kreditsumme AGB-rechtlich unzulässig sein dürfte (vgl. WM 2008, 185, 193f.). Zur Begründung hat er darauf verwiesen, dass die Bearbeitung eines Darlehensantrages, d.h. vor allem die Prüfung der Bonität des Kreditnehmers und des Wertes der von ihm angebotenen Sicherheiten keine Dienstleistung für den Kunden darstelle, sondern allein den Vermögensinteressen der Bank diene. Die dabei anfallenden Kosten seien allgemeine Geschäftskosten. Auch die im Zuge von Kreditverhandlungen ggf. stattfindende Beratung rechtfertige die Erhebung von Bearbeitungsentgelten nicht, da zum einen nicht immer eine Beratung erfolge und zum anderen wenn diese erfolge, diese erst im Vorfeld des Kreditvertrages geschehe. Eine Berechtigung ergebe sich auch nicht aus § 492 BGB, da die Vorschrift nur eine Angabepflicht aber keine Berechtigung hinsichtlich der Bearbeitungskosten vorsehe. Etwas anderes könne sich nur für subventionierte zweckgebundene Darlehen aus öffentlichen Programmen zur Förderung wirtschaftspolitischer Ziele ergeben, da hier erhebliche Beratungs- und Kommunikationsleistungen erbracht würden und bei vorzeitiger Darlehensrückzahlung keine Vorfälligkeitsentschädigung verlangt werde.

Die Bausparkassen sind indessen der Meinung, die Zulässigkeit einer Abschlussgebühr folge bereits daraus, dass sie vom Bundeskartellamt und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) genehmigt worden sei.

C Stellungnahme

Bei Klauseln über Bankentgelte, zu denen auch die Allgemeinen Bausparbedingungen einer Bausparkasse zählen, die als Rechtsgrundlage für die Erhebung von Abschlussgebühren herangezogen werden, handelt es sich regelmäßig um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Sie sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und werden durch Aushang in den Geschäftsräumen bzw. durch Abdruck auf dem Vertragsformular regelmäßig wirksam in den Vertrag gemäß § 305 Abs. 2 BGB einbezogen. Gemäß § 307 Abs. 3 BGB sind jedoch nur solche Klauseln kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Formulärmäßige Preisabreden sind damit grundsätzlich nicht kontrollfähig. Es handelt sich dabei um Klauseln, die das Entgelt für eine vertraglich vereinbarte Leistung regeln. Etwas anders gilt indessen für so genannte Preisnebenabreden, an deren Stelle Rechtsvorschriften iSd § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB treten können.

Damit geht es vorliegend zunächst um die Frage, ob Klauseln, wonach eine Bausparkasse zur Erhebung von Abschlussgebühren berechtigt ist, eine kontrollfähige Preisnebenabrede oder eine der Inhaltskontrolle entzogene Preisabrede darstellt.

Die nach § 5 des Bausparkassengesetzes regelmäßig dem Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse zwingend zu Grunde liegenden Allgemeine Bedingungen für Bausparverträge orientieren sich

an einem Mustertext (Stand 15.05.1997). Stellvertretend für sämtliche Bausparbedingungen wird daher im nachfolgenden geprüft, ob diese Klauseln eine wirksame Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Abschluss- bzw. Darlehensgebühr ist.

Die insoweit maßgeblichen Klauseln lauten:

§ 1 Vertragsabschluss/Abschlussgebühr

(1) Die Bausparkasse bestätigt dem Bausparer unverzüglich die Annahme des Bausparantrags und den Vertragsbeginn.

(2) Mit Abschluss des Bausparvertrages wird eine Abschlussgebühr von ... vom Hundert der Bausparsumme fällig. Eingehende Zahlungen werden zunächst auf die Abschlussgebühr angerechnet. Die Abschlussgebühr wird nicht - auch nicht anteilig - zurückgezahlt oder herabgesetzt, wenn der Bausparvertrag gekündigt, die Bausparsumme ermäßigt oder nicht voll in Anspruch genommen wird.

...

§ 10 Darlehensgebühr

Mit Beginn der Darlehensauszahlung wird eine Darlehensgebühr in Höhe von ... vom Hundert des Bauspardarlehens fällig und dem Bauspardarlehen zugeschlagen (Darlehenschuld).

C.I Inhaltskontrolle

C.I.a Auslegung des § 307 BGB unter Berücksichtigung des Wortlauts: Preis- oder Preisnebenabrede?

Folgt man der vom Vorsitzenden Richter am BGH, Gerd Nobbe, vertretenen Auffassung (WM 2008, 185, 186), so sind unter Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht nur Gesetze, Verordnungen, Satzungen, sondern auch ungeschriebene allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze, Richterrecht und Rechte und Pflichten zu verstehen, die sich durch ergänzende Auslegung oder aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses ergeben.

Zu den die Unangemessenheit von Preisnebenabreden entwickelten Rechtsgrundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die offensichtlich zu den Rechtsvorschriften iSd § 307 Abs. 3 BGB zählen sollen, gehört nach seiner Auffassung die Unzulässigkeit der Bepreisung von Arbeiten und Aufwendungen, die keine Dienstleistung für den Kunden darstellen (WM 2008, 185, 187). Dieses Grundprinzip soll den Entscheidungen seines Zivilsenats zur Unzulässigkeit von Entgelten für die Nichtausführung von Daueraufträgen, Überweisungsaufträgen und Scheckanweisungen mangels Deckung, zu entnehmen sein. Zitiert werden in der diese Angabe belegenden Fußnote die Entscheidung des BGH vom 14.10.1997 (Az: XI ZR 167/96, WM 1997, 2244, [FIS Money Advice ID 21925](#)), wonach Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditkartenunternehmen, nach denen die Verwendung der Karte im Inland durch das jährliche Überlassungsentgelt abgegolten ist und für die Verwendung im Ausland eine gesonderte Vergütung berechnet wird, nicht der richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG unterliegen, sowie die Entscheidung vom 21.10.1997 (Az: XI ZR 296/96, WM 1997, 2300 =

NJW 1998, 456, [FIS Money Advice ID 21927](#)), in der der BGH festgestellt hat, dass eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach der der Kunde bei einer Lastschriftübergabe mangels hinreichender Deckung mit einem Entgelt belastet wird, gegen § 9 AGBG verstößt.

In der Urteilsbegründung der letztgenannten Entscheidung wird tatsächlich ausgeführt, dass die der Entscheidung zugrunde liegende Gebührenregelung, von deren Kontrollfähigkeit der BGH unter Verweis auf seine vorangegangene Rechtsprechung ohne weiteres ausgeht, von wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes abweicht und die Kunden entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben in unangemessener Weise benachteiligt, weil die Bank bei der den Gegenstand der Vergütungsregelung bildenden Prüfung ausreichender Deckung ausschließlich im eigenen Interesse tätig werde. Der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen könne nach allgemeinen Grundsätzen Entgelte jedoch nur für Leistungen verlangen, die er auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbringe. Jede preisregelnde Vertragsklausel, die sich nicht auf eine solche Leistung stütze, sondern die Aufwendungen für die Erfüllung eigener Verpflichtungen oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versuche, stelle deshalb eine wesentliche Abweichung von Rechtsvorschriften dar.

Fasst man diese Ausführungen - auf die hier zu entscheidende Rechtsfrage zugeschnitten - zusammen, so beinhaltet sie folglich den Rechtssatz:

Jede preisregelnde Vertragsklausel, die sich nicht auf eine Leistung stützt, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbracht werden muss, sondern die Aufwendungen für Zwecke des Verwenders auf den Kunden abzuwälzen versucht, ist unwirksam.

Geht man nun richtigerweise davon aus, dass Abschlussgebühren regelmäßig dazu dienen, die einem Bausparvertrag bzw. Darlehensantrag vorgelagerte Bonitätsprüfung und Bearbeitung des Vertragsangebots durch den Kunden abzugelten, so handelt es sich zweifelsohne bei Abschlussgebühren um Kosten, die ausschließlich im Interesse der Bausparkasse bzw. der Bank entstehen. Damit weicht eine Klausel über Abschlussgebühren von diesem Rechtssatz ab und wird damit zur kontrollfähigen Preisnebenabrede.

Zu prüfen bleibt dann allerdings noch, ob die Klausel am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB gemessen unwirksam ist. Denn eine Abweichung von Rechtsvorschriften durch eine Klausel allein rechtfertigt noch nicht die Annahme, die Klausel sei unwirksam, sondern begründet zunächst nur ihre Kontrollfähigkeit (Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 307 Rn 92). Es wird zwar von der Rechtsprechung der Eindruck erweckt, dass die Eröffnung der Inhaltskontrolle eine Vorentscheidung über die Zulässigkeit einer Klausel ist. Letztlich handelt es sich dabei aber um einen „Insichschluss“, der aus der Wechselwirkung zwischen der Feststellung einer Abweichung von Rechtsvorschriften und dem Kontrollmaßstab des § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB resultiert.

Unwirksam ist eine Klausel gemäß § 307 Abs. 1 BGB erst dann, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Die Vermutungsregelungen des § 307 Abs. 2 BGB greifen vorliegend nicht. Denn es wird weder von wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen (Nr. 1) noch ist der Vertragszweck (Nr. 2) gefährdet. Dass etwa Richterrecht zu den wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung zählt, wird man wohl kaum behaupten dürfen. Es bleibt also zu

prüfen, ob das Verlangen einer Abschlussgebühr den Bausparkassenkunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Damit aber muss überprüft werden, ob die Bepreisung der im Rahmen eines Vertragsabschluss entstehenden Aufwendungen unangemessen ist. Hier kann allein darauf abgestellt werden, dass eine gesonderte Vergütung anteiliger allgemeiner Betriebskosten grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Kunden darstellt.

Mag man die Unzulässigkeit von Abschlussgebühren bzw. von Bearbeitungsgebühren auch mit der im Rahmen der Darstellung des Meinungsstandes bereits aufgezeigten Argumentation sicher gut begründen können, dogmatisch einwandfrei ist die dargestellte Lösung nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nicht.

Zum einen fußt die Argumentation auf der Annahme, es handle sich bei einer Klausel, die zur Erhebung von Abschlussgebühren berechtigt, um eine Preisnebenabrede, weil eine Bearbeitungsgebühr gegen Richterrecht verstoße, insbesondere gegen das Verbot der Bepreisung von Arbeiten und Aufwendungen, die keine Dienstleistung für den Kunden sind. Denn mit dem Verstoß gegen Richterrecht läge eine iSd § 307 Abs. 3 BGB von Rechtsvorschriften abweichende Regelung vor. Diese Annahme aber ist bereits zweifelhaft. Zum anderen lässt die Argumentation außer Betracht, dass es für die Frage einer unangemessenen Benachteiligung nicht allein darauf ankommen kann, ob ein Entgelt für eine Leistung im eigenen oder im fremden Interesse verlangt wird.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Gleichstellung des Richterrechts das Verbot der Rechtsverweigerung zugrunde liegt. Aus diesem Verbot folgt, dass Gerichte, wenn sie bei einer Entscheidungsfindung auf Lücken in der Rechtsordnung stoßen, gezwungen sind diese selbst zu füllen, soweit es für die Entscheidung notwendig ist. Die so entstandenen Regeln bilden dann das Richterrecht. Richterrecht kann also nur insoweit unter den Begriff „Rechtsvorschriften“ fallen, soweit ihm normersetzender Charakter zukommt.

Normersetzender Charakter aber kommt allein dem Grundsatz zu, dass preisregelnde Vertragsklauseln, die sich nicht auf eine Leistung stützt, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbracht werden muss, sondern die Aufwendungen für Zwecke des Verwenders auf den Kunden abzuwälzen versucht, unwirksam sind. Vor dem Hintergrund, dass bereits mehrere Entscheidungen des BGH diese Prämisse zur Beurteilung der Unangemessenheit von Vertragsklauseln herangezogen haben, kann insoweit von einem dem Gerechtigkeitsgebot entsprechendem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz für die Fälle ausgegangen werden, in denen es an einer rechtsgeschäftlichen Grundlage fehlt.

Ein allgemeines Verbot der Bepreisung von Arbeiten und Aufwendungen, die keine Dienstleistung für den Kunden sind, lässt sich der Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen. Damit aber ist bereits zweifelhaft, ob die Erhebung einer Abschlussgebühr respektive einer Bearbeitungsgebühr überhaupt gegen ein richterrechtliches Verbot verstößt.

Anders als in den in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalten, wird ein Bearbeitungsentgelt ja gerade für die Ausführung eines Auftrages (Darlehensantrag) verlangt und nicht wie bei der Ablehnung von Daueraufträgen, Überweisungsaufträgen oder Scheckanweisungen mangels Deckung für die Nichtausführung. Die bean-

standeten Klauseln sind vom BGH vor allem deshalb als unwirksam angesehen worden, weil die Bank auch dann ein Entgelt verlangen kann, wenn der Grund für die Nichtausführung oder Rückgabe nicht dem Verantwortungsbereich des Kunden entstammt. Sie sollten daher nicht dahingehend missverstanden werden, dass die Bank auch in den Fällen in denen der Kunde die mangelnde Kontodeckung selbst zu verantworten hat, keinerlei Entgelt für eine Rückbuchung verlangen kann. In diesen Fällen verstößt der Kunde gegen seine vertraglichen Pflichten, weshalb grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch der Bank aus § 280 BGB bzw. ein Aufwendungsersatzanspruch aus § 284 BGB und § 670 BGB in Betracht kommt. Es geht also in der vorliegenden Fallkonstellation gerade nicht um ein Entgelt für die Nichtausführung eines Auftrages.

Dass ein Entgelt grundsätzlich für Aufwendungen verlangt werden kann, die im Vorfeld eines Vertragsschlusses erbracht werden, steht außer Frage. Auch das Gesetz kennt einen solchen Anspruch etwa in § 284 BGB. Wenngleich der Anspruch auf Ersatz frustrierter Aufwendungen durch den haftungsausfüllenden Tatbestand der Vorschrift eingeschränkt ist. § 284 BGB muss vor allem auch dann anwendbar sein, wenn es zu einem späteren Vertragsschluss kommt. Der Gläubiger darf schließlich im Falle eines Zustandekommens des Vertrags nicht wesentlich schlechter stehen, als wenn der Schuldner aufgrund etwa eines schuldhaften Nichtzustandekommens eines Vertrages zu einem vollständigen Ersatz der frustrierten Aufwendungen verpflichtet wäre. Auch § 670 BGB gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Aufwendungsersatz, wenn er zum Zwecke der Ausführung eines Auftrages Aufwendungen macht. Weder im Rahmen von § 670 BGB noch von § 284 BGB aber kommt es nicht darauf an, ob die Aufwendungen im Interesse des Vertragspartners erfolgt sind. Hieraus aber folgt, dass Aufwendungen bei der Ausführung eines Auftrages durchaus ersatzfähig sind.

Selbstverständlich ergibt sich kein Anspruch der Bausparkasse auf Zahlung einer Abschlussgebühr aus § 284 BGB und § 670 BGB. Da § 284 BGB ein Verschulden und § 670 BGB voraussetzt, dass der Bank tatsächlich ein Auftrag iSd § 662 BGB erteilt hat und die Aufwendungen für erforderlich halten durfte. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben. Um eine Abschlussgebühr verlangen zu können, ist daher eine vertragliche Grundlage erforderlich. Diese wird regelmäßig mit der hier in Rede stehenden Klausel geschaffen.

Damit ist keineswegs gesagt, dass eine Klausel über Abschlussgebühren zulässig wäre. Es widerlegt nur die Annahme, eine Klausel, die eine Bepreisung von Arbeiten und Aufwendungen, die keine Dienstleistung für den Kunden sind, sei verboten, als allgemeiner Rechtssatz zu gelten habe. Ein Verstoß gegen bestehendes Richterrecht liegt folglich nach der hier vertretenen Auffassung nicht vor. Dass möglicherweise ein entsprechender Rechtssatz noch geschaffen wird, kann für die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Frage derzeit keine Rolle spielen. Problematisch dürfte die Gegenauffassung überdies auch deswegen sein, weil damit einmal mehr die Rechtschaffung von der Legislative auf die Judikative verlagert wird.

C.I.b Normzweckorientierte Auslegung des § 307 BGB: marktkonforme Klausel?

Die vorangegangene Diskussion zeigt, dass die Unterscheidung von Preisabrede und Preisnebenabrede als alleiniger Anhaltspunkt für die Frage, ob die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eröffnet ist, wie auch Nobbe in seinem im Februar diesen Jahres veröffentlichter Aufsatz feststellt (WM 2008, 185, 186), nicht abschließend gelten kann, zumal der Gesetzgeber diese Begriffe überhaupt nicht verwendet.

Dass der Preis einer Leistung nicht der Inhaltskontrolle unterworfen sein kann, folgt bereits aus dem Grundsatz der Privatautonomie. Dieser umfasst auch das Recht der Parteien, den Preis für eine Ware oder eine Dienstleistung frei bestimmen zu können. **Preisvereinbarungen für Haupt- und Nebenleistungen stellen deshalb im nicht preisregulierten Markt weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen daher grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle.** Es fehlt an einer gesetzlichen Regelung, die an Stelle einer eine Leistung vergütende Preisregelung treten könnte, sodass auch nach dem Wortlaut des § 307 Abs. 3 BGB eine Inhaltskontrolle ausscheidet.

Ob eine Tätigkeit auch eine (vertragliche) Leistung im Rechtssinne darstellt, kann nicht vom Verwender bestimmt werden (BGH Urteil vom 18.05.1999, Az: XI ZR 219/98, NJW 1999, 2276, [FIS Money Advice ID 22515](#)). Würde es sich folglich bei der Abschlussgebühr um ein Entgelt für eine Tätigkeit handeln, die keine Leistung der Bank darstellt, würde es sich auch nicht um eine Preisvereinbarung handeln, da der nach der Klausel zu zahlende Betrag keine Leistungsvergütung und damit kein Entgelt darstellen würde, dessen Regelung der Inhaltskontrolle entzogen wäre. Wann eine kontrollfreie Leistungsvereinbarung vorliegt, lässt sich allein anhand des Wortlauts des § 307 BGB jedoch nicht bestimmen.

Entscheidend für die Frage der Kontrollfähigkeit muss neben dem Wortlaut der Vorschrift folglich der Normzweck sein. Die Vorschrift dient in erster Linie dazu das in der Regel bei einem Vertragsschluss zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer bestehende Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke auszugleichen. Ein solches Bedürfnis besteht dann nicht, wenn der Markt selbst regulierend wirkt. Das bedeutet, dass Klauseln die die Hauptleistungspflicht betreffen regelmäßig der Inhaltskontrolle entzogen sind, da insoweit ein angemessener Interessenausgleich gewährleistet ist. Denn das Äquivalenzverhältnis zwischen Haupt- und ihrer Gegenleistung wird durch die Konkurrenz am Markt gewahrt. Soweit also Vertragsbedingungen dem Wettbewerb ausgesetzt sind, kann von einem Interessenausgleich ausgegangen werden. Solche Preisabreden bleiben damit der Inhaltskontrolle entzogen (Ulmer/Brandner/Hensen-Fuchs, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 307 Rn 85).

Etwas anders muss hingegen für solche Klauseln gelten, die Vertragsbedingungen enthalten, die nicht dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Dies gilt etwa für solche preisregelnden Klauseln, mit denen Leistungen des Verwenders abgegolten werden sollen, die typischerweise entweder im Vorfeld des Vertrages oder im Rahmen seiner Durchführung erbracht werden und nicht als eigenständige Leistung aus Sicht des Verbrauchers angesehen werden. Sie werden regelmäßig in die Abschlussentscheidung des Kunden nicht einbezogen und stören damit das Verhandlungsgleichgewicht. In diesen Fällen stellt die Rechtsprechung entweder darauf ab, dass allge-

meine Betriebskosten oder Aufwendung, die in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht entstehen, auf den Kunden abgewälzt werden und behauptet die Unwirksamkeit einer entsprechenden Entgeltklausel bereits aus diesem Grund (vgl. etwa die Rechtsprechung zu Entgeltklauseln für die Bearbeitung von Freistellungsaufträgen: BGH Urteil vom 15.7.1997, Az: XI ZR 269/96, NJW 1997, 2752, [FIS Money Advice ID: 21651](#) und Urteil vom 15.07.1997, Az: XI ZR 279/96, [FIS Money Advice ID: 21658](#)).

Tatsächlich aber geht es in diesen Fällen jeweils um Entgeltklauseln für Leistungen, für die es keinen eigenständigen Markt gibt und die deswegen hinsichtlich des Entgelts auch keinem Wettbewerb unterliegen. Hierzu zählen auch die im Vorfeld eines Vertragsschlusses von der Bank vorgenommenen Leistungen, wie etwa die Prüfung des Vertragsantrages durch den Verbraucher. Es handelt sich folglich bei allen Tätigkeiten der Bank, die typischerweise im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vertrages stehen, nicht um eigenständige Leistungen der Bank, sondern um solche der Hauptleistung „anhängende“ Leistungen. Wird hierfür ein gesondertes Entgelt verlangt, so greift der Markt nicht selbstregulierend ein, sodass ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke insoweit zu bejahen ist. Der Schutzzweck des § 307 BGB wäre damit folglich für Klauseln, die zur Erhebung einer Abschlussgebühr berechtigen, betroffen.

Soweit die Eröffnung der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB bejaht wird, bleibt zu prüfen, ob die Erhebung einer Abschlussgebühr eine unangemessene Benachteiligung beinhaltet. Die Vermutungsregelungen des § 307 Abs. 2 BGB dürften vorliegend nicht eingreifen. Es kommt daher darauf an, ob eine **umfassende Interessenabwägung** ergibt, dass die Benachteiligung gerechtfertigt ist. Zu prüfen ist folglich, ob die die Abwälzung der Vertragschlusskosten auf den Verbraucher angesichts dieser Interessenlage im Allgemeinen eine billige Regelung darstellt oder ob sie das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zu Lasten des Vertragsgegners in treuwidriger Weise verschiebt. Leitlinien sind hierbei das Interesse der Bank an der Übertragung der ihm Rahmen der Prüfung eines Darlehensantrages entstehenden Kosten und der Interessen des Kunden nicht an den der Bank ohnehin entstehenden allgemeinen Betriebskosten beteiligt zu werden. Es geht folglich erst bei der Prüfung der Unangemessenheit einer Klausel maßgeblichen Interessenabwägung und nicht schon bei der Frage der Eröffnung der Inhaltskontrolle um die Frage, ob es sich bei den Abschlusskosten um allgemeine Betriebskosten oder um im Einzelfall entstehende Kosten handelt. Mit der Abschlussgebühr soll eine Tätigkeit im Vorfeld des Vertrages abgegolten werden, also noch bevor die AGB in den Vertrag einbezogen werden konnten. Es wird folglich rückwirkend eine verschuldens- und verursachungsunabhängige (Zahlungs-) Leistungspflicht für eine bereits erbrachte Tätigkeit vereinbart. Eben diese Tätigkeit erbringt die Bank gegenüber denjenigen Kunden, deren Darlehensanträge abgelehnt werden, kostenfrei. Insoweit besteht weder aus § 280 BGB noch aus § 680 BGB ein entsprechender Ersatzanspruch (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 08.02.2001, Az: 7 U 2238/00, VuR 2001, 250, [FIS Money Advice ID: 23365](#)).

Damit aber handelt es sich bei der Abschlussgebühr um allgemeine Betriebskosten, die nicht auf dem Verbraucher abgewälzt werden dürfen. Eine Klausel, die zur Erhebung von Abschlussgebühren berechtigt, stellt damit eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers dar.

C.II Verstoß gegen das Transparenzgebot

Soweit man eine Klausel, die zur Erhebung einer Abschlussgebühr berechtigt, nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB als unterworfen ansehen möchte, bleibt noch eine Prüfung anhand des Transparenzgebots. Dies folgt aus § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB. Danach sind Bestimmungen, die nicht von Rechtsvorschriften abweichen, gleichwohl unwirksam, wenn die Bestimmung nicht klar und verständlich ist und aus diesem Grund gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung darstellt. Eine Verschleierung des angebotenen Produkts stellt immer einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, wenn die in dem Vertrag enthaltenen Entgeltabreden die tatsächlichen Kosten einzelner Leistungen für den Kunden verschleiern. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn wie bei Bausparverträgen, neben einer gesonderten Abschlussgebühr für den Bausparvertrag, noch eine Abschlussgebühr für den später abzuschließenden Darlehensvertrag verlangt wird.

D Fazit

1. Klauseln in Bausparverträgen, die eine Bearbeitungsgebühr vorsehen, sind **unwirksam**.
2. Ein allgemeines Verbot der Bepreisung von Arbeiten und Aufwendungen, die keine Dienstleistung für den Kunden sind, lässt sich - entgegen Nobbe - der Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen. Preisvereinbarungen für Haupt- und Nebenleistungen stellen im nicht preisregulierten Markt daher weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar und unterliegen daher grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle.
3. Trotzdem ist für eine Klausel in Bauspar- bzw. Darlehensverträgen, die zur Erhebung einer Abschlussgebühr berechtigt, die **Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB eröffnet**. Denn die Prüfung eines Darlehensantrages stellt eine typischerweise im Vorfeld des Vertrages erbrachte Tätigkeit dar, die nicht als eigenständige Leistung aus Sicht des Verbrauchers angesehen werden kann. Sie ist demzufolge nicht dem Konditionenwettbewerb ausgesetzt, sodass insoweit ein Ungleichgewicht in der Verhandlungsstärke besteht. Dies rechtfertigt, die Annahme, dass es nicht um eine kontrollfreie Vergütungsregelung einer Leistung handelt.
4. Eine solche Klausel verstößt danach auch gegen das in § 307 Abs. 1 BGB verankerte Verbot einer **unangemessenen Benachteiligung**, da allgemeine Betriebskosten der Bausparkasse auf den Verbraucher abgewälzt werden. Ferner verstößt die Klausel **gegen das Transparenzgebot**, da durch die Zinspflicht, mit der ebenfalls Abschlusskosten mit vergütet werden und die weitere Abschlussgebühr für den Abschluss des Darlehensvertrages, die tatsächlich dem Verbraucher entstehenden Abschlusskosten sich kumulieren und damit verschleiert werden. Eine entsprechende Gebührenklausel in den einem Bausparvertrag zugrunde liegenden Bausparkassenbedingungen ist damit gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam und wird nicht Vertragsbestandteil, sodass es an einer Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Abschlussgebühr fehlt.