

infobrief 25/2012

Mittwoch, 24. Oktober 2012

CF

- 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

Immobilienkredite, vorzeitige Darlehensablösung, Pauschales Bearbeitungsentgelt

1 Sachverhalt

Bei vorzeitiger Kündigung von Immobiliendarlehen verlangen Banken regelmäßig auf der Grundlage ihrer AGB ein pauschales Entgelt von bis zu 400 € für die Bearbeitung der vorzeitigen Darlehensauflösung (Bearbeitungskostenpauschale). Die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg hat insgesamt 116 Beschwerden aus dem Jahr 2011 hierzu ausgewertet und festgestellt, dass durchschnittlich 148,95 € von Banken verlangt werden. Dabei schwankte die Höhe des verlangten Bearbeitungsentgelts zwischen null und 350 € (VZ Baden-Württemberg, Pressemitteilung vom 15.02.2012). In einem Ombudsmannverfahren gegen die Bausparkasse Schwäbisch Hall AG hatte die Bausparkasse die bei der Schätzung der Höhe des Verwaltungsaufwandes zugrundeliegenden Parameter detailliert beschrieben. Neben den Kosten für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung, sollen mit der Bearbeitungspauschale EDV-Kosten, Druck-, Kopier-, Porto- und Versandkosten aber vor allem auch allgemeine Verwaltungskosten, die etwa für die Kundenkorrespondenz und Überwachung des Geldeingangs anfallen, abgegolten werden. Für diesen Aufwand hat sie einen Betrag i.H.v. 180 € ermittelt. Zu der Frage, ob in einer Pauschale alle diese Positionen einbezogen werden können, hat der BGH bislang keine Stellung genommen, sondern lediglich festgestellt, dass der Aufwand für die Bearbeitung einer vorzeitigen Darlehensablösung ersatzfähig ist (BGH, Urt. v. 07.11.2000, Az.: XI ZR 27/00, NJW 2001, 509).

2 Stellungnahme

2.1 Gesetzlicher Anspruch auf Ersatz der Berechnungskosten?

Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es **keine gesetzliche Vorschrift**, die dem Kreditnehmer einen Anspruch auf Ersatz der Bearbeitungskosten bei vorzeitiger Darlehensablösung einräumt. § 490 Abs. 2 S. 3 BGB kann nicht Anspruchsgrundlage für einen Erstattungsanspruch sein, weil die Bearbeitungskosten nicht Teil der geschuldeten Vorfälligkeitsentschädigung sind.

2.1.1 Schadensersatzanspruch

Der Wortlaut von § 490 Abs. 2 S. 3 BGB könnte dafür sprechen, dass es sich bei dieser Vorschrift um einen Schadensersatzanspruch handelt (so Knops, in: Derleder/Knops/Bamberger § 14 Rn. 16 und 23; OLG Hamm, Urt. v. 06.12.2004, Az.: 5 U 146/04, WM 2005, 1265). Der Umfang von Schadensersatzansprüchen richtet sich unabhängig von der Anspruchsgrundlage nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff BGB. Erfasst sind gemäß § 249 Abs. 1 BGB alle Kosten, die zur Wiederherstellung des Zustandes erforderlichen sind, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ersatzfähig sind damit nicht nur die unmittelbaren Wiederherstellungskosten (Vermögensschaden z.B. „Zinsverlust“), sondern auch mittelbaren Kosten (Vermögensfolgeschäden z.B. „Gutachterkosten“), soweit sie dem Schädiger zuzurechnen sind und erforderlich waren.

Für die Erstattungsfähigkeit der Bearbeitungskosten könnte die Gesetzesbegründung zu § 502 BGB sprechen. § 502 BGB ist zwar gemäß § 503 Abs. 1 BGB nicht auf Immobilienkredite anwendbar. Aus der Gesetzesbegründung folgt aber, dass § 502 BGB dem § 490 Abs. 2 BGB geregelten Anspruch auf Vorfälligkeitsentschädigung nachempfunden ist (BT-Drucks. 16/11642 vom 21.01.2009, S. 86). In der Gesetzesbegründung zu § 502 BGB heißt es, dass von der Vorfälligkeitsentschädigung auch die Bearbeitungsgebühren, die dem Darlehensgeber durch die vorzeitige Rückzahlung entstehen, abgedeckt sind. Dies sei vorrangig mit den Begriffen „unmittelbar mit der Rückzahlung zusammenhängenden Kosten“ und „Verluste“ in Artikel 16 der Verbraucherkreditrichtlinie gemeint. Die Verbraucherkreditrichtlinie selbst gebe keine Antwort auf die Frage, welche Kosten genau von dem Anspruch umfasst sind.

Das ist aber nicht richtig. In der Begründung des EG-Gesetzgebers zur Verbraucherkreditrichtlinie allerdings findet sich der Hinweis, dass der Kreditgeber eine - angemessene - Vergütung für die vorzeitige Rückzahlung zur Deckung der Kosten und des Verlusts seiner Investition verlangen kann. Weiterhin heißt es: „Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten für eine Wiederanlage von Kapital auf den internationalen Kapitalmärkten lässt sich heutzutage eine derartige Vergütung tatsächlich kaum noch rechtfertigen“ (KOM(2002) 443endg. vom 11.09.2002, S. 23). Zudem weist der EG-Gesetzgeber darauf hin, dass mehrere Mitgliedstaaten den Anspruch auf eine Vergütung nur eingeschränkt oder gar nicht zulassen. In Irland, den Niederlanden, Belgien, Luxemburg und Großbritannien etwa sehen die Regelungen Einschränkungen hinsichtlich der Berechnung und/oder Höhe der Vergütung vor. In Frankreich ist eine Vergütung verboten. Dies spricht dafür, dass nach der Begründung des EG-Gesetzgebers allenfalls für den Aufwand der Wiederanlage eine Entschädigung verlangt werden können soll, nicht aber für die Bearbeitung der Darlehensablösung.

Diese Auslegung korrespondiert auch mit der deutschen Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit von Schadensfeststellungs- und -abwicklungskosten. Bei den **Berechnungskosten handelt es sich um Kosten der Schadensermittlung** (bzw. Schadensfeststellung). Die Kosten für die Korrespondenz und sonstige mit der Darlehensablösung verbundene Verwaltungsaufgaben sind Kosten der Schadensabwicklung.

Anerkannt ist die Erstattungsfähigkeit von Schadensermittlungskosten z.B. im Gewährleistungsrecht. Kosten eines Privatgutachtens zur Mängelfeststellung sind als Mangelfolgeschaden ersatzfähig, soweit das Gutachten zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlich

/...3

lich und zweckmäßig war. Es kommt darauf an, ob ein verständig und wirtschaftlich denkender Geschädigter nach seinen Erkenntnissen und Möglichkeiten die Einschaltung eines Sachverständigen für geboten erachten durfte. Soweit ein Sachverständiger eingeschaltet wird, ergibt sich die Erstattungsfähigkeit von Schadensermittlungskosten also aus der mangelnden Sachkunde des Geschädigten und seinem Beweissicherungsinteresse.

Auch das Versicherungsrecht kennt die Erstattungsfähigkeit von Schadensermittlungskosten. Gemäß § 85 Abs. 1 VVG hat der Versicherer dem Versicherungsnehmer die Kosten, die durch die Ermittlung und Feststellung des von ihm zu ersetzenden Schadens entstehen, insoweit zu erstatten, als ihre Aufwendung den Umständen nach geboten war. Anerkannt sind auch hier im Wesentlichen Gutachterkosten, da die Feststellung des Schadensumfangs dem Geschädigten oftmals nicht ohne weiteres möglich ist.

Will man hieraus eine Regel ableiten, so sind Kosten Dritter, die im Rahmen der Schadensermittlung entstehen, deswegen erstattungsfähig, weil der Anspruchsteller gerade nicht in der Lage ist, die Schadensermittlung selbst durchzuführen. Die Bearbeitungskosten, die eine Bank für die Darlehensablösung geltend macht, entstehen hingegen nicht deswegen, weil die Schadensermittlung für die Bank nicht möglich ist, denn sie führt ja gerade insbesondere die Berechnung selbst durch.

Die Kosten der eigenen Arbeitsleistung aber hat auch die Rechtsprechung bisher für nicht ersatzfähig gehalten. **Den Zeitaufwand durch die außergerichtliche Tätigkeit zur Wahrung eigener Entschädigungsansprüche kann ein Geschädigter regelmäßig nicht ersetzt verlangen** (vgl. BGH, Urt. v. 06.11.1979, Az.: VI ZR 254/77, NJW 1980, 119). Aus diesem Grund ist dieser Aufwand nicht in den Katalog erstattungsfähiger Rechtsverfolgungskosten in § 91 ZPO aufgenommen worden. Diese Regelung ist aber Ausdruck eines auch für das Schadensrecht geltenden Prinzips (vgl. BGH, Urt. v. 06.11.1979, Az.: VI ZR 254/77, NJW 1980, 119).

Aber auch soweit Dritte zur Schadensabwicklung eingeschaltet würden, wären die Kosten der Schadensbearbeitung nicht ersatzfähig. Für Inkassokosten hat der BGH z.B. entschieden, dass diese, soweit es um die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs (nicht eines Primäranspruchs) geht, als Folgekosten anzusehen sind, die dem Schädiger eben nicht zuzurechnen sind (BGH, Urt. v. 05.06. 2009, Az.: V ZR 144/08, NJW 2009, 2530). Die Beauftragung eines Inkassounternehmens diene in diesem Fall nicht der Schadensbeseitigung oder Schadensverhütung, die den Schädiger unter bestimmten Umständen nicht entlastet, sondern ausschließlich der Bearbeitung und außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs. Solche Aufwendungen könne der Geschädigte vom Schädiger regelmäßig nicht ersetzt verlangen.

2.1.2 Aufwendungsersatzanspruch

Die Kündigung gegen Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung gemäß § 490 Abs. 2 BGB ist nach der hier vertretenen Auffassung als **besonders geregelten Fall einer Vertragsanpassung** anzusehen (so auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 14/6040 vom 14.05.2011, S. 254). Denn anders als bei den allgemeinen schuldrechtlichen Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 280 ff. BGB knüpft die Vorschrift nicht an eine Pflichtverletzung an. Der Kreditneh-

/...4

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Prof. Dr. M. Dürkop-Leptihn; Prof. Dr. Udo Reifner | Geschäftsführender Direktor: Dr. Achim Tiffe

Rödingsmarkt 31/33
20459 Hamburg

Fon +49(0)40 30 96 91-0
Fax +49(0)40 30 96 91-22

www.iff-hamburg.de
info@iff-hamburg.de

HaSpa, BLZ 200 505 50
Kto.-Nr.: 1238 122921
UST-IdNr.: DE 118713543

IBAN: DE62 2005 0550 1238 1229 21
BIC/SWIFT: HASPDEHHXXX
Amtsgericht Hamburg: VR 13836

mer ist bei Vorliegen eines berechtigten Interesses zur Kündigung berechtigt. Kündigt er, so kann darin keine Pflichtverletzung gesehen werden. Durch die Kündigung wird nur der vertraglich vereinbarte Erfüllungszeitpunkt vorverlegt. Dies ist der Anknüpfungspunkt für den Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung. Bei diesem Verständnis aber kann § 490 Abs. 2 S. 3 BGB nur einen Ausgleich geben für die durch die vorzeitige Rückzahlung (nicht die Kündigung) entstandenen Nachteile. Die Kosten für die Bearbeitung können also nur (freiwillige) Aufwendungen sein, die von § 490 Abs. 2 S. 3 BGB gerade nicht erfasst sind (Vorfälligkeits-„entschädigung“).

Zudem sind Aufwendungen nur dann ersatzfähig, wenn die Voraussetzungen der § 670 iVm § 675 BGB erfüllt sind. Nicht zu den ersatzfähigen Aufwendungen gehören eigene Arbeitsleistungen, die der Beauftragte zur Ausführung des Auftrages aufwendet; Personalkosten etwa sind nicht ersatzfähig (Palandt-Sprau, 71. Aufl. 2012, § 670 Rn. 3). Auch im Schadensersatzrecht gibt es keine Regelung, die einen Aufwendungsersatzanspruch neben einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung anerkennt. § 284 BGB gibt ausdrücklich nur einen Anspruch auf Ersatz im Vertrauen auf die Vertragserfüllung vergeblich erbrachten Aufwendungen anstelle des Schadensersatzanspruchs.

Die Bearbeitungskosten, die einer Bank bei der vorzeitigen Darlehensablösung entstehen, sind daher Folgekosten, die dem Darlehensnehmer nicht zuzurechnen sind, denn er handelt nicht pflichtwidrig, sondern im Rahmen seiner gesetzlichen Möglichkeiten. Er ist zur Kündigung gemäß § 490 Abs. 2 BGB berechtigt. Zudem handelt es sich bei den Bearbeitungskosten teilweise um Kosten für Vorsorgeaufwendungen, wie etwa die EDV-Kosten. Allgemeine Kosten für Vorbeugemaßnahmen (z. B. Einbruchssicherungen, Überwachungsmaßnahmen, Detektive in Kaufhäusern) können aber nach ständiger Rechtsprechung nicht auf den konkreten Schädiger übergewälzt werden. Sie sollen nicht vor einem bestimmten schädigenden Ereignis schützen und wurden nicht durch das konkrete schädigende Ereignis verursacht.

2.2 Vertraglicher Ersatzanspruch auf der Grundlage der AGB

Als Anspruchsgrundlage für einen Erstattungsanspruch kommt nur eine vertragliche Vereinbarung in Betracht. Soweit sie über die Einbeziehung von AGB in den Vertrag erfolgt, unterliegt die Klausel der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB, da es sich um eine § 490 Abs. 2 BGB ergänzende Regelung handelt. Auch Entgeltregelungen unterfallen der Inhaltskontrolle, wenn der Verwender durch die Bestimmung allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt. Dies ist hier der Fall.

Folgt man der Auffassung, dass es sich bei § 490 Abs. 2 S. 3 BGB um einen Schadensersatzanspruch handelt, kommt als Prüfungsmaßstab § 309 Nr. 5 BGB (Pauschalisierung von Schadensersatzansprüchen) in Betracht. Folgt man der hier favorisierten Auffassung und sieht in der Vorfälligkeitsentschädigung einen modifizierten Erfüllungsanspruch, so unterliegt die Klausel der Kontrolle gemäß § 308 Nr. 7 BGB, die Klauseln über die Abwicklung von Verträgen erfasst.

/...5

2.2.1 branchenübliche Berechnungskosten als Prüfungsmaßstab (§ 309 Nr. 5a BGB)

Gemäß § 309 Nr. 5a BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz dann unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Es geht damit bei der Wirksamkeitsprüfung einer Entgeltklausel für die Bearbeitung einer vorzeitigen Darlehensablösung um die Frage, ob die Pauschale, die in dem jeweiligen Preis- und Leistungsverzeichnis enthalten ist, der Höhe nach die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten übersteigt. Zu prüfen ist daher, was branchenüblich ist.

Der BGH hat klargestellt, dass sich bei einer gerichtlichen Überprüfung diese Kosten nicht exakt beziffern lassen und daher gemäß § 287 ZPO zu schätzen seien. Das OLG Schleswig hat in seinem Urteil vom 09.01.1998 (Az.: 5 U 124/95, WM 1998, 861, 865) für den Aufwand einen Betrag iHv 400 DM (204,52 €) geschätzt. Das OLG Frankfurt hält sogar Kosten zwischen 250 und 400 € für üblich. Bruchner/Krepold gehen davon aus, dass ein pauschales Bearbeitungsentgelt bis zu 400 € infolge der inzwischen gestiegenen Verwaltungsaufwendungen der Banken, insbesondere für Personal- und aufwändige EDV-Programme in der Praxis angemessen ist (in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 3. Aufl. 2007, § 79, Rn. 126). Der BGH hatte in einem Verfahren schon 1997 die Kostenhöhe von 500 DM (ca. 255 €) unbeanstandet gelassen (BGH, Urt. v. 01.07.1997, Az.: XI ZR 197/96, NJW 1997, 2875). In dem Ombudsmannverfahren gegen die Bausparkasse Schwäbisch Hall AG ist die Bausparkasse zu dem Ergebnis gekommen, dass der interne Aufwand ca. 180 € beträgt, während sie lediglich 175 € von ihren Kunden verlangt. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 07.11.2000 (Az.: XI ZR 27/00, NJW 2001, 509) 150 € für angemessen gehalten. Dieser Betrag liege – so das Gericht – noch unter der von der Rechtsprechung bisher nicht beanstandeten Höhe der Bearbeitungskosten zwischen 250 - 400 €.

Die Verbraucherzentralen und Stiftung Warentest verlangen dagegen 60 € allerdings allein für die Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung. Das von der VZ Baden-Württemberg ermittelte durchschnittlich verlangte Bearbeitungsentgelt beträgt ca. 150 €. Im Ergebnis wird man wohl festhalten müssen, dass sofern man § 309 Nr. 5 BGB als Prüfungsmaßstab wählt, eine Klausel noch zulässig ist, die ein Berechnungsentgelt iHv 200 € vorsieht, denn branchenüblich ist wohl auch noch ein geringfügig über dem Durchschnitt liegendes Berechnungsentgelt.

2.2.2 Angemessenheit der Aufwandspauschale als Prüfungsmaßstab (§ 308 Nr. 7b BGB)

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem Ersatzanspruch um einen Aufwendungsersatzanspruch der Kreditinstitute. Grundsätzlich ist die Pauschalisierung eines Aufwendungsersatzanspruchs in AGB zulässig. Dies folgt aus einem Umkehrschluss zu § 308 Nr. 7b BGB. Danach ist eine Bestimmung, nach der der Verwender für den Fall, dass die Vertragspartei den Vertrag kündigt, nur in AGB unwirksam, wenn ein unangemessen hoher Ersatz von Aufwendungen verlangt wird. Ausgangspunkt ist der Betrag, der nach dem Gesetz geschuldet ist. Dabei ist nicht auf die besonderen Umstände des Einzelfalls, sondern auf die typische Sachlage abzustellen (Palandt-Grünberg, 71. Aufl. 2012, § 308 Rn. 39f.). Eine Pauschalisierung

/...6

institut für finanzdienstleistungen e.V. (iff) | Vorstand: Prof. Dr. M. Dürkop-Leptihn; Prof. Dr. Udo Reifner | Geschäftsführender Direktor: Dr. Achim Tiffe

Rödingsmarkt 31/33
20459 Hamburg

Fon +49(0)40 30 96 91-0
Fax +49(0)40 30 96 91-22

www.iff-hamburg.de
info@iff-hamburg.de

HaSpa, BLZ 200 505 50
Kto.-Nr.: 1238 122921
USt-IdNr.: DE 118713543

IBAN: DE62 2005 0550 1238 1229 21
BIC/SWIFT: HASPDEHHXXX
Amtsgericht Hamburg: VR 13836

zung eines Aufwendungsersatzanspruchs des Verwenders ist im Falle der Kündigung eines Vertrages daher nicht zwingend unwirksam. Die Höhe der Pauschale darf jedoch die im typischen Anwendungsfall entstehenden, erforderlichen vertragsbedingten Aufwendungen des Verwenders nicht überschreiten und muss auch die Vorteile, namentlich die ersparten Auslagen, angemessen in Rechnung stellen und dem Vertragspartner den Gegenbeweis eröffnen, dass geringere Aufwendungen entstanden sind (Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 308 Nr. 7 BGB Rn. 19 m.w.N.). Bei der Frage, welche Aufwendungen als ersatzfähig in die Pauschale einbezogen werden können, gehen Grund und Höhe untrennbar ineinander über. Als unzulässig angesehen wurden zumindest Klauseln, mit denen die Bank die gesamten Rechtsverfolgungskosten auf den Darlehensnehmer umlegt (OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 08.04.1993, Az.: 26 U 110/92, NJW-RR 1993, 879 = WM 1993, 1920).

Angemessen wäre daher wohl ein Ersatzanspruch für die Bearbeitung abzüglich der Kosten, die auch bei vertragsgemäßer Darlehensablösung am Laufzeitende entstehen würden. Porto- und Versandkosten sowie die auch bei Vertragsdurchführung entstehenden Kosten der Korrespondenz etwa dürften nicht in die Pauschale einbezogen werden, da sie auch bei vertragsgemäßer Vertragsabwicklung entstehen würden. Allein die Kosten der Berechnungsleistung selbst entstehen zusätzlich und können als Pauschale geltend gemacht werden, sofern sie die typischerweise anfallenden Kosten für die Berechnung einer Vorfälligkeitsentschädigung nicht überschreiten. Wenn aber schon Stiftung Warentest und die Verbraucherzentralen als institutsfremde Organisationen nur 60 € für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung verlangen, dürften die typischerweise tatsächlich entstehenden Kosten diesen Betrag nur geringfügig überschreiten. Zulässig wäre daher jedenfalls eine Bearbeitungspauschale bis zu 60 €.

Ob darüber hinaus noch Bearbeitungskosten in die Pauschale einbezogen werden können, hängt davon ab, ob typischerweise allein infolge der Kündigung diese Kosten entstehen oder ob sie auch bei Beendigung des Vertrages nach Laufzeitende bzw. bei ordentlicher Kündigung des Darlehensvertrages entstanden wären. Dies erscheint zweifelhaft, kann aber wohl nicht abschließend beurteilt werden. Die bei schwierigen Fällen typischerweise anfallenden Kosten jedenfalls dürfen in die Berechnung der Pauschale nicht einbezogen werden, da sie in einem „einfachen“ Fall typischerweise nicht angefallen wären.

Sollte sich ergeben, dass das in den AGB verlangte Bearbeitungsentgelt nach diesen Grundsätzen unangemessen ist, so liegt ein Verstoß gegen § 308 Nr. 7b BGB vor und die Klausel ist unwirksam. Sofern in diesem Fall ein Gericht entgegen der hier vertretenen Auffassung einen Anspruch auf Ersatz der „Aufwendungen“ gemäß § 490 Abs. 2 S. 3 BGB bejaht, darf der Anspruch der Höhe nach das in den AGB vorgesehene Entgelt nicht übersteigen. Ausnahmsweise hat die Rechtsprechung entschieden, dass sich der Verwender nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen darf, wenn die Pauschale im Einzelfall für den Kunden günstiger ist (siehe Nachweise bei Palandt-Grünberg, 71. Aufl. 2012, § 308 Rn. 41).

2.2.3 Nachweismöglichkeit eines geringeren Schadens (§ 309 Nr. 5b BGB)

Unabhängig davon, ob eine Bearbeitungspauschale als Schadensersatz- oder Aufwandspauschale qualifiziert wird, ist gemäß bzw. in analoger Anwendung von § 309 Nr. 5b BGB die Ver-

/...7

einbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders unwirksam, wenn dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden bzw. Aufwand sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale (die entsprechende Anwendung von § 309 Nr. 5b BGB im Rahmen der Prüfung nach § 308 Nr. 7 BGB ist allgemein anerkannt, vgl. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 308 Nr. 7 BGB Rn. 4 m.w.N.) Soweit eine Nachweismöglichkeit in einer Bearbeitungsentgeltklausel fehlt, ist von einem Verstoß gegen § 309 Nr. 5b) BGB auszugehen (LG Frankfurt, Urt. v. 26.01.2012, Az.: 2-21 O 324/11, n.rkr). Vorsicht ist aber bei dieser Argumentation zur Begründung der Unwirksamkeit geboten, denn nach bisheriger Rechtsprechung, die in § 490 Abs. 2 S. 3 BGB einen Schadensersatzanspruch sieht, kann die Bank nunmehr ihren konkreten Aufwand berechnen bzw. das Gericht darf dann nach § 287 ZPO den Aufwand schätzen.

Wurde eine Nachweismöglichkeit eingeräumt, könnte allerdings der Kreditnehmer die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung durch eine andere günstigere Institution veranlassen und die Differenz zu den Berechnungskosten der Bank verlangen. Werden mehrere Darlehensverträge gleichzeitig abgelöst dürfte ein solcher Nachweis ebenfalls gelingen. Das OLG Schleswig hat in seinem Urteil vom 09.01.1998 (Az.: 5 U 124/95, WM 1998, 861, 865) ausgeführt, dass sofern zwei Darlehensverträge gleich Konditionen aufweisen und ihre Abwicklung einheitlich erfolge, für die Bemessung des Bearbeitungsentgelts von einem einheitlichen Darlehensvertrag auszugehen ist.

2.3 Sonderfall: Fehlendes berechtigtes Interesse bei Ablösung

Lässt sich die Bank ungeachtet eines berechtigten Interesses auf die vorzeitige Vertragsbeendigung ein, wird die verlangte Vorfälligkeitsentschädigung nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft, da es sich in diesem Fall um eine Zusatzvereinbarung zu einer Vertragsaufhebungsvereinbarung und nicht um eine Schadenspauschale handelt. Soweit hier ein höheres Entgelt für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung vereinbart wurde, ist hier **die Grenze der Höhe § 138 BGB**. Es handelt sich in diesem Fall nicht um einen Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruch, sondern um die Vereinbarung eines Entgelts für die Bereitschaft zur Vertragsaufhebung (Fuchs, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, Teil 2 Nr. 10, Rn. 18 m.w.N.).

3 Fazit

- Grundsätzlich ist ein pauschales Bearbeitungsentgelt bei vorzeitiger Darlehensablösung in AGB zulässig, wenn es in einem **genau bezifferten Betrag** ausgedrückt ist.
- Soweit Klauseln nicht die **Nachweismöglichkeit eines geringeren Schadens** einräumen, liegt ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5b BGB vor.
- Wurde eine Nachweismöglichkeit eingeräumt, kann der Kreditnehmer die Berechnung durch eine günstigere Institution veranlassen und die Kosten zumindest anteilig zurück verlangen.
- Ist eine Klausel unwirksam oder fehlt eine Entgeltklausel, so wurde nach bisheriger Rechtsprechung ein Erstattungsanspruch dennoch bejaht und das Bearbeitungsentgelt gemäß § 287 ZPO vom Gericht auf bis zu 400 € geschätzt.

/...8

- Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es keinen gesetzlichen Anspruch auf Erstattung der Bearbeitungskosten, da **Schadensermittlungskosten**, die infolge eigener Arbeitsleistung entstehen, nicht ersatzfähig sind.
- Ein pauschales Bearbeitungsentgelt kann nur verlangt werden, wenn dies vereinbart ist.
- Soweit man darin eine Schadenspauschale sehen möchte, wäre ein Betrag i.H.v. 150 € noch zulässig.
- Folgt man der hier vertretenen Auffassung, so handelt es sich um eine Aufwendungs-
pauschale, die nur angemessen ist, wenn sie **nicht deutlich über 60 € liegt**.