

Gericht: BGH 11. Zivilsenat
Urteil vom 29.05.1990
Aktenzeichen: XI ZR 231/89

Disagio in Darlehensvertrag: Auslegung, Inhaltskontrolle; Rückzahlungsanspruch bei vorzeitiger Vertragsbeendigung, insbesondere Kündigung nach altem Recht

Zusammenfassung

1. Bei vorzeitiger Beendigung eines Darlehensvertrags, insbesondere aufgrund einer Kündigung nach BGB § 247 aF, kann der Darlehensnehmer im Regelfall anteilige Erstattung eines vereinbarten Disagios verlangen, auch wenn der Darlehensvertrag keine ausdrückliche Regelung enthält. Eine AGB-Klausel der Kreditbank, die einen Erstattungsanspruch generell ausschließt, ist unwirksam.

Sachverhalt

Die beklagte Bank gewährte dem Kläger am 30. September 1982 ein Darlehen von 1.000.000 DM mit einer Zinsfestschreibung auf 10 Jahre. Der Auszahlungskurs betrug 91%, der Nominalzins 7,5%, die jährliche Tilgung 2%. Am 27. Februar 1985 erhielt der Kläger von der Beklagten ein weiteres Darlehen von 510.000 DM. Bei einer Zinsfestschreibung auf 5 Jahre betrug der Auszahlungskurs 98%, der Nominalzins 7,5%, die jährliche Tilgung 1%. Der zweite Darlehensvertrag enthielt die Formularbestimmung: "Bei einem vereinbarten Disagio handelt es sich um Kapitalbeschaffungskosten, die bei einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens nicht zurückverlangt werden können".

Ende April/Anfang Mai 1987 kam es zwischen den Parteien zu Verhandlungen, bei übrigen sind Verhandlungsverlauf und -ergebnis streitig: Der Kläger behauptet, er habe die Kündigung der laufenden Darlehensverträge erklärt, der Vertreter der Beklagten habe die Kündigung angenommen, ohne auf Einhaltung einer Kündigungsfrist zu bestehen; zur Ablösung der Restschuld seien zwei neue Darlehensverträge mit günstigeren Bedingungen geschlossen worden. Die Beklagte behauptet dagegen, es sei - ohne Kündigung - nur eine Konditionenänderung vereinbart worden. Unstreitig unterzeichneten die Parteien am 5./11. Mai 1987 unter den bisherigen Darlehenskontonummern zwei neue Vertragsformulare über Darlehen von 1.000.000 DM und 499.104,92 DM; der Auszahlungskurs betrug 100%, der Nominalzins 6,5%.

Mit seiner Klage hat der Kläger 54.608 DM als anteilige Rückzahlung des in den beiden Ursprungsverträgen vereinbarten Auszahlungsverlustes verlangt, weil das Disagio eine verschleierte Zinszahlung darstelle. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Danach hat der Kläger die Darlehensverträge mit Schreiben vom 16. Dezember 1987 gemäß § 247 BGB a.F. zum 30. Juni 1988 gekündigt und am 14. Juli 1988 die von der Beklagten berechnete Restschuld bezahlt, jedoch weiter Rückzahlung des anteiligen Disagios verlangt. Seine Berufung gegen die Klageabweisung ist vom OLG zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Verurteilung der Beklagten gemäß dem Klageantrag.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Klageabweisung ausgeführt: Der Klageanspruch auf anteilige Erstattung der Auszahlungsverluste finde in § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative BGB keine Grundlage. Rechtsgrund der Leistung des Klägers seien die Darlehensvereinbarungen von 1982 und 1985. Die damals geschlossenen Verträge seien im Mai 1987 nicht durch Kündigung beendet, sondern nur modifiziert worden. Im Übrigen habe es sich bei den Auszahlungsverlusten ohnehin nicht um laufzeitabhängige Leistungen gehandelt, sondern um laufzeitunabhängige Kapitalbeschaffungskosten, die bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens nicht zurückverlangt werden könnten. Das ergebe sich beim Darlehensvertrag vom 27. Februar 1985 schon aus seinem Wortlaut. Beim Vertrag vom 30. September 1982 führe dessen Auslegung zum gleichen Ergebnis: Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem vereinbarten Disagio in Wirklichkeit um laufzeitabhängige Zinsen handeln sollen. Dagegen spreche, dass der Vertrag keine sonstigen Nebenkosten ausweise. Der Kläger habe den vollen Darlehensnennbetrag zurückzahlen sollen, eine Ermäßigung für den Fall vorzeitiger Kündigung sei nicht vorgesehen. Auch der Höhe nach liege ein Disagio von 9% noch im Bereich des Üblichen. Der Kläger habe nach seinem eigenen Vorbringen bei Vertragsschluss zwischen verschiedenen Vertragsgestaltungen wählen können. Er sei offensichtlich wegen der steuerlichen Abzugsmöglichkeiten oder der geringeren laufenden Belastung daran interessiert gewesen, das Disagio den einmaligen Nebenkosten zuzuordnen.

II.

1. Zu Recht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, bei den vereinbarten Auszahlungsverlusten handele es sich um laufzeitunabhängige Nebenkosten, die der Beklagten als Darlehensgeberin selbst bei vorzeitiger Beendigung des Vertragsverhältnisses verbleiben müssten.

a) Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung auf die frühere Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (Urteile BGHZ 81, 124 und vom 2. Juli 1981 - III ZR 17/80 = NJW 1981, 2181; vgl. ferner Urteile vom 21. Februar 1985 - III ZR 207/83 = WM 1985, 686, 687 zu II 2 b und vom 12. Dezember 1985 - III ZR 184/84 = WM 1986, 156, 157 zu 4 b bb).

Danach lässt sich ein Disagio nicht generell den (laufzeitunabhängigen) Darlehensnebenkosten oder den (laufzeitabhängigen) Zinsen zuordnen; es liegt vielmehr im Ermessen der Parteien, wie sie im Rahmen der Vertragsgestaltungsfreiheit das Disagio einstufen und die rechtliche Behandlung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung regeln wollen; im Wege der Auslegung ist ihr Wille im Einzelfall zu erforschen (BGHZ 81, 126f.).

Dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden; insoweit folgt auch der erkennende Senat der bisherigen Rechtsprechung.

b) Nicht zu billigen ist dagegen eine Vertragsauslegung, nach der ein Disagio im Regelfall dem Darlehensgeber unabhängig von Laufzeit und Durchführung des Vertrags endgültig verbleiben soll, wenn die Vereinbarungen keine ausdrückliche Rückzahlungsregelung für den Fall vorzeitiger Vertragsbeendigung enthalten und das Disagio der Höhe nach die - bei etwa 10% anzusetzende (vgl. Littmann/Wolff-Diepenbrock Einkommensteuerrecht 14. Aufl. § 9 EStG Rdn. 200 Stichwort: Damnum Anm. 5) - Grenze des Marktüblichen nicht überschreitet.

Eine solche Auslegungsregel wird den wirtschaftlichen Gegebenheiten und den Interessen der Beteiligten, insbesondere des Darlehensnehmers, nicht gerecht.

aa) Funktion und Rechtsqualität des Disagios haben sich in den letzten Jahrzehnten wesentlich verändert. Während ein Disagio früher in aller Regel der Abgeltung der mit der Kreditbeschaffung und -gewährung zusammenhängenden Aufwendungen diente und somit die laufzeitunabhängigen Kosten des Darlehensgebers zu decken hatte, ist es heute weitgehend zu einem integralen Bestandteil der - laufzeitabhängigen - Zinskalkulation geworden (so schon Prass BB 1981, 1058, 1060, 1063). Bereits in der Grundsatzentscheidung BGHZ 81, 124, bei der es um ein Anfang 1974 gewährtes Darlehen ging, hat der III. Zivilsenat ausgeführt, Disagio und Zinsen stünden häufig in einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis; die Banken ließen dem Kunden vielfach die Wahl, ob er ein Darlehen mit demselben Nennbetrag entweder mit einem geringeren Disagio, aber höheren Zins oder mit einem höheren Disagio, aber niedrigeren Zins aufnehmen wolle; bei einer Festschreibung der Darlehenskonditionen, insbesondere der Zinsen, erhöhe sich im allgemeinen das Disagio mit der Länge der Festschreibungsperiode, unter diesen Umständen seien Zins und Disagio im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend austauschbar. In der Folgezeit hat sich diese Entwicklung noch verstärkt und gefestigt (vgl. die Konditionenaufstellung bei Prass aaO S. 1059/1060; ferner Brosch DB 1984, 1696). Die Deutsche Bundesbank hat deswegen seit Juni 1982 ihre Zinsstatistik für Hypothekarkredite verändert; sie berechnet jetzt den Effektivzinssatz aus den beiden Komponenten Nominalzinssatz und Auszahlungskurs und berücksichtigt dabei den Zinsfestschreibungszeitraum, auf den sich das Disagio bezieht und nach dessen Ablauf es als "verbraucht" gelten soll (Monatsbericht Januar 1983 S. 24). Darauf hat bereits der III. Zivilsenat in seinem Urteil vom 1. Juni 1989 (III ZR 219/87 = ZIP 1989, 903, 904) hingewiesen und in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob nicht Anlass zu einer grundsätzlichen zivilrechtlichen Neubewertung des Disagios gegeben sei. Ohne diese Frage abschließend zu beantworten, hat der III. Zivilsenat in dem damals zu entscheidenden Fall eines Anfang 1982 für 2 Jahre gewährten Darlehens das Disagio von 5,75% als laufzeitabhängigen Teil des Entgelts gewertet, das vom Darlehensnehmer für die Kapitalnutzung während der vereinbarten Vertragsdauer im Voraus zu entrichten gewesen sei, das aber dem Darlehensgeber bei vorzeitigem Vertragsende - ebenso wie eine Zinsvorauszahlung - nur anteilig verbleiben könne.

Nach Auffassung des erkennenden Senats darf die Tatsache, dass das Disagio seine Funktion als Abgeltung des einmaligen Verwaltungsaufwandes bei der Kreditbeschaffung und -gewährung weitgehend verloren hat und in der Bankpraxis nur noch als Rechenfaktor für die Zinsbemessung während des Zinsfestschreibungszeitraums dient, bei der Vertragsauslegung in keinem Fall unberücksichtigt bleiben, sondern muss im Zweifel dazu führen, dass das Disagio als laufzeitabhängiger Ausgleich für

einen niedrigeren Nominalzins anzusehen ist und daher bei vorzeitiger Vertragsbeendigung vom Darlehensnehmer gemäß § 812 BGB anteilig zurückverlangt werden kann.

bb) Der pauschale Hinweis - auch des Berufungsgerichts -, der Darlehensnehmer selbst könne im Hinblick auf die Ermäßigung der laufenden Belastung oder die steuerlichen Abzugsmöglichkeiten durchaus daran interessiert sein, das Disagio den einmaligen Nebenkosten zuzuordnen, rechtfertigt keine abweichende Vertragsauslegung. Auch ein laufzeitabhängiges Disagio führt nämlich zu einer niedrigeren laufenden Zinsbelastung. Die einkommensteuerrechtliche Behandlung des Disagios erfolgt ohnehin unabhängig von seiner privatrechtlichen Einordnung (Hopt/ Mühlert Kreditrecht § 608 BGB Rdn. 11). Im Übrigen ist die Rechtsnatur des Disagios für die Frage des einkommensteuermindernden Abzugs - als Werbungskosten oder heute als Sonderausgaben (vgl. W. Weber WuB I E 4.-6.89) - ohne wesentliche Bedeutung; der Charakter des Disagios als laufzeitabhängiges Entgelt muss keinen Einfluss auf die Abziehbarkeit und den Zeitpunkt seiner Berücksichtigung haben (Littmann/Wolff-Diepenbrock aaO Anm. 3). Auch wenn man das Disagio als zinsähnliche Vergütung für die Kapitalnutzung ansieht, ist es im Zeitpunkt der Darlehensauszahlung abzugsfähig, wenn es dabei vom Darlehensgeber vereinbarungsgemäß einbehalten wird (BFHE 84, 399, 401-403; 129, 344, 345/346; vgl. ferner BFH, Urteil vom 13. Oktober 1987 - VIII R 156/84 = DB 1988, 478, 481; Littmann/Wolff-Diepenbrock aaO Anm. 5; Brosch DB 1984, 1696, 1698 zu IV 2).

Bewertungsrechtlich kann es allerdings für die kreditgewährende Bank von Bedeutung sein, ob ein einbehaltenes Disagio als laufzeitabhängiger Zins oder laufzeitunabhängige Nebenkosten zu beurteilen ist (vgl. BFH, Urteil vom 8. November 1989 - II R 29/86 = DB 1990, 668; dazu Brosch DB 1990, 652). Wenn die Wahl unter den angebotenen unterschiedlichen Kombinationen von Disagio und Nominalzins dem Kunden überlassen bleibt und allein durch dessen Interessen bestimmt wird, scheidet jedoch eine nur das Kreditinstitut betreffende bewertungsrechtliche Besonderheit als geeignetes Auslegungskriterium für die so zustande gekommene vertragliche Vereinbarung aus.

cc) Ohne Einfluss auf die Vertragsauslegung bleibt es auch, wenn das Bankformular, in das ein individuell zu vereinbarenden Auszahlungskurs einzutragen ist, eine gedruckte Klausel enthält, bei dem vereinbarten Disagio handele es sich um Kapitalbeschaffungskosten, die bei einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens nicht zurückverlangt werden könnten. In Fällen, in denen das vereinbarte Disagio die der Bank bereits bei der Darlehensgewährung entstehenden laufzeitunabhängigen Kosten erheblich übersteigt, würde der Darlehensnehmer durch diese Klausel entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 9 Abs. 1 AGBG). Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob und wie weit durch Individualvereinbarung Ansprüche des Darlehensnehmers auf anteilige Erstattung eines laufzeitabhängigen Disagios bei vorzeitiger Vertragsbeendigung ausgeschlossen werden können. Ein schützenswertes Interesse der Bank, eine solche Regelung durch AGB generell zu treffen, ist jedenfalls nicht anzuerkennen. Eine solche Regelung würde auch - wie eine Vorfälligkeitsentschädigung (BGHZ 79, 163, 165f.) - als verbotene Beschränkung des Kündigungsrechts nach § 247 BGB a.F. wirken. Soweit im Urteil BGHZ 81, 124, 129 eine gegenteilige Auffassung vertreten worden ist, kann daran nicht festgehalten werden, wenn das Disagio sich als laufzeitabhängiges Kapitalnutzungsentgelt darstellt. Eine AGB-Klausel, die ihrem Wortlaut nach ausnahmslos Geltung auch für

solche Fälle beansprucht, hält der Inhaltskontrolle nicht stand. Sie ist insgesamt unwirksam; ihre Einschränkung auf Fälle, in denen das Disagio durch die der Bank entstehenden Einmalkosten noch zu rechtfertigen wäre, würde gegen das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen (vgl. H. Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Gesetz 6. Aufl. § 6 Rdn. 14 m.w.Nachw.).

c) Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus folgendes:

aa) Der im ersten Darlehensvertrag vom 30. September 1982 vereinbarte Auszahlungsverlust von 9% lässt sich mit dem einmaligen Aufwand der Beklagten bei der Darlehensgewährung nicht rechtfertigen. Ein Disagio in dieser Höhe muss als laufzeitabhängiges Entgelt dafür angesehen werden, dass die Beklagte dem Kläger das Darlehen vereinbarungsgemäß für 10 Jahre zu einem Nominalzinssatz überließ, der mit 7,5% erheblich unter dem damals marktüblichen Effektivzins bei voller Auszahlung lag.

Dabei ist das gesamte Disagio einheitlich zu behandeln, selbst wenn es zu einem geringeren Teil auch der Abdeckung des einmaligen Aufwandes dienen sollte. Eine laufzeitunabhängige Vergütung muss als solche im Vertrag gesondert ausgewiesen sein (Canaris Bankvertragsrecht 2. Aufl. Rdn. 1345). Da das hier nicht geschehen ist, muss sich die Beklagte hinsichtlich des Disagios ebenso behandeln lassen wie eine Bank, die bei 100%iger Auszahlung ihren einmaligen Verwaltungsaufwand voll durch die laufzeitabhängigen Zinsen mit abdeckt; sie hat dem Kreditnehmer bei vorzeitiger Vertragsbeendigung den nicht verbrauchten Teil vorausgezahlter Zinsen zu erstatten und kann nicht verlangen, vorab einen auf die Einmalkosten entfallenden Zinsanteil behalten zu dürfen (Canaris aaO). Die gegenteilige Auffassung, die eine unterschiedliche Behandlung des auf den einmaligen Verwaltungsaufwand entfallenden Sockelbetrags und des übrigen Disagios fordert (Hopt/Mülbert aaO § 608 Rdn. 9 a.E. m.w. Nachw.), ist abzulehnen.

bb) Für die Einordnung des bei der zweiten Darlehensgewährung am 27. Februar 1985 vereinbarten Disagios kommt es auf die in das damalige Vertragsformular aufgenommene AGB-Klausel nicht an; sie ist - wie oben zu b) cc) ausgeführt - unwirksam. Allerdings hält sich das hier nur 2% betragende Disagio der Höhe nach noch im Rahmen dessen, was Banken, wenn sie ihre einmaligen Nebenkosten ausweisen, üblicherweise - etwa als Bearbeitungsgebühren - verlangen (vgl. W. Weber WuB I E 4.-6.89 S. 1114/1115: 2%; Hopt/Mülbert aaO Rdn. 9 a.E.: 2%-3%). Das Vertragsformular der Beklagten sah die Vereinbarung einer einmaligen Bearbeitungsgebühr ausdrücklich vor; es ist jedoch insoweit unausgefüllt geblieben. Mangels eindeutiger Ausweisung ist das Disagio daher auch beim zweiten Darlehensvertrag als laufzeitabhängiges Entgelt anzusehen und davon auszugehen, dass die Bank ihren einmaligen Verwaltungsaufwand durch die Zinsen abdecken wollte.

Eine andere Vertragsauslegung mag unter besonderen Umständen möglich sein, etwa dann, wenn eine Bank in ihrem Konditionenangebot eine Darlehensauszahlung zu 100% gar nicht vorsieht, sondern stets ein Disagio verlangt. Das kann dafür sprechen, dass sie den Mindestdisagiobetrag in ihrem Angebot als Abgeltung ihres einmaligen Verwaltungsaufwandes verstanden wissen will. Hier hat jedoch die Beklagte für eine solche Gestaltung ihrer Vertragskonditionen nichts vorgetragen.

2. Eine anteilige Erstattung des vereinbarten Disagios scheitert auch nicht daran, dass das Berufungsgericht eine vorzeitige Beendigung der Ursprungsverträge durch Kündigungserklärung des Klägers gemäß § 247 BGB a.F. verneint hat und davon ausgegangen ist, die Parteien hätten diese Verträge Anfang Mai 1987 durch ihre Einigung über eine niedrigere Zinsfestschreibung nur modifiziert.

Auf die dagegen erhobenen Verfahrensrügen der Revision kommt es nicht an. Ob der Klageanspruch begründet ist, hängt nicht vom streitigen Wortlaut der Erklärungen ab, die 1987 bei den Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Beklagtenvertreter abgegeben worden sind.

Auch nach ihrem eigenen Vorbringen hat die Beklagte den Kläger damals mit Rücksicht auf dessen Kündigungsrecht nach § 247 BGB a.F. nicht an den ursprünglichen Zinsvereinbarungen festgehalten, sondern mit ihm eine neue Vereinbarung entsprechend den veränderten Marktverhältnissen getroffen. Dabei entsprach der neue Nominalzins von 6,5% unstreitig dem Zinssatz, zu dem der Kläger auch bei einer anderen Bank ein neues Darlehen ohne Disagio erhalten hätte. Bei der neuen Vereinbarung blieb also das Disagio unberücksichtigt, das der Beklagten bei den Darlehensauszahlungen 1982 und 1985 durch Verrechnung zugeflossen war; der Kläger hat in der Folgezeit den vollen Nennbetrag verzinst und inzwischen auch zurückgezahlt. Das der Beklagten 1982 und 1985 zugeflossene Disagio sollte nach den damaligen Vereinbarungen die Gegenleistung des Klägers für eine Ermäßigung des Nominalzinses während der jeweils vorgesehenen Festschreibungszeit darstellen. Bei der neuen Zinsvereinbarung vom Mai 1987 blieb dieses Disagio unberücksichtigt, weil die Beklagte davon ausging, es stehe ihr auch bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung voll zu. Diese Auffassung ist, wie oben zu II 1 ausgeführt, unzutreffend. Der Kläger hat daher einen Anspruch aus § 812 BGB auf anteilige Rückerstattung des Disagios, dessen Rechtsgrund, die Vereinbarung über die Ermäßigung des bei voller Auszahlung zu zahlenden Nominalzinses, nur bis zum Mai 1987 bestanden hat, danach aber aufgrund der vorzeitigen Beendigung der alten Zinskonditionen weggefallen ist.

Der Kläger hat im Mai 1987 auch nicht auf seinen Bereicherungsanspruch verzichtet. Voraussetzung eines konkludenten Erlassvertrags wäre die Feststellung eines entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willens. Dafür fehlt jeder Anhalt. Auch die Beklagte konnte nicht davon ausgehen, dass der Kläger ihr bei den damaligen Verhandlungen im Bewusstsein eines entsprechenden Anspruchs die Bereicherungsschuld erlassen wollte.

3. Gegen die der Klage zugrundeliegende Berechnung der anteiligen Rückvergütung hat die Beklagte Einwendungen nicht erhoben. Der Klage war daher in voller Höhe stattzugeben. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286 BGB.