

|  | Seite |
|--|-------|
| Lutz-Peter Gollnisch<br>Verbraucherrechte bei der Versorgung mit Trinkwasser .....   | 205   |
| Barbara Grunewald<br>Was sind Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 BGB? .....  | 229   |
| Jürgen Gündisch<br>Sprache und Stil der europäischen Rechtsetzung<br>zum Verbraucherschutz .....   | 239   |
| Ulrich Haas/Michael Schulze<br>Urteilsvertretendes Anerkenntnis und Verjährung .....   | 253   |
| Mathias Habersack<br>Die Bürgschaft für eine nachrangige Forderung .....   | 273   |
| Hans-Jürgen Hellwig<br>Zum Normenscreening des anwaltlichen Berufsrechts .....   | 289   |
| Martin Henssler<br>Konsequenzen verfassungswidriger Berufsrechtsnormen.<br>Zur Befugnis einer Rechtsanwaltskammer zur Zulassung<br>einer Rechtsanwalts-GmbH & Co. KG ..... | 311   |
| Thomas Hoeren<br>Die Abschlussgebühr in der AGB-rechtlichen Kontrolle .....  | 331   |
| Norbert Horn<br>Anlegerschutz und neues Schuldverschreibungsrecht .....  | 353   |
| Andreas Kappus<br>Strategische Individualabreden. Grenzgänge im AGB-Recht<br>am Beispiel von Wohnungsübergabeprotokollen, Zusatzabreden<br>und Geschäftsanweisungen .....  | 369   |
| Detlef Kleindiek<br>Die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen die<br>Geschäftsführer in der GmbH mit Aufsichtsrat .....  | 387   |
| Achim Krämer<br>Verhaltener Anspruch und Verjährung .....  | 401   |
| Gerhart Kreft<br>Gedanken zum Girokonto für jedermann .....  | 415   |
| Richard Kreindler<br>Rechtsschutz für ausländische Direktinvestitionen im Energiesektor:<br>Neue Möglichkeiten in der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit .....             | 433   |
| Thomas Krümmel<br>Flüchtige Begegnung mit einem Totgeglaubten – Verbraucher und<br>Vernunft in der Rechtssprache der EU .....  | 441   |

Thomas Hoeren

## Die Abschlussgebühr in der AGB-rechtlichen Kontrolle

### Inhaltsübersicht

- |   |  |
|---|--|
| <p>I. Allgemeine Vorüberlegungen</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Anlass</li> <li>2. Privatautonomie und „Consideration“</li> <li>3. Der Begriff der Abschlussgebühr</li> </ol> <p>II. Zur Abgrenzung des Bausparens vom Kreditgeschäft</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Geschichtliche Wurzeln</li> <li>2. Das Kollektiv</li> <li>3. Zinsbindung und Kollektiv</li> <li>4. Der Solidargedanke in der Rechtsordnung</li> <li>5. Parallelen in anderen Bereichen</li> <li>6. Abschlussgebühr in der Rechtsprechung</li> <li>7. Ergebnis</li> </ol> | <p>III. Keine Kontrollfähigkeit der Gebührenregelung</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Keine Preisnebenabrede</li> <li>2. Teilentgelt im Rahmen einer bei Abschluss fälligen Gesamtvergütung</li> <li>3. Keine Eigeninteressen</li> <li>4. Rechtspflicht zur Angabe der Abschlussgebühr</li> <li>5. Keine Risikoverlagerung</li> <li>6. Parallele: Versicherung</li> <li>7. Genehmigung durch die BaFin</li> </ol> <p>IV. Wirksamkeit der Klausel bei Inhaltskontrolle</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Keine Vertragszweckgefährdung</li> <li>2. Parallele: Versicherung</li> </ol> <p>V. Transparenz</p> <p>VI. Zusammenfassung</p> |
|---|--|

### I. Allgemeine Vorüberlegungen

#### 1. Anlass

Graf von Westphalen hat sich in seinem enormen wissenschaftlichen und forensischen Schaffen zentral mit Fragen des AGB-Rechts und seiner Anwendung in verschiedenen Wirtschaftszweigen beschäftigt und hier die Landschaft nachhaltig verändert. Wie sollte man einen solch potenten und genialen Pionier anders würdigen als mit einem Beitrag zu einer aktuellen AGB-rechtlichen Streitfrage: der Erhebung der Abschlussgebühr bei Abschluss eines Bausparvertrages. Derzeit laufen mehrere Abmahnverfahren der Verbraucherzentrale NRW gegen Bausparkassen zu dieser Frage; es liegen auch erste Gerichtsurteile vor<sup>1</sup>. Anlass der Streitigkeiten war eigentümlicherweise ein Vortrag, den der damalige Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof Gerd Nöbbe am 26.11.2007 bei der WM-Tagung Bankrecht gehalten und anschließend in der Zeitschrift WM veröffentlicht hat<sup>2</sup>. In diesem Vortrag beschäftigt sich

<sup>1</sup> So etwa LG Heilbronn, WM 2009, 603, bestätigt durch OLG Stuttgart, Urteil v. 3.12.2009 – 2 U 30/09, sowie LG Hamburg, WM 2009, 1315 und LG Dortmund, Urteil v. 15.5.2009 – 8 O 319/08, BeckRS 2009 18346, die die Klagen der Verbraucherschutzzentrale Nordrhein-Westfalen in dieser Frage als unbegründet abwiesen.

<sup>2</sup> WM 2008, 185 ff.

Nobbe mit der Zulässigkeit von Bankentgelten und kommt im Rahmen dieses Vortrags bei der Darstellung verschiedener Entgeltklauseln in wenigen Zeilen auch auf Bausparverträge zu sprechen<sup>3</sup>. Wegen der späteren Bedeutung dieser kurzen Passage sei diese ausnahmsweise vollständig zitiert:

„Was in der Praxis existiert sind so genannte „Abschlussgebühren“ von meistens 1 % der Summe bei Bausparverträgen. Ein solches Abschlussentgelt ist AGB-rechtlich unzulässig. Der Vertragsabschluss als solcher und die Eröffnung des Bausparkontos sind keine Dienstleistungen für den Kunden. Das wird deutlich, wenn die so genannte „Abschlussgebühr“ – wie üblich – ganz oder zum Teil als Provision an die Bausparkassenvertreter fließt. Es handelt sich also um Vertriebskosten.“

## 2. Privatautonomie und „Consideration“

Bekanntermaßen geht das deutsche Recht vom Grundsatz der Privatautonomie aus, der auch verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 im Grundgesetz seine Verankerung gefunden hat. Aus der Privatautonomie ist vertragsrechtlich das Prinzip der Gestaltungsfreiheit abgeleitet, das es ermöglicht, schuldrechtliche Verträge frei zu gestalten. Insofern hat das deutsche Recht überhaupt kein Problem damit, dass jemand eine Zahlungspflicht einführt, der keine Gegenleistung gegenübersteht. Gerade dies gilt als einer der entscheidenden Unterschiede des deutschen zum anglo-amerikanischen Recht. Wo das deutsche Rechtsverständnis die erklärte Willensübereinstimmung der Vertragsparteien zur hinreichenden Grundlage der Bindungswirkungen von Vereinbarungen macht, sieht das Common Law zusätzlich vor, dass auch eine jeweilige Leistung der Vertragsparteien im Vertrag vorgesehen sein muss, um die andere Partei zu binden. Diese so genannte Consideration ist immer noch elementarer Bestandteil des anglo-amerikanischen Vertragsrechts, was sich z.B. daran bemerkbar macht, dass nach dem Verständnis des Common Law ein Anspruch eines Dritten aus einem Vertrag zu seinen Gunsten undenkbar ist, weil der Dritte keine Consideration geleistet hat<sup>4</sup>.

Nach § 307 Abs. 3 BGB sind nur solche allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Durch § 307 Abs. 3 BGB soll verhindert werden, dass künftig aufgrund der §§ 307 ff. BGB eine „Preiskontrolle“ stattfindet<sup>5</sup>. Preisvereinbarungen sind grundsätzlich nicht kontrollfähig; dahinter verbirgt sich der alte römisch-rechtliche Grundsatz „iudex non calculat“. Auch wenn die Rechtsprechung über die Qualifizierung von Preisabreden als Preisnebenabreden und unter Einbeziehung des Transparenzgebotes teilweise doch eine Kontrolle von Preisbestimmungen vornimmt, handelt es sich um einen Ausnahmefall auch im AGB-rechtlichen Sinne. Vom Grundsatz her ist eine AGB-Kontrolle von Preisbestimmungen weder vom Gesetzgeber gewollt noch wünschenswert. Denn ansonsten würde Rechtsprechung in den Bereich des Wett-

3 WM 2008, 185, 193.

4 S. dazu Hay, Einführung in das Amerikanische Recht, 4. Aufl. 1995, S. 77 f.; Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 2. Aufl. 2004, S. 28 ff.

5 So ausdrücklich BT-Drucks. 7/3919, S. 22.

bewerbs und des Marktes eingreifen; grundsätzlich fehlen in der Rechtsprechung auch Maßstäbe zur Bestimmung eines „gerechten Preises“<sup>6</sup>.

Kontrollfrei sollen solche vertraglichen Regelungen bleiben, die an der markt-orientierten, privatautonomen Entscheidung des Vertragspartners teilnehmen<sup>7</sup>. Insofern sind Hauptabreden, über die sich die Vertragsparteien stets Gedanken machen müssen und deren Inhalt über den Markt festgelegt wird, regelmäßig der Inhaltskontrolle entzogen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach AGB, die den Leistungsinhalt festlegen oder das für die Leistung zu zahlende Entgelt bestimmen, grundsätzlich gemäß § 307 Abs. 3 BGB von der Anwendung der §§ 307–309 BGB ausgenommen werden müssen und sollen<sup>8</sup>. Insofern geht auch die Rechtsprechung von der Produkt- und Preisgestaltungsfreiheit von Unternehmen, zur Wahrung der marktwirtschaftlichen Prinzipien und im Hinblick auf den fehlenden rechtlichen Kontrollmaßstab, aus<sup>9</sup>.

Die Rechtsordnung geht insofern im Regelfall von der Kontrollfreiheit der Preisgestaltung aus und greift schon aus verfassungsrechtlichen Gründen<sup>10</sup> nicht in die synallagmatische Vertragsbeziehung im Hinblick auf Leistungen und Preise ein. Die von der neueren Rechtsprechung entwickelten Ansätze einer AGB-rechtlich motivierten Preiskontrolle sind demgegenüber eine Ausnahmeerscheinung, die entsprechend restriktiv und mit besonderer Vorsicht zu handhaben ist.

## 3. Der Begriff der Abschlussgebühr

Der Begriff der Abschlussgebühr ist mindestens seit dem Zweiten Weltkrieg gängig und von der Rechtsprechung auch als solche akzeptiert. Abschlussgebühren waren schon in der Gründerzeit der deutschen Bausparkassen üblich<sup>11</sup>. So findet er sich schon im frühen Urteil des Bundesfinanzhofs wieder<sup>12</sup>. Auch in der bausparkassenrechtlichen Literatur findet sich der Begriff früh<sup>13</sup>. Die ältere Literatur sah Abschlussgebühren als Gegenleistung für den Spar- und Darlehensvertrag an<sup>14</sup>. So sah man steuerlich die Abschlussgebühr als Kreditaufwand des Bausparers, der die Effektivverzinsung des Kredites

6 BAG, BAGE 115, 372 ff. = NZA 2006, 324 ff.; dazu auch Preis, in: Festschrift für Richardi, 2007, S. 339, 345; Tschöpe, DB 2002, 1830 ff.

7 Coester-Waltjen in Staudinger, 2006, § 307 BGB Rz. 324; Stoffels, JZ 2001, 843, 848.

8 BGHZ 116, 117; BGHZ 124, 254, 256 = NJW 1992, 688 ff.; Niebling, WM 1992, 854 ff.

9 Bunte in Schimansky/Bunte/Lwowsky, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 5 Rz. 52.

10 Offen gelassen sei die Frage, ob eine richterliche Unwirksamklärung von Abschlussgebührenklauseln nicht wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsrechtlich problematisch wäre.

11 Lehmann, Die Bausparkassen, 2. Aufl. 1963, S. 17.

12 BFH, WM 1957, 887 ff.; BFH, NJW 1959, 1799 ff.; BFH, BB 1959, 1237 ff.

13 S. etwa Lehmann/Schäfer, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, Bonn 1973, S. 46.

14 List, BB 1988, 1003 ff.

erhöhe und insofern die Bedeutung eines Aufgeldes für das spätere Bauspardarlehen habe<sup>15</sup>.

## II. Zur Abgrenzung des Bausparens vom Kreditgeschäft

Die Verbraucherzentrale wendet sich mit ihren Klagen gegen die Erhebung einer Abschlussgebühr in Höhe von 1 % der Bausparsumme. Unter der Abschlussgebühr versteht die Verbraucherzentrale eine Gebühr, die den Aufwand abdeckt, der der Bausparkasse im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss entstehe. Der Vertragsabschluss und die Eröffnung eines entsprechenden Bausparkontos erfolge im ureigenen Interesse der Bausparkasse, nicht jedoch im Auftrag oder im Interesse des Kunden.

Zur rechtlichen Rechtfertigung wird weiter auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.2.2001 – XI ZR 197/00 sowie auf den eingangs bereits erwähnten Aufsatz von Nobbe, WM 2008, 185 ff. verwiesen. Die Abschlussgebühr sei vornehmlich dafür bestimmt, die Provisionsaufwendungen, die die Bausparkasse gegenüber dem vermittelnden Handelsvertreter im Außendienst aufzuwenden habe, zu kompensieren. Insofern handele es sich um Vertriebskosten, welche die Bausparkasse in ihrem eigenen Interesse aufwende, um neue Kunden zu gewinnen.

Der Argumentation der Verbraucherzentrale liegt ebenso wie der von Nobbe ein Missverständnis zugrunde, was die Gleichstellung von Bausparkassen mit dem allgemeinen System der Kreditvergabe angeht.

### 1. Geschichtliche Wurzeln

Dazu muss man zunächst einmal den Blick auf die geschichtlichen Wurzeln des Bausparens legen. Das Bausparwesen beruht schon von seiner Wurzel her auf gemeinnützigen Spargesellschaften auf Gegenseitigkeit. Dies zeigt schon die erste Gründung einer solchen Bausparkasse in Deutschland im Jahre 1885 durch den Pastor von Bodelschwingh in Bielefeld als „Bausparkasse für jedermann“. Nur dieser genossenschaftlichen Konstruktion von Bausparkassen war es möglich, große Geldreserven wohnungswirtschaftlich zu binden und den nach dem Zweiten Weltkrieg notwendigen Wiederaufbau zu forcieren. Insofern wird auch als besonderes Element des Bausparens das Prinzip der Hilfe zur Selbsthilfe angesehen, der den Staat auch veranlasst, Bausparen staatlicherseits zu fördern<sup>16</sup>.

### 2. Das Kollektiv

Wichtig zu verstehen ist auch die Zuteilung des Bausparkonzepts, in eine Spar- und eine Darlehensphase. In der hier relevanten ersten Phase, der Spar-

phase, stellen die Bausparer der Bausparkasse gegen geringe Verzinsung ihr angespartes Geld als Einlage zu Verfügung. Diese Einlagen sind zweckgebundenes Vermögen der Bausparkasse und werden deshalb auch als Bausparkollektiv bezeichnet. Dieses Geld kommt wieder anderen Sparern zugute, denen zu günstigen Zinskonditionen Gelddarlehen zu wohnungswirtschaftlichen Zwecken gewährt werden kann<sup>17</sup>. Die Beziehungen zwischen den Sparern untereinander und der Bausparkasse sind viel dichter und komplexer als die bei einem einfachen bilateralen Kreditvertrag. Begriffe wie Spareinlage und Sparkollektiv machen deutlich, dass hier gesellschaftsrechtsähnliche Bindungen bestehen, die auch dem Grundgedanken der Hilfe zur Selbsthilfe und den genossenschaftlichen Wurzeln des Bausparwesens entsprechen.

### 3. Zinsbindung und Kollektiv

Den Besonderheiten des Bausparkassenwesens entsprechen auch die Bindungen, was die Konditionen angeht. Typischerweise sind während der gesamten Vertragslaufzeit die Konditionen fest und verbindlich vereinbart. Die Darlehenszinsen sind unabhängig von den Zinsschwankungen des Kapitalmarktes. Der Geldzufluss sollte in einem ausgewogenen Verhältnis zum Geldabfluss stehen, damit die in der Zuteilungsmasse der Bausparergemeinschaft verwalteten Mittel gleichmäßig und möglichst kurzfristig an die zuteilungsberechtigten Bausparer zur Verfügung gestellt werden können (§ 6 BSpkG). Oberstes Ziel der Kapitalversorgung einer Bausparkasse ist es, eine gemeinsame Kasse aufrechtzuerhalten, aus der die Bausparer in einer bestimmten Reihenfolge die von vornherein festgelegte, aus dem eingezahlten Bausparguthaben und dem Bauspardarlehen bestehende Bausparsumme erhalten.

### 4. Der Solidargedanke in der Rechtsordnung

Dementsprechend sind die Bausparkassen auch nicht nur den normalen Regelungen des Kreditwesengesetzes unterworfen, sondern unterliegen einer Fülle zusätzlicher gesetzlicher Vorgaben, die der besonderen genossenschaftsähnlichen Bindung aller Beteiligten entspricht. Zu erwähnen sei hier nur das Bausparkassengesetz sowie die Bausparkassen-Verordnung. Die Besonderheiten hat das damalige Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen mit Schreiben vom 16.1.1976 noch einmal herausgehoben:

„So werden z.B. in der Sparzeit im Wesentlichen nur von einer Seite – vom Sparer – Zahlungen erfolgen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass auf die Bausparkasse, die ihr zustehenden Gebühren, wie etwa die Abschlussgebühr, (...) dem Bausparkonto belastet. Bei Zuteilung des Bausparvertrages wird dieses Verhältnis umgekehrt, und der Bausparer wird zum Schuldner des Instituts“<sup>18</sup>.

Insofern handelt es sich bei den Bausparkassen um einen Zweig der Kreditwirtschaft, der im Hinblick auf das Bausparkollektiv in besonders hohem

<sup>15</sup> BFH, NJW 1983, 1752 ff. = BStBl. II 1983, 355 ff. = BB 1983, 1137 ff.

<sup>16</sup> Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 26.

<sup>17</sup> Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 30.

<sup>18</sup> Zitiert nach Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 43.

Maße spezialisiert ist und dem eine – den sonstigen Bankgeschäften unbekannte – Wartezeit – und Refinanzierungsproblematik eigentümlich ist<sup>19</sup>. Dementsprechend dürfen Bausparkassen – anders die allgemeine Kreditwirtschaft – wohnungsbaufinanzierungsfremde Bankgeschäfte typischerweise nicht tätigen (s. § 4 BauSparkG).

Insofern ist – wie die Gesetzesbegründung zum Bausparkassengesetz betont – das charakteristische Merkmal des Bausparens das Kollektiv,

„das heißt die Geschlossenheit des teilnehmenden Personenkreises, wobei dieselben Personen zunächst (bis zur Auszahlung des Bausparguthabens) Gläubiger und später (nach Zuteilung des Bauspardarlehens) Schuldner der Bausparkasse sind. Mit diesem System wird im Wege der Selbsthilfe ein in sich geschlossener Markt geschaffen, bei dem durch Verzicht auf marktgerechten Einlagenzins ein niedriger Darlehenszins ermöglicht wird“<sup>20</sup>.

Diesen Besonderheiten hat der Gesetzgeber auch durch zahlreiche Sonderregelungen Rechnung getragen. So wollte der Gesetzgeber mit den Regelungen des Bausparkassengesetzes Vorsorge für eine gesunde Weiterentwicklung der Bausparkassen und des Bausparkassengeschäfts treffen. Dabei war er sich der dem Bauspargeschäft als Zwecksparsystem innewohnenden strukturellen Risiken bewusst<sup>21</sup>. Insofern sind die bausparkassenrechtlichen Vorschriften gerade auch auf dem Hintergrund des Verbotes von Zweckspaarunternehmen in § 3 Nr. 2 KWG zu lesen. Hier übernimmt der KWG-Gesetzgeber das entsprechende Verbot des Gesetzes über die Auflösung der Zweckspaarunternehmen vom 13.12.1934, das mit Zweifeln an der Solidität von kollektiven Sparsystemen begründet wurde. Zwecksparsysteme funktionieren nämlich in der Tat nur dann, wenn dem Kollektiv immer neue Mittel zugeführt werden<sup>22</sup>. Von diesem generellen Zweckspaarverbot wurden die Bausparkassen in § 3 Nr. 2 KWG ausdrücklich ausgenommen, da der Gesetzgeber „wegen gewisser Besonderheiten ihres Geschäftes und unter Berücksichtigung der Erfahrungen, die in über vier Jahrzehnten auf diesem Gebiet gesammelt worden sind“, mit einem anhaltenden Zugang neuer Bausparer gerechnet hatte<sup>23</sup>. Insofern ging aber auch der Gesetzgeber davon aus, dass das Bausparkollektiv ständigen Liquiditätsfluss durch Neuzugänge von Bausparverträgen benötige<sup>24</sup>. Wegen dieser Verpflichtung zur permanenten Anbahnung neuer Kundenbeziehungen hatte dement-

19 So Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 54.

20 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Bausparkassen (1972 – allgemeiner Teil, II.1.) – BT-Drucks. VI/1900 – *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 4. Aufl. 1992, S. 300 f.

21 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Bausparkassen (1972 – allgemeiner Teil, III) – BT-Drucks. VI/1900 – *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 4. Aufl. 1992, S. 302.

22 *Reischauer/Kleinhaus*, Kreditwesengesetz (KWG), Kza 115, § 3 KWG Anm. 8.

23 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Bausparkassen (1972 – allgemeiner Teil, III) – BT-Drucks. VI/1900 – *Lehmann/Schäfer/Cirpka*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 4. Aufl. 1992, S. 302 f.

24 Gesetzesbegründung zu § 6 des Änderungsgesetzes zum Bausparkassengesetz 1990, vgl. *Schäfer/Cirpka/Zehnder*, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl. 1999, S. 306.

sprechend die Bausparkassenaufsicht – anders als bei sonstigen Kreditinstituten – früher gefordert, dass jede Bausparkasse über einen eigenen Vertrieb verfügt, auf dessen Steuerung sie zumindest aufgrund einer mehrheitlichen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung maßgebend zentralen Einfluss ausüben kann. Auch die BaFin hat darauf hingewiesen, dass Bausparkassen durch entsprechende Kooperationsvereinbarungen sicherzustellen haben, dass sie den Vertrieb entsprechend der besonderen Bedeutung des Vertriebs für die Existenzfähigkeit wirksam steuern und kontrollieren können<sup>25</sup>.

Der Gedanke der Bausparergemeinschaft findet sich auch im Gesetz selbst wieder, wenn man etwa § 8 Abs. 1 BauSparkG betrachtet. Hiernach kann die Erlaubnis, Geschäfte einer Bausparkasse zu betreiben, versagt werden, wenn die allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge

1. die Erfüllbarkeit der Bausparverträge nicht dauerhaft gewährleistet erscheinen lassen, insbesondere weil die einzelnen Bausparverträge, bezogen auf ihre gesamte Laufzeit, kein angemessenes Verhältnis zwischen den Leistungen der Bausparer und denen der Bausparkasse (individuelles Sparer-Kassen-Leistungsverhältnis) aufweisen oder
2. Spar- und Tilgungsleistungen oder andere Verpflichtungen vorsehen, welche die Zuteilung der Bausparverträge unangemessen hinausschieben, zu unangemessen langen Vertragslaufzeiten führen oder sonstige Belange der Bausparer nicht ausreichend wahren.

Diese Regelungen machen nur Sinn, wenn es um den Schutz der Bausparergemeinschaft geht. Im Übrigen spricht das Gesetz ausdrücklich von den Anforderungen an die Erfüllbarkeit aller Bausparverträge. Auch der zweite Versagungsgrund will den Bausparer nur als Mitglied der Bausparergemeinschaft schützen, wie der Verweis auf die „sonstige Belange der Bausparer“ deutlich macht<sup>26</sup>. Insofern wird hier – ähnlich wie im Versicherungswesen – der Grundgedanke der Risikogemeinschaft in den Vordergrund gerückt<sup>27</sup>. Der überindividuelle Systemzweck wird im Übrigen auch in der Literatur und sonstigen Rechtsprechungen betont. So verweist etwa Pfeiffer darauf, dass gerade im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Regulierung des Bausparens Vorsicht bei der zu starken individuellen Betrachtung der einzelnen Vertragsbeziehungen im Bausparwesen geboten sei und deshalb auch eine Berücksichtigung des kollektiven Systemszwecks möglich und geboten sei<sup>28</sup>. Ähnlich hat z.B. das Kammergericht wegen der „kollektiven Verknüpfung“ darauf verwiesen, dass im Bausparbereich die Vertragsäquivalenz des Einzelvertrages der „Leistungsäquivalenz des Gesamtkollektivs“ unterzuordnen sei<sup>29</sup>. Auch der BGH hat im

25 S. Schreiben der BaFin v. 10.5.2005, BA 33 – 20.2030, in Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 385.

26 *Schäfer/Cirpka/Zehnder*, § 8 BauSparkG Anm. 6 und der Hinweis auf BVerwG, NJW 1990, 1003.

27 S. dazu auch BGH, Urteil v. 12.10.2005 – IV ZR 245/03, BeckRS 2005 12969.

28 *Pfeiffer*, Allgemeine Bausparbedingungen, in Graf von Westphalen, AGB-Klauselwerke, 2001, Rz. 14.

29 Kammergericht, NJW-RR 1990, 544, 559.

Bausparkassenurteil auf die Besonderheiten des Bausparwesens bei der materiellen Inhaltskontrolle hingewiesen<sup>30</sup>.

Im Kern handelt es sich folglich bei den Bausparkassen um Risikogemeinschaften, die nicht nach dem Leitbild synallagmatischer Do-ut-des-Verträge konzipiert, sondern als Bausparergemeinschaft auf den gemeinschaftlichen Zweck der Sicherung des Systems „Bausparen“ im Interesse aller ausgerichtet sind<sup>31</sup>. Die Rechtsordnung hat solche Risikogemeinschaften in verschiedensten Konstellationen anerkannt und dem darin enthaltenen Solidargedanken Rechnung getragen. Das Ziel solcher Risikogemeinschaften mit Risikoverteilung auf einen begrenzten Vermögensbestand besteht in Anlehnung an die Regeln der großen Haverei (§§ 700 ff. HGB) und an das Recht der Gemeinschaft in einer anteilsgerechten Risikoverteilung unter den Teilhabern. Insofern schützt die Rechtsordnung als Sonderbeziehung zum Beispiel die gemeinschaftliche Verwahrung von Eigentum in Notsituationen<sup>32</sup>.

### 5. Parallelen in anderen Bereichen

Sucht man nach einer Parallele für die Abschlussgebühr in anderen Lebenslagen, stößt man zunächst einmal auf die Parallele der Aufnahmegebühr für Golfclubs. Im Golfbereich ist es gängig, dass dort Aufnahmebeiträge bezahlt werden. Zur Legitimation wird auf die gesetzlichen Regelungen des Vereinsrechts verwiesen; typischerweise wird die Aufnahmegebühr in Satzungsbestimmungen eines Golfvereins festgelegt. Darin sieht die Rechtsprechung kein Problem und hat eine entsprechende Beitragsordnung des Vereins für rechtlich unbedenklich erachtet<sup>33</sup>. Kein Problem wurde auch darin gesehen, dass neben den Entgelten für den Erwerb der Mitgliedschaft in einem solchen Verein Aufwendungen in Form einer Art Kommanditeinlage erbracht werden müssen<sup>34</sup>. Der BGH hat aber im jüngsten Urteil sogar die Verpflichtung eines Vereinsmitglieds, dem Verein neben der Zahlung der Aufnahmegebühren und des Jahresbeitrages, ein zinsloses Darlehen zur Steigerung der Attraktivität des Vereins zu gewähren, als unproblematisch angesehen, sofern der Sonderbeitrag dem Grunde und der Obergrenze nach in der Satzung verankert ist<sup>35</sup>.

Zu beachten ist insofern die Rechtsprechung zur Aufnahmegebühr außerhalb vereins- und gesellschaftsrechtlicher Konstellationen. So hat zum Beispiel das Oberlandesgericht Nürnberg für Partnerschaftsvermittlungs-AGB die Auffassung vertreten, dass es kein Problem sei, so genannte Aufnahmegebühren zu verlangen. Dies gelte auch für den Fall, dass diese Gebühr selbst dann nicht mehr zurückgezahlt werde, wenn der Aufgenommene nach kurzer Zeit wieder zurücktritt<sup>36</sup>. Das Oberlandesgericht sah Probleme nur dann, wenn die Auf-

30 BGH, NJW 1991, 2559 = WM 1991, 1452, 1454 – Bausparkassenurteil.

31 S. dazu auch *Langbein* in Staudinger 2002, § 741 BGB Rz. 167 ff.

32 *K. Schmidt* in MünchKomm.BGB, 4. Aufl. 2004, § 741 BGB Rz. 72 f.

33 S. z. B. OLG Brandenburg, OLG-NL 2005, 177 ff. = MDR 2005, 640 ff.

34 BFH, NVWZ-RR 2004, 450 ff.; BFH, NJW 2008, 1471 ff.

35 BGH, NZG 2008, 675 ff. = NJW-RR 2008, 1357 ff.

36 OLG Nürnberg, NJW-RR 1997, 1556 ff.

nahmegebühr in keinem angemessenen Verhältnis zu dem bereits vom Verwender verdienten Anteil der vereinbarten Gesamtvergütung stehe. Keine Probleme sah der BGH mit der Erhebung einer Eintrittsgebühr bei einem Franchise-System<sup>37</sup>. Im Versicherungsbereich geht die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, dass die einmaligen Abschlusskosten zu einem wesentlichen Anteil mit den ersten Versicherungsprämien verrechnet werden können, selbst wenn dies zur Folge hat, dass der Rückkaufswert des Vertrages so lange gegen Null geht<sup>38</sup>. Ähnlich sah das Oberlandesgericht Nürnberg in der Erhebung von Abschlusskosten im Versicherungsbereich kein Problem<sup>39</sup>. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat sich ausführlich mit Abschlusskosten beschäftigt und deren Erhebung für zulässig erachtet, sofern deren Höhe mit genauer Bezifferung oder etwa durch Prozentsätze hinlänglich klar gestellt werde<sup>40</sup>. Das Oberlandesgericht sah kein Problem darin, dass der Kunde „für nichts außer die Kosten des bloßen Vertragsabschlusses zahlen muss“<sup>41</sup>.

### 6. Abschlussgebühr in der Rechtsprechung

Der BGH sieht die Besonderheiten des Bausparvertrages darin, dass „der Sparer mit seinen Zahlungen in der Sparphase nicht in erster Linie eine möglichst gewinnbringende Geldkapitalanlage erstrebt, sondern das Recht erwerben will, nach der Zuteilung von der Bausparkasse ein zinsgünstiges Baudarlehen zu erheben; daher nimmt er Nachteile bei der Verzinsung der Spareinlagen in Kauf“<sup>42</sup>.

In diesem Sinne hat der Bundesfinanzhof sich mit der Rechtsnatur von Abschlussgebühren beschäftigt<sup>43</sup>.

„Der jeweilige Bausparer als Vertragspartner wird die Gebühr aus seiner Sicht demgemäß nicht als Entgelt für künftige Leistungen der Bausparkasse auffassen, sondern als notwendiges „Eintrittsgeld“ für die Aufnahme in das Bausparkkollektiv und die Einrichtung des jeweiligen Bausparkontos, also das Zustandekommen des jeweiligen Vertrages“.

Der Bundesfinanzhof verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass diese Sichtweise auch der ausdrücklichen Auffassung des damaligen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen entspreche. Auch das Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen habe die Abschlussgebühr als „Äquivalent für eine angeschlossene, selbständig bewertbare und abrechenbare Teilleistung (Abschluss des Bausparvertrages und Einrichtung des Kontos)“ angesehen<sup>44</sup>.

37 BGH, NJW-RR 2003, 1635 ff. Ähnlich OLG München, BB 2002, 2521 ff.

38 BGH, Urteil v. 14.4.2005 – III ZR 252/04, BeckRS 2005 05011; ähnlich BGHZ 47, 354, 363 = NJW 1967, 1800 ff.

39 S. dazu auch aus der älteren Rechtsprechung OLG Nürnberg, VersR 2000, 713 ff.

40 Dazu schon früher OLG Stuttgart, NVersZ 1999, 366 ff.

41 OLG Stuttgart, NVersZ 1999, 366, 369.

42 BGH, NJW 1991, 2559, 2560; ähnlich für das Versicherungsrecht und den dortigen Gedanken der Risikogemeinschaft BGH, NJW 2005, 3559, 3546.

43 BFH, BStBl. II 1998, 381 ff. = BB 1998, 1051 ff.

44 So BFH mit Verweis auf das Schreiben des BAK v. 3.3.1983 – III 38 – 20, 13 und v. 1.12.1993 – III 05.72.17.

Ähnlich hat das Oberlandesgericht Köln die Abschlussgebühr gesehen<sup>45</sup>.

„Vielmehr möchte der Bausparwillige das Angebot der jeweiligen Bausparkasse in Anspruch nehmen, ihm gegen Zahlung von Kosten und Gebühren ein Bausparkonto einzurichten und dieses zu verwalten, damit dann in der Folge durch sein – des Bausparwilligen – regelmäßiges Sparen, die Verzinsung des Sparguthabens durch die Bausparkasse und die Inanspruchnahme staatlicher Förderungsleistungen zum einem Vermögen gebildet, zum anderen die Möglichkeit wahrgenommen werden kann, demnächst ein zinsgünstiges Bauspardarlehen zu erhalten.“

Die Abschlussgebühr sei damit anzusehen als „mit Vertragsschluss zu zahlen- des Eintrittsgeld oder Damnum für entstandene Anlaufkosten, nicht aber als eine Gegenleistung für die Hauptleistungspflicht der Bausparkasse“.

Zu Recht zieht das Oberlandesgericht daraus die Konsequenz:

„Aus Sicht des Verkehrs wäre die Verpflichtung zur Entrichtung einer Abschlussgebühr damit nicht Preisforderung, sondern Bestandteil einer Leistung, die er erbringen muss, um durch weitere Eigenleistungen, nämlich das regelmäßige Sparen, zum einen in den Genuss von Wohnungsbauprämie und Arbeitnehmerersparzulage zu kommen, zum anderen die Leistung zu erhalten, derentwegen er den Vertrag auch abgeschlossen hat, nämlich die Verzinsung des von ihm eingezahlten und nicht verbrauchten Kapitals durch die mit ihm kontrahierende Bausparkasse.“

## 7. Ergebnis

Damit zeigt sich aber insgesamt, dass die Überlegungen von Nobbe und der Verbraucherzentrale schon deshalb ins Leere laufen, weil sie die allgemeine Kreditwirtschaft mit den Besonderheiten der Bausparkassen „in einen Topf“ werfen. Der bilaterale Bankvertrag hat nichts mit der multi-synallagmatischen Beziehung des Bausparwesens zu tun. Dieses ist anders als in der allgemeinen Kreditwirtschaft eher genossenschaftsrechtlich geprägt. Insofern ist auch der Bausparvertrag nicht als Darlehensvertrag im Sinne von § 488 BGB anzusehen, sondern als Vertrag sui generis. Bei der AGB-rechtlichen Kontrolle von Bausparverträgen ist ebenfalls der quasi-genossenschaftsrechtlichen Besonderheit des Bausparens insofern Rechnung zu tragen, als auch der Blick auf die schutzwürdigen Interesse aller Bausparer in die Betrachtung einbezogen werden muss.

## III. Keine Kontrollfähigkeit der Gebührenregelung

Die Regelungen der Bausparkasse im Bezug auf Abschlussgebühren sind nicht kontrollfähig. Zwar unterliegen die allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge grundsätzlich der AGB-rechtlichen Kontrolle. Ein großer Teil der AGB enthalten aber im Kern kontrollunfähige Leistungsbeschreibungen, wie z.B. die Hinweise zum gesetzlichen Mindestinhalt, etwa was die Kosten und Gebühren für Leistungen angeht<sup>46</sup>.

45 OLG Köln, NJW-RR 2001, 687 ff. = GRUR 2000, 85 ff.

46 So ausdrücklich Horn in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Recht, 4. Aufl. 1999, § 23 Rz. 425.

Zu beachten ist, dass § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB und die Rechtsprechung zu den nicht kontrollfähigen Preisabreden gerade auch bei der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen zu berücksichtigen sind. Denn nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB sind im Rahmen der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen nach § 307 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen. Insofern ist hier auch für Verbraucherverträge das Transparenzgebot des § 307 Abs. 2 Satz 1 BGB einbezogen und damit auch die Abgrenzung von kontrollfähigen und kontrollunfähigen Klauseln in Bezug genommen worden.

Wie einleitend bereits betont, sind Preisvereinbarungen grundsätzlich nicht kontrollfähig, da die Preisbestimmungen in der Regel auf bestimmten Markt- und Wettbewerbsverhältnissen beruhen und sich im Übrigen einer richterlichen Kontrolle entziehen<sup>47</sup>. Die Kontrollfähigkeit setzt erst dort an, wo Hauptleistungsversprechen eingeschränkt oder modifiziert werden<sup>48</sup>. Zu den Preisvereinbarungen, die grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, gehören nicht nur die Preise für die Hauptleistung, sondern auch Teilpreise, wie z.B. die Gebühren im Rahmen eines Girovertrages<sup>49</sup>. Nicht kontrollfähig sind auch Preise für Sonderleistungen, etwa den Auslandseinsatz von Kreditkarten<sup>50</sup> oder für die Ausstellung eines Ersatzsparguthabens<sup>51</sup>. Auch selbstständig ausgewiesene Preise von Nebenleistungen zählen zu den nicht kontrollfähigen Preisvereinbarungen<sup>52</sup>.

Die Kontrollfähigkeit von Preis und Preisnebenabreden ist insofern eine Ausnahme, die nur in bestimmten Zusammenhängen zum Tragen kommt. Kontrollfähig sind z.B. Nebenabreden, wenn diese zwar mittelbar Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung dispositives Gesetzesrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze oder aus der Natur des Vertrages ableitbare Rechte und Pflichten treten<sup>53</sup>. Entscheidend ist dabei, dass nicht das ob und der Umfang von Entgelten geregelt wird, sondern die Art und Weise der Erbringung von Nebenleistungen und etwaige Modifikationen neben einer bereits existenten Preishauptabrede<sup>54</sup>.

### 1. Keine Preisnebenabrede

Fraglich ist es, ob in diesem Sinne überhaupt die Abschlussgebühr als Preisnebenabrede anzusehen ist. Denn letztendlich handelt es sich bei der Ab-

47 S. dazu auch BGHZ 77, 126, 131 = NJW 1990, 1953 ff.; BGH, NJW 1993, 2442, 2444; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 243 ff.; OLG München, NJW-RR 1993, 736 ff.

48 BGH, NJW 1987, 1931, 1935; BGH, NJW 1999, 2279 und 3558.

49 BGHZ 133, 10 = NJW 1996, 2032 ff.; OLG Frankfurt, NJW 1993, 1402 ff.

50 BGHZ 137, 27 = NJW 1998, 383 ff.

51 BGH LM H.1/1999, § 8 ABGB Nr. 31.

52 BGH, GRUR 2005, 62 ff.

53 BGHZ 106, 42 = NJW 1989, 222 ff.; BGHZ 124, 256 = NJW 1994, 318 ff.; BGH, MDR 2005, 738 ff. = NJW-RR 2005, 642 ff.

54 Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 307 BGB Rz. 314.

schlussgebühr nur um einen Kalkulationsposten im Rahmen einer baupar-mathematisch fundierten Gesamtpreisabrede<sup>55</sup>.

Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die Abschlussgebühr nicht für sich steht, sondern Teil eines komplexen baupar-mathematischen Modells ist. Nimmt man ein Element aus diesem Modell, bricht das „Rechengebäude“ komplett zusammen. Dies zeigen erste Überschlagsrechnungen in der baupar-rechtlichen Literatur, die auf den fatalen Effekt einer Abschaffung der Abschlussgebühr auf die Gestaltung der Guthabenzinsen hinweisen<sup>56</sup>. Dieses Modell ist auch vom Gesetzgeber anerkannt und zur Grundlage seiner baupar-kassenrechtlichen Regulierungsansätze gemacht worden. So weist die Gesetzesbegründung zum BSpkG darauf hin, dass zur Beurteilung des Sparer-Kassen-Leistungsverhältnisses (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 BSpkG) sämtliche baupar-technisch relevanten Leistungen zu erfassen seien. Dazu zählte sie neben den eigentlichen tarifbestimmenden Merkmalen (wie Regelspar- und Tilgungsbeiträge sowie Bewertungszahlfaktoren, Zinssätze, Auf- und Abgelder) auch die im regelmäßigen Vertragsablauf anfallenden Gebühren, insbesondere die Gebühren, deren Bemessungsgrundlage die Bausparsumme ist (also die Abschlussgebühr)<sup>57</sup>.

Die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit von Bankentgelten hat nur Entgelte im Blick, die erst im Laufe einer bestehenden Geschäftsbeziehung anfallen. Nur bei solchen Vergütungen kann auch die Frage geprüft werden, ob nicht diese Preisnebenabrede sich auf Aufwendungen bezieht, die dem Kreditinstitut zur Erfüllung vertraglicher Nebenpflichten oder gesetzlicher Vorgaben ohnehin entstünden. Anders ist die Situation im vorliegenden Fall, wo zumindest der Begriff der Abschlussgebühr nahe legt, von einem Entgelt für den Vertragsabschluss auszugehen. Aufgrund der Privatautonomie muss es jedermann frei möglich sein, für den Vertragsabschluss selbst eine Gebühr zu verlangen, da es ja keinen Rechtsanspruch auf Vertragsabschluss gibt. Insofern geht es eben nicht um die Abwälzung von Lasten, die der Klauselverwender trägt, auf den Kunden. Vielmehr ist die Abschlussgebühr ein kalkulatorischer Einzelposten, aufgrund dessen dem Bausparinteressenten das Recht zur Teilhabe an der Gemeinschaft der Bausparer eingeräumt wird. Für die Einräumung eines solchen Teilhaberrechts kann aber auch Geld verlangt werden<sup>58</sup>.

In diesem Sinne hat der BGH z. B. für Emissionsgeschäfte den Gedanken herangezogen, dass durch eine Pauschalgebühr eine gleichmäßige Verteilung von Risiko- und Verlustchancen innerhalb der Emissionszeichnenden vorgenommen wird<sup>59</sup>. Letztendlich muss es demjenigen, der wirtschaftlich tätig ist, möglich sein, seine Preise aufzuspalten und z. B. darüber zu entscheiden, ob er

55 So auch mit eingehender Begründung das LG Heilbronn, WM 2009, 603, 605 f. und auch OLG Stuttgart, Urteil v. 3.12.2009 – 2 U 30/09.

56 Laux, Immobilienfinanzierung 59 (2008), 851, 870.

57 Vgl. Amtliche Begründung zu § 5 Abs. 2 der Novelle des Bausparkassengesetzes (1990), zit. nach Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl. 1999, S. 224.

58 So auch Bitter, ZIP 2008, 1095; Habersack, WM 2008, 1857.

59 BGH, WM 2003, 673 ff.

eine Einmalzahlung oder mehrere Teilzahlungen will<sup>60</sup>. In der Literatur wird das Beispiel genannt, dass es dem Betreiber einer Bar oder Diskothek freigestellt sein müsse, ob er bei freiem Eintritt seine Kosten allein über die Getränkepreise hereinholt oder stattdessen ein Eintrittsgeld erhebt und anschließend die konsumierten Getränke vergünstigt anbietet<sup>61</sup>.

Bei der Abschlussgebühr handelt es sich unter Zugrundelegung der Anforderungen der Rechtsprechung des BGH um eine kontrollfreie Preisabrede, da sie – zusammen mit den Regelungen zum Agio und zum Darlehenszins – Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar regelt. Daher ist zu beachten, dass sich der Vertragsschluss selbst der Leitlinie von Nobbe in Bezug auf die Zulässigkeit von Entgeltklauseln entzieht. Nobbe will in dem einleitend erwähnten Vortrag<sup>62</sup> Entgeltklauseln, hinter denen keine Dienstleistung für den Kunden steht, grundsätzlich nicht AGB-rechtlich akzeptieren. Wie Habersack aber ausdrücklich und gut formuliert hat<sup>63</sup>, ist der Vertragsschluss „weder Dienstleistung noch sonstige Leistung“. Und noch deutlicher drückt es das Landgericht Heilbronn in seinem Grundsatzurteil<sup>64</sup> aus: „Ein Vertragsschluss stellt per se nie eine Dienstleistung oder eine sonstige Leistung dar, sondern beruht immer auf dem freien Willensentschluss der Vertragsparteien, den Vertrag zu schließen oder nicht.“ Deshalb müsse es den Parteien auch überlassen bleiben, „den Vertragsschluss von einem Aufnahmeentgelt oder einer Eintrittsgebühr als Bestandteil eines Gesamtpreises abhängig zu machen“.

## 2. Teilentgelt im Rahmen einer bei Abschluss fälligen Gesamtvergütung

Im Übrigen könnte es sich bei der Abschlussgebühr um eine kontrollfreie Teilvergütung handeln<sup>65</sup>. Der Bausparer nimmt ein Bündel von Leistungen in Anspruch, die auf der anderen Seite dazu führen, dass das vertragliche Entgelt des Bausparers in Teilentgelte aufgespalten wird. Eine solche Aufspaltung ist grundsätzlich zulässig und AGB-rechtlich unbedenklich<sup>66</sup>. In diesem Sinne hat z. B. auch der BGH die Erhebung eines Disagios beim Darlehen zur Abgeltung der einmaligen Nebenkosten ausdrücklich als zulässig anerkannt<sup>67</sup>.

Beim Bausparen ist eine Aufspaltung in abgrenzbare Teilleistungen weder in der Spar- noch in der Darlehensphase möglich oder sinnvoll. Es muss in der Sparphase möglich sein, im Zusammenhang mit dem Abschluss des Bauspar-

60 So auch der BGH in der Entscheidung Preisaufspaltungen, BGHZ 116, 117, 120 f. = NJW 1992, 688 ff.; s. dazu auch Horn, WM 1997, Beilage 1, 3 ff.

61 Bitter, ZIP 2008, 1095.

62 Nobbe, WM 2008, 185, 193.

63 Habersack, WM 2008, 1857, 1861.

64 WM 2009, 603, 605.

65 Das LG Heilbronn vermennt die Frage der Preisnebenabreden mit der der Gesamtvergütung, was zwar am Ergebnis nichts ändert, dogmatisch allerdings bedenklich ist; WM 2009, 603, 605 f.

66 BGHZ 116, 117 = NJW 1992, 688 ff.; BGH, NJW 1996, 2032 ff. = WM 1996, 1080 ff. – Postenpreisklauseln.

67 BGHZ 111, 287, 293 = NJW 1990, 2250 ff.

vertrages entstandene Kosten auf den Kunden abzuwälzen (Grundsatz der „Kostenkongruenz“). Eine Reduzierung des Sparzinses führt nicht zu angemessenen Ergebnissen. Es würden Frühkündiger zu Lasten der Bauspargemeinschaft belohnt und damit auch der Gedanke der verursachungsgerechten Belastung der Bausparer verletzt. Wie schon die Amtliche Begründung zu BSpkG betont, bestimmt sich die Attraktivität des Bausparens auch im Hinblick auf „die Notwendigkeit der Verzinsung von Bauspareinlagen“<sup>68</sup>.

### 3. Keine Eigeninteressen

In diesem Sinne scheidet auch eine Anwendung der Überlegungen aus der BGH-Rechtsprechung zu Bankentgelten aus, die darauf abstellen, ob Entgelte in erster Linie eigenen Zwecken und Interessen des Verwenders dienen. Die Abschlussgebühr dient in erster Linie den Interessen des einzelnen Bausparers am Fortbestand der Bauspargemeinschaft. Die Tätigkeit, für die hier ein Entgelt verlangt wird, ist jedenfalls keine, die aus dem Risikobereich der Bausparkasse stammt. Vielmehr wird Entgelt dafür verlangt, dass der Bausparer der Solidargemeinschaft der jeweils in einer Bausparkasse zusammen geschlossenen Bausparer beitreten darf und kann. Diese trägt mit dem Beitritt des Bausparers das Risiko, was seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft angeht. Gleichzeitig eröffnet ihm die Gemeinschaft den Zutritt zum Bausparkollektiv und zur späteren Zuteilung. Insofern ist die Abschlussgebühr eine Prämie zu Gunsten der Bauspargemeinschaft und gleichzeitig auch im Interesse des neu beitretenden Bausparers. Gleichzeitig macht sich hier auch die Nähe der Abschlussgebühr zum Vereins- und Gesellschaftsrecht deutlich, das nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB grundsätzlich von der Anwendung des AGB-Rechts ausgenommen ist. Das AGB-Recht setzt im Grundsatz gegenläufige Interessen voraus, wie sie für den Austauschvertrag typisch sind<sup>69</sup>. Gesellschaftsverträge und ähnliche Konstellationen zeichnen sich aber durch eine gemeinsame Zweckverfolgung aus, für die der Betroffene als weniger schutzwürdig angesehen wird und auf das die auf Austauschsituationen zugeschnittenen AGB-Bestimmungen so nicht passen<sup>70</sup>. In diesem Sinne hat der BGH die Ausnahmebestimmungen für Gesellschaftsverträge weit ausgelegt und auf Genossenschaftsfragen erstreckt, gerade auch was die Verpflichtung zur Zahlung für die Inanspruchnahme von Leistungen angeht<sup>71</sup>. Auch hat der BGH im Hinblick auf Zeichnungsgebühren bei Aktien-Neuemissionen die Berücksichtigung von Kollektivinteressen bei der Beurteilung nach § 307 Abs. 1 BGB ausdrücklich zugelassen<sup>72</sup>.

68 Amtl. Begründung 1990, zit. nach Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl. 1999, S. 355.

69 So schon die Gesetzesmaterialien in BT-Drucks. 7/3919, S. 41; ähnlich auch BGH, NJW 1995, 583, 585; Grunewald in Festschrift für Semler, 1993, S. 179; Schneider, ZGR 1978, 1, 12.

70 So ausdrücklich Schmidt in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 310 Abs. 4 BGB Rz. 10.

71 BGHZ 103, 219, 224 = NJW 1988, 1729, 1730.

72 BGHZ 153, 344.

### 4. Rechtspflicht zur Angabe der Abschlussgebühr

Gleichzeitig ist zu bedenken, dass gerade die Bausparkassen im besonderen Maße zur Transparenz verpflichtet sind und daher alle entsprechenden Teilpreise und Preiselemente gegenüber Verbrauchern genau zu spezifizieren haben.

Bauspardarlehen sind wie alle Kredite der Angabepflicht nach § 6 PAngV unterworfen. Dies stellt § 6 Abs. 8 klar, enthält aber gleichzeitig Sonderregelungen für bestimmte preisbestimmende Faktoren bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses. Ein „anfänglicher effektiver Jahreszins“ kommt bei Bauspardarlehen regelmäßig nicht in Betracht, da hier feste Konditionen während der gesamten Laufzeit des Kredites gewährt werden. Insofern ist die Berechnung des effektiven Jahreszinses bezogen auf den Darlehensanteil der Bausparsumme, d. h. die Bausparsumme abzüglich der Ansparsumme. Diese Summe steht aber zum Zeitpunkt des Angebotes bzw. der Werbung noch nicht fest. Insofern sieht § 6 Abs. 8 Satz 1 PAngV vor, dass der effektive Jahreszins nach dem Kreditbetrag berechnet wird, der sich ergeben würde, wenn der Kreditnehmer zum Zeitpunkt der Auszahlung des Darlehens lediglich die nach den Bausparbedingungen vereinbarte Mindestsumme angespart hätte. Auf diesen Darlehensanteil wäre dann „im Zweifel“ (wenn nichts anderes vereinbart ist) die Abschlussgebühr anteilig zu verrechnen (so § 6 Abs. 8 Satz 2 PAngV). Zu diesen Bestimmungen wird in der Literatur problemlos die Zulässigkeit der Berechnung einer solchen Abschlussgebühr als rechtlich zulässig vorausgesetzt<sup>73</sup>.

Auch in anderen Vorschriften wird die Abschlussgebühr als zulässig vorausgesetzt und impliziert. Zu erwähnen ist z. B. die Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sowie die darüber zu erstellenden Berichte (Prüfungsberichtsverordnung)<sup>74</sup>. § 46 Satz 1 Nr. 3 PrüfV verweist darauf, dass der Prüfungsbericht bei Bausparkassen auch das Verhältnis der Bausparsummen der Bausparverträge, die im Berichtsjahr vor der vollen Bezahlung der Abschlussgebühr aufgelöst wurden, zum im Durchschnitt des Berichtsjahres gehaltenen Bausparsummenbestand (Stornoquote) enthalten muss.

### 5. Keine Risikoverlagerung

Selbst wenn man hier im vorliegenden Fall von einer Preisnebenabrede ausgeht, unterliegt diese aber nicht einer Kontrolle nach AGB-rechtlichen Vorgaben, wenn es sich bei der Preisgestaltung nicht um eine Kostenverlagerung

73 S. z. B. Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 169. EGL 2008, NRWPRG § 6 Rz. 19. Auch das LG Heilbronn weist in seinem Grundsatzurteil zur Abschlussgebühr ausdrücklich auf diese Regelung zur Begründung der Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hin, WM 2009, 603, 608; ebenso das OLG Stuttgart, Urteil v. 3.12.2009 – 2 U 30/09.

74 Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse und Zwischenabschlüsse der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute und über die Prüfung nach § 12 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften sowie die darüber zu erstellenden Berichte/Prüfungsberichtsverordnung v. 17.12.1998, BGBl. I 1998, 3690.

zu Lasten der anderen Vertragspartei handelt. Hinsichtlich der Risiko- und Kostenverteilung ist dann auf das typische Leitbild des Vertrages, die ergänzende Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 BGB, sonstige Rechtsvorschriften oder allgemeine Grundsätze abzustellen<sup>75</sup>. Insofern unterliegen die Preisnebenabreden nicht der AGB-Kontrolle, wenn sie dem Bausparsystem immanent sind.

Hierbei ist zunächst einmal die oben genannte besondere Gemeinschaftsstruktur des Bausparens zu bedenken. Im Rahmen dessen sind dann auch die bausparkassenrechtlichen Vorgaben, insbesondere im Rahmen des Änderungsgesetzes zum Bausparkassengesetz von 1990, zu berücksichtigen. Schon lange vor Inkrafttreten des Bausparkassengesetzes wurden Abschlussgebühren erhoben. Diese Praxis sollte durch das Bausparkassengesetz nicht geändert werden. So sieht z.B. § 5 Abs. 3 Nr. 3 BauSparkG vor, dass die allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge auch Bestimmungen über die Höhe der regelmäßig anfallenden Gebühren zu enthalten hätten. In der Begründung zur Novelle des Bausparkassengesetzes von 1990 wird darauf hingewiesen, dass die Bausparkassen, die mit der Akquisition neuer Kunden verbundenen Kosten bereits im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss durch entsprechende Gebühreneinnahmen zu decken hätten<sup>76</sup>.

In diesem Zusammenhang werden auch ausdrücklich die im regelmäßigen Vertragsablauf anfallenden Gebühren, insbesondere die Gebühren, deren Bemessungsgrundlage die Bausparsumme sei (also die Abschlussgebühr), erwähnt<sup>77</sup>. In diesem Sinne hat dann auch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen in der Vergangenheit die Abschlussgebühr bei Bausparverträgen grundsätzlich als einen wesentlichen und unverzichtbaren Bestandteil der Bausparbedingungen angesehen und mit Schreiben vom 29.10.1986<sup>78</sup> betont, es werde auch künftig keine Bauspartarife ohne Abschlussgebührenregelung genehmigen. Dementsprechend ist die Zahlung der Abschlussgebühr auch prämien- und zulagebegünstigt<sup>79</sup>.

## 6. Parallele: Versicherung

Gerade für kapitalbildende Lebensversicherungen hat der Bundesgerichtshof in einem neueren Urteil betont, dass eine zeitnahe Deckung zukünftiger Abschlusskosten im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss zur Sicherung der Zweckgemeinschaft notwendig und geboten sei<sup>80</sup>. Nur dadurch könne dem für das Versicherungsrecht typischen Grundgedanken der Risikogemeinschaft entsprochen werden.

<sup>75</sup> Wolf in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 307 BGB Rz. 315.

<sup>76</sup> Begründung zu § 8 Abs. 1 Nr. 2 BauSparkG zit. nach Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, S. 356.

<sup>77</sup> S. amtliche Begründung zur Novelle des Bausparkassengesetzes zit. nach Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, S. 224.

<sup>78</sup> III Z.21.5 – C/M/B/S, 9.37.

<sup>79</sup> Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 161.

<sup>80</sup> BGH, Urteil v. 12.10.2005 – IV ZR 245/03, BeckRS 2005 12969.

Insofern sah der BGH bei Lebensversicherungen in einem anderen Urteil auch keine Bedenken hinsichtlich einer Verrechnung einmaliger Abschlusskosten ab Beginn des Vertragsverhältnisses mit den Ansprüchen auf künftige Beiträge<sup>81</sup>. Die Novelle des Versicherungsvertragsgesetzes hat die Notwendigkeit einer solchen zeitnahen Deckung ausdrücklich anerkannt, von den Versicherungsunternehmen aber zusätzlich mehr Transparenz hinsichtlich der Gestaltung dieser Abschlusskosten verlangt<sup>82</sup>. Ähnlich geht das Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz (AltZertG) für die so genannte Riesterförderung davon aus, dass bei Altersvorsorgeverträgen eine zeitnahe Abwälzung von Abschluss- und Vertriebskosten auf Vertragspartner erfolgen müsse<sup>83</sup>.

Auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG-InfoV spricht für Versicherungsunternehmen von der Möglichkeit, Abschlusskosten tariflich zu kalkulieren und auf den Kunden abzuwälzen. Verwiesen wird dort auf eine „Angabe zur Höhe der in die Prämie einkalkulierten Kosten; dabei sind die einkalkulierten Abschlusskosten als einheitlicher Gesamtbetrag in die übrigen einkalkulierten Kosten als Anteil der Jahresprämie unter Angabe der jeweiligen Laufzeit auszuweisen ...“. § 41 des Investmentgesetzes (InvG) gibt vor, dass der mit der Abschlussgebühr vergleichbare Ausgabeaufschlag transparent ausgewiesen werden muss<sup>84</sup>. Schließlich setzt auch § 1 Abs. 1 Nr. 8 i. V. m. § 1 Abs. 1a AltZertG die Zulässigkeit von Abschlussgebühren bei Bausparverträgen voraus.

## 7. Genehmigung durch die BaFin

Ferner könnte sich die Kontrollfreiheit der Abschlussgebührenregelung aus dem Gesichtspunkt ergeben, dass die entsprechenden Geschäftsbedingungen durch die Bausparkassenaufsicht nach § 9 Abs. 1 BauSparkG genehmigt worden sind.

In der Gesetzesbegründung zu § 8 Abs. 1 Nr. 1 BauSparkG wird ausdrücklich darauf verwiesen:

„Im Hinblick auf die Notwendigkeit eines kontinuierlichen Zugangs an Bausparverträgen ist es notwendig, dass die Bausparkassen die mit der Akquisition neuer Kunden verbundenen Kosten bereits im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss durch entsprechende Gebühreneinnahmen decken können.“

Dann heißt es dort:

„Die sonstigen Belange der Bausparer einer Bausparkasse können gefährdet sein, wenn die Bausparkasse die zur Sicherung des Neugeschäfts erforderlichen Provisionszahlungen nicht mehr leisten könnte“<sup>85</sup>.

Die Einhaltung dieser Vorgaben haben die Aufsichtsbehörden in den letzten Jahrzehnten immer eingefordert. Diese Aufsichtspraxis bindet auch für die AGB-rechtliche Kontrolle. Zwar lässt die Spezialkontrolle im Bereich der Bau-

<sup>81</sup> BGH, NJW 2001, 2014 ff.

<sup>82</sup> S. § 7 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VVG i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 VVG – InfoVO.

<sup>83</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 8 AltZertG.

<sup>84</sup> S. dazu auch BT-Drucks. 15/1553 zu § 41 Abs. 1 InvG.

<sup>85</sup> BT-Drucks. 11/7424, S. 17.

sparkassenaufsicht die Kontrollfähigkeit von Bausparkassen-AGB unberührt<sup>86</sup>. Soweit jedoch die behördliche Aufsicht und Genehmigung eine abschließende und verbindliche Gestaltung der Rechtsbeziehung der Vertragsbeteiligten bezwecken, besteht kein Spielraum mehr für eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle<sup>87</sup>.

Unstreitig haben die Bausparkassen in der Vergangenheit seit vielen Jahrzehnten ständig eine „Abschlussgebühr“ verlangt. Mit dem oben erwähnten Schreiben vom 29.10.1986 hat das damalige Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen Bauspartarife nur zugelassen, wenn sie die Erhebung einer Abschlussgebühr seitens der Bausparkassen vorsahen.

Diese Auffassung wurde in weiteren Schreiben bestätigt, etwa in einem Schreiben vom 5.3.1998<sup>88</sup>:

„(Das Amt) hält nach wie vor daran fest, keine Bauspartarife ohne Abschlussgebühr von mindestens 1 % zu genehmigen“.

Ferner heißt es in einem Schreiben der BaFin vom 30.5.2005<sup>89</sup>:

„Ich erwarte, dass die Bausparkassen durch geeignete Maßnahmen eine Provisionsabgabe, insbesondere eine aus Provisionseinnahmen finanzierte Erstattung der Abschlussgebühr für einen Bausparvertrag, durch den Vermittler an den Kunden verhindern.“

Diese Entscheidungspraxis hat die BaFin mit Schreiben vom 10.7.2008 noch einmal bekräftigt:

„Einen Bauspartarif ohne Abschlussgebühr habe ich bisher nicht genehmigt, weil noch keine Bausparkasse einen dauerhaft tragbaren Tarif ohne Abschlussgebühr konzipiert und mit der Bitte um Genehmigung vorgelegt hat“.

Die BaFin betont weiter:

„Zur Aufrechterhaltung stabiler Wartezeiten sind sie (die Bausparkassen) in einem besonderen Maße auf einen gleichmäßigen Liquiditätszufluss angewiesen, was wenigstens ein kontinuierliches Neugeschäft erfordert. Die wesentliche unternehmerische Aufgabe liegt daher in der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Bauspargemeinschaft über die permanente Anbahnung neuer Geschäftsbeziehungen durch einen funktionierenden Außendienst“.

Daraus zieht die BaFin die wichtige Schlussfolgerung:

„Damit diese Aufgabe erfüllt werden kann, habe ich für die Genehmigung eines Bauspartarifs von den Bausparkassen ausdrücklich die Generierung eines in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zum Vertragsschluss stehenden Ertrages in Form einer Abschlussgebühr verlangt, um die mit dem Vertragsschluss entstehenden Vertriebskosten zumindest teilweise zu decken und so auch in Zeiten einer schlechteren Ertragslage die Finanzierung der Neugeschäftsproduktion zu sichern.“

86 BGH, WM 1991, 1452, 1454.

87 BGH, NJW 2007, 3344 ff.

88 S. Schäfer/Cirpka/Zehnder, Bausparkassengesetz und Bausparkassenverordnung, 5. Aufl. 1999, § 5 BauSparkG Anm. 31.

89 Abgedruckt in *Consbruch/Möller/Bähre/Schneider*, Kreditwesengesetz, 85. Aufl. 2009, Band I Nr. 9.7.2.

Noch deutlicher ist die BaFin in ihrem Schreiben vom 28.1.2009, in der sie erstmals in den laufenden Gerichtsverfahren rund um die Abschlussgebühr zu deren Notwendigkeit Stellung bezieht<sup>90</sup>. Hiernach hält die Behörde es

„für zwingend erforderlich, dass jede Bausparkasse in der Lage ist, sowohl im zeitlichen Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss als auch in den nachfolgenden Perioden die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und eine gleichmäßige Zuteilungsfolge notwendigen Erträge zu generieren.“

Dann folgert das BaFin:

„Dafür hat sich die Abschlussgebühr nicht nur bewährt, sondern bislang als unverzichtbar erwiesen.“

Die BaFin sieht auch keine Möglichkeiten, die Abschlussgebühr durch Veränderung der Guthaben- und/oder der Darlehenszinsen zu kompensieren und bekräftigt daher noch einmal, dass auch im Sinne der bisherigen Aufsichtspraxis

„eine Abschlussgebühr für die Bausparkassen die am sichersten zu kalkulierende und für die Bausparer die transparenteste Lösung“ sei.

Diese Auffassung entspricht auch der Entscheidungspraxis der BaFin, schon aus ihrer Zeit als damaliges Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. So untersagte zum Beispiel das Bundesaufsichtsamt mit Schreiben vom 16.7.1974<sup>91</sup> Abweichungen von den Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge. Vom Verbot umfasst war auch die Gewährung von „Gebührebnachlässen oder verminderten Zinssätzen“. Das Amt sah darin ein Problem, da sich dadurch „die Ertragslage der Bausparkasse (...) verschlechtert und das Bausparer-Kollektiv (...) mittelbar geschädigt wird“<sup>92</sup>.

Bislang hat keine einzige Bausparkasse in der Bundesrepublik einen genehmigten Tarif, der keine Abschlussgebühr enthält. Dies beruht nicht auf Bequemlichkeit oder fehlender Innovativität, was die Tarifgestaltung angeht. Vielmehr gibt es offensichtlich kein anderes System, das in der Lage wäre, den Besonderheiten des Bausparwesens und ihres Gemeinschaftsgedankens in einer sachgerechten, d. h. nicht diskriminierenden Weise, Rechnung zu tragen.

Das Landgericht Heilbronn ist in seinem Grundsatzurteil zur Abschlussgebühr davon ausgegangen, dass die Genehmigungspraxis der BaFin nicht als zwingendes Argument für die AGB-rechtliche Zulässigkeit der Abschlussgebühr herangezogen werden könne. Allerdings führe bei branchenspezifischen Besonderheiten die Kompetenz einer Fachbehörde zu einer „gewissen Indizierung“ für die Inhaltskontrolle<sup>93</sup>. In der Tat ist eine AGB-rechtliche Inhalts-

90 Schreiben der BaFin v. 28.1.2009 – BA 26-K 6310-2008/0001.

91 Abgedruckt bei *Consbruch/Müller/Bähre/Schneider*, Kreditwesengesetz, 85. Aufl. 2009, Band I Nr. 9.12., S. 29a.

92 Auch in weiteren Schreiben des Aufsichtsamtes wird das Fehlen der Abschlussgebühr auf einem Formular gerügt; etwa im Schreiben v. 4.2.1988, abgedruckt im *Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008*, S. 70 f. oder im Schreiben v. 21.12.1989 (im *Handbuch*, S. 71).

93 WM 2009, 603, 608; so auch das OLG Stuttgart, Urteil v. 3.12.2009 – 2 U 30/09.

kontrolle bei Entgeltklauseln der Bausparkassen nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil diese nach dem Bausparkassengesetz der Genehmigung durch die BaFin unterliegen<sup>94</sup>. Allerdings geht es vorliegend nicht um die grundsätzliche Zulässigkeit einer AGB-Kontrolle bei Bausparbedingungen, sondern ausschließlich darum, ob eine bestimmte ABB-Bestimmung von der Aufsicht zwingend verlangt und wegen dieser Vorgabe der Inhaltskontrolle entzogen ist. Ohne eine Tarifierung mit Abschlussgebühren wäre ein Bauspartarif von der Aufsichtsbehörde nie genehmigt worden. Insofern besteht hier gar nicht der AGB-typische Fall der einseitigen Ausnutzung privatautonomer Gestaltungsmacht. Insofern muss eine zwingende Vorgabe der Bausparkassenaufsicht und deren Umsetzung in ein Tarifwerk der AGB-Kontrolle entzogen sein.

#### IV. Wirksamkeit der Klausel bei Inhaltskontrolle

Selbst wenn man aber unterstellt, dass die entsprechende Klausel einer Inhaltskontrolle zugänglich ist, ist damit noch nichts über die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit gesagt. Vielmehr bedarf es einer genauen Überprüfung der inhaltlichen Zulässigkeit der Klausel. Abzustellen wäre nicht auf § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach eine Klausel unzulässig ist, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist. Denn ein gesetzliches Leitbild i. S. e. BGB-verbrieften Vertragstyps gibt es für den Bereich des Bausparvertrages nicht (s. oben). Abzustellen wäre vielmehr auf § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB, welcher die Frage der vertragswesentlichen Rechte und Pflichten thematisiert und eine Beschränkung dieser Rechte und Pflichten verbietet, soweit dadurch die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist. Dabei verweist der Hinweis auf „im Zweifel“ darauf, dass selbst bei einer solch erheblichen Einschränkung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten noch eine umfassende Betrachtung aller Interessen, insbesondere auch die schutzwürdigen Interessen des Verwenders am Gebrauch der entsprechenden Klausel vorzunehmen ist<sup>95</sup>.

Der XI. Zivilsenat des BGH hat insofern in Bezug auf Bausparkassen betont, dass die Inhaltskontrolle im AGB-Recht auf Besonderheiten Rücksicht zu nehmen habe, die sich aus der Rechtsnatur des Bausparvertrages und den Vorschriften des Bausparkassengesetzes ergeben<sup>96</sup>.

##### 1. Keine Vertragszweckgefährdung

Zunächst einmal ist ein Verstoß gegen vertragswesentliche Rechte und Pflichten in einer vertragszweckgefährdenden Weise nicht ersichtlich. Bei der Erhebung einer „Abschlussgebühr“ geht es – wie oben ausführlich nachgewiesen – um eine Eintrittsgebühr in die Solidargemeinschaft der Bausparer. Diese Ein-

<sup>94</sup> Dazu grundlegend BGH, NJW 2007, 3344 f.

<sup>95</sup> BGHZ 133, 10, 15 f. = WM 1996, 1080 ff. – Postenpreise bei Girokonten; BGH, WM 2003, 673 ff. – Zeichnungsentgelte.

<sup>96</sup> BGH, WM 1991, 1452 = NJW 1991, 2559, 2560; ähnlich LG Berlin, ZIP 1988, 1311, 1335.

trittsgebühr entspricht nicht nur seit vielen Jahrzehnten der gängigen Praxis im Bereich der Bausparkassen, sondern ist erforderlich, um auf diese Weise ein für den Bestand der Bausparergemeinschaft notwendiges, effizientes System zur Akquisition und Bindung neuer Kunden zu schaffen. Die Praxis entspricht auch der langjährigen Aufsichtspraxis des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen bzw. der BaFin.

Zugunsten der Solidargemeinschaft wird durch die Erhebung der Abschlussgebühr gesichert, dass die mit der Akquisition neuer Kunden verbundenen Kosten gedeckt sind. Nicht geht es darum, Kunden wegen des Verlustes der hohen Abschlusskosten von einer Kündigung des Vertragsverhältnisses abzuhalten oder sie mit dem Verlust der Abschlussgebühr abzustrafen<sup>97</sup>. Vielmehr soll bei den langfristig angelegten Verträgen verhindert werden, dass die Vertragskosten nicht verursachungsgerecht verteilt werden. Denn eine anderweitige Verteilung der Kosten würde diejenigen Bausparer begünstigen, die das Bausparvertragsverhältnis bereits nach kurzer Laufzeit kündigen<sup>98</sup>. Würde die Bausparkasse ihre anfänglichen Kosten nicht in Form einer gesonderten „Abschlussgebühr“ erheben, hätte sie diese Kosten durch eine deutliche Minderung des ohnehin niedrigen Sparzinses zu decken. Eine systemkonforme und im Hinblick auf die gemeinschaftliche Bindung aller Bausparer adäquate Verteilung der Abschlusskosten beim Bausparen ist daher nur in Form einer mit den ersten Sparbeiträgen verrechneten „Abschlussgebühr“ möglich<sup>99</sup>. Es wäre nicht sachgerecht, diejenigen Bausparer, die dem Bausparkollektiv besonders hohe Leistungen zur Verfügung stellen, zugunsten derjenigen, die für die Gemeinschaft nur geringe Leistungen erbringen, in unverhältnismäßiger Weise zu belasten. Das Landgericht Heilbronn spricht in diesem Fall zu Recht von einer „unerwünschten Quersubventionierung“<sup>100</sup>. Um dieser Gefahr und diesem Vorwurf zu entgehen, bedarf es der Abschlussgebühr als Solidarbeitrag für das im Interesse aller Bausparer liegende Bemühen der Bausparkasse um kontinuierliche Neuabschlüsse<sup>101</sup>. Anders als ein Kreditinstitut, das sich über den allgemeinen Kapitalmarkt refinanzieren kann, lebt das Bausparwesen von dem „Zuteilungstopf“ und damit von der permanenten Verpflichtung, über den Vertrieb dauerhaft und langfristig Neugeschäfte zu tätigen und so den „Zuteilungstopf“ der Bauspargemeinschaft zu erhalten. Dieses Engagement muss von allen Mitgliedern der Solidargemeinschaft finanziert werden, was eine separate Umlage zu Beginn des Bausparvertrages notwendig macht.

##### 2. Parallele: Versicherung

Dementsprechend sieht § 7 Abs. 2 Nr. 4 VVG vor, dass Versicherungen dem potentiellen Versicherungsnehmer Angaben darüber zu unterbreiten haben, die sich auf die Kalkulation von „Abschlusskosten“ beziehen. Versicherungs-

<sup>97</sup> So allerdings Strube, ZIP 2008, 2153, 2155.

<sup>98</sup> So auch Habersack, WM 2008, 1857, 1862.

<sup>99</sup> S. Bitter, ZIP 2008, 1095; ders., ZIP 2008, 2155, 2158.

<sup>100</sup> WM 2009, 603, 607.

<sup>101</sup> So auch LG Heilbronn, WM 2009, 603, 606 f.

unternehmen und Bausparkassen agieren allerdings ähnlich. Beide unterhalten umfangreiche Vertriebsorganisationen und -strukturen. Beide sind geprägt durch den Kollektivgedanken, wobei bei der Versicherung der Gedanke der Risikogemeinschaft, bei den Bausparern der Gedanke der Zweckspargemeinschaft im Vordergrund steht. Wieso Versicherungsunternehmen abschlussnah eine Erstattung ihrer Vertriebskosten verlangen können, Bausparkassen AGB-rechtlich nicht, ist nicht einzusehen.

## V. Transparenz

Keine Bedenken bestehen hinsichtlich der Transparenz der Regelung zur „Abschlussgebühr“<sup>102</sup>. Die entsprechende Höhe der Abschlussgebühr ist klar spezifiziert. Die entsprechenden Formulare halten den Betrag ziffernmäßig fest, während des jeweiligen Beratungsgesprächs wird dann die entsprechende Abschlussgebühr genau berechnet und in das Formular eingetragen. Auf die zu entrichtenden Abschlussgebühr wird der Bausparer im Vertragsabschlussformular ausdrücklich hingewiesen. Ferner finden sich Hinweise in der Konditionenübersicht, die zu Beginn der Allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge alle vom Bausparer zu zahlenden Entgelte, Gebühren und Zinsen nennt<sup>103</sup>.

## VI. Zusammenfassung

Die Geltendmachung einer „Abschlussgebühr“ im Bausparsektor ist AGB-rechtlich unbedenklich. Hinter dem Begriff der Abschlussgebühr verbirgt sich eine vom Rest unteilbare Einzelvergütung, die dem Grundgedanken der bausparrechtlichen Risiko- und Solidargemeinschaft entspricht. Insofern greift die für einfache synallagmatische Verträge gedachte Ausnahmekonstruktion der Kontrolle von Preisnebenabreden nicht. Selbst wenn man aber eine Preiskontrolle zulässt, wäre die vertragliche Vereinbarung einer „Abschlussgebühr“ nach Maßgabe von § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB vom Zweck des Bausparvertrages gedeckt und damit wirksam. Würde man aus dem komplexen Vergütungssystem des Bauspargeschäfts ein einzelnes Rädchen – wie die Abschlussgebühr – entfernen, drohte statt dessen umgekehrt der Kollaps des gesamten Systems der Bausparkassen<sup>104</sup>. Es kann daher auch nicht verwundern, dass die BaFin dementsprechend seit vielen Jahrzehnten die Erhebung einer Abschlussgebühr von den Bausparkassen einfordert.

102. So auch LG Heilbronn, WM 2009, 603, 607 f. und das OLG Stuttgart, Urteil v. 3.12.2009 – 2 U 30/09.

103. S. dazu die aktuellen Musterbedingungen der öffentlichen und privaten Bausparkassen und Bausparkassen-Fachbuch 2007/2008, S. 137 ff. und S. 146 ff.

104. So auch *Laux*, Immobilienfinanzierung 59 (2008), 851, 870, der sehr scharf von dem Streit um die Abschlussgebühr als einem „Treppenwitz der Geldgeschichte“ spricht.