

Die Erstattung des Disagios bei vorzeitiger Rückzahlung subventionierter Kredite

Gliederung

I. Einleitung

II. Auslegungsregel bei normalen Bankdarlehen

III. Behandlung des Disagios beim subventionierten Kredit in Literatur und Rechtsprechung

IV. Stellungnahme

1. Allgemeines

2. Kostendenken bei der Auslegung der Disagio-Vereinbarung

3. Üblichkeit

V. Wegfall der Bereicherung

VI. Ausdrückliche Klarstellung der Laufzeitunabhängigkeit

VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die öffentliche Hand tritt auf dem Kreditmarkt verbreitet als Subventionsgeber in Erscheinung. So gewährt sie z.B. zinsgünstige Darlehen, erleichtert die Rückzahlungskonditionen bis hin zum teilweisen Schuldenerlaß bei Eintritt eines bestimmten Erfolges oder gibt Darlehen an Personen, die mangels Sicherheiten von Geschäftsbanken keinen Kredit erhalten [1]. Dabei verfolgt die öffentliche Hand Ziele wie die Erleichterung der Existenzgründung, die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit kleinerer oder mittlerer Unternehmen oder die Förderung von strukturschwachen Gebieten oder des Exports [2].

Die Kreditvergabe erfolgt in den verschiedensten Formen. Die öffentliche Hand kann unmittelbar mit Kreditnehmern einen Darlehensvertrag schließen, sie kann aber auch ein Kreditinstitut oder sogar mehrere Kreditinstitute zwischen sich und den Subventionsempfänger schalten. Werden die Darlehen über Kreditinstitute, d.h. indirekt vergeben, so kann die öffentliche Hand die Fördermittel öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten (Förderinstituten wie der Kreditanstalt für den Wiederaufbau) zur Verfügung stellen, die dann die Kredite im eigenen Namen unter Beachtung der von der öffentlichen Hand aufgestellten Subventionsrichtlinien ausreichen. Gebräuchlich ist dann, daß die Subventionsempfänger mit ihren als Geschäftsbanken tätigen Hausbanken in Kontakt treten. Diese zahlen das Darlehen entweder auf Rechnung der öffentlichen Hand bzw. des Förderinstituts aus (Treuhandkredit) oder schließen ihrerseits mit der öffentlichen Hand bzw. dem Förderinstitut einen Darlehensvertrag ab (Refinanzierungskredit). Die Hausbanken verpflichten sich bei dieser Abwicklungsvariante, dem Subventionsempfänger zu bestimmten Konditionen ein Darlehen zu gewähren. Dafür erhalten sie bei der Treuhandlösung von der öffentlichen Hand bzw. dem Förderinstitut eine Vergütung. Bei der Refinanzierungslösung gewährt ihnen die öffentliche Hand bzw. das Förderinstitut günstigere Zinskonditionen als die Hausbanken den Subventionsempfängern zu berechnen haben. Aus der Marge ergibt sich der Verdienst der Hausbanken [3].

Nach der herrschenden Zwei-Stufen-Theorie fällt die Entscheidung über das "Ob" der Kreditgewährung in den Bereich des öffentlichen Rechts. Die Kreditgewährung selbst erfolgt durch privatrechtlichen Darlehensvertrag. Auch der Rückzahlungsanspruch ist privatrechtlicher Natur [4]

. Der Umstand, daß auf die subventionierten indirekten Kredite der öffentlichen Hand die privatrechtlichen Darlehensvertragsnormen anzuwenden sind, wirft die Frage auf, ob bei der Anwendung dieser Normen auf den Subventionszweck und die Subventionsbereitschaft des Subventionsgebers Rücksicht zu nehmen ist.

Diese Frage wurde im Hinblick auf die Erstattung des Disagios bei vorzeitiger Rückzahlung der subventionierten Kredite virulent. Bei vielen an Subventionsempfänger ausgereichten Krediten schrieb und schreibt die öffentliche Hand bzw. das Förderinstitut den Hausbanken unmittelbar oder mittelbar die Vereinbarung eines bestimmten Disagio-Satzes sowie die Gewährung eines Rechts zur vorzeitigen Rückzahlung des Kredits vor. Legt man die vom BGH für normale Bankkredite entwickelten Auslegungsregeln zugrunde, so liegt es nahe, daß bei einer vorzeitigen Rückzahlung des Kredits das Disagio anteilig zu erstatten ist.

II. Auslegungsregel bei normalen Bankdarlehen

Der BGH [5] hatte die Auslegungsregel aufgestellt, daß ein Disagio im Zweifel als laufzeitabhängiger Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins vereinbart werde und daher bei vorzeitiger Vertragsbeendigung vom Darlehensnehmer gem. § 812 BGB anteilig zurückgefordert werden dürfe. Der BGH [6] begründete dies damit, daß das Disagio seine Funktion als Abgeltung des einmaligen Verwaltungsaufwands bei der Kreditbeschaffung und -gewährung weitgehend verloren habe und daß es in der Bankpraxis nur noch als Rechenfaktor für die Zinsbemessung während des Zinsfestschreibungszeitraums diene. Die Annahme eines laufzeitunabhängigen Disagios hält der BGH unter besonderen Umständen für möglich, wenn die Bank keine 100%ige Darlehensauszahlung vorsehe, sondern stets ein Disagio verlange.

III. Behandlung des Disagios beim subventionierten Kredit in Literatur und Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Erstattung des Disagios bei vorzeitiger Rückzahlung eines subventionierten Kredits ist gespalten. Das OLG München [7] hat der Klage eines Subventionsempfängers auf anteilige Erstattung seines Disagios stattgegeben. Demgegenüber hat das OLG Hamm [8] die Klage einer Genossenschaftsbank gegen die von der öffentlichen Hand bzw. einer Förderbank zwischengeschaltete Genossenschaftszentralbank abgewiesen. Es begründete seine Ansicht damit, daß das Disagio im Rahmen des Darlehensvertrages Genossenschaftsbank - Genossenschaftszentralbank nur ein Durchlaufposten gewesen sei; denn auch für die Genossenschaftsbank als Hausbank des Subventionsempfängers und die Subventionsempfänger selbst sei es ersichtlich gewesen, daß das Disagio einen reinen Durchlaufposten dargestellt habe. Das Disagio sei nämlich nicht verhandlungsfähig gewesen. Schließlich seien die Mittel nicht zu reinen Marktbedingungen ausgegeben worden.

Diese Entscheidung wurde von Busse [9] mit dem Hinweis kritisiert, daß die freie Verhandlungbarkeit von Nominalzins und Disagio für die Qualifikation des Disagios nicht mehr entscheidend sei. Der Durchlaufcharakter des Disagios sei irrelevant, weil dies eine den Kreditnehmer nicht interessierende Frage bankinterner Refinanzierung sei.

Demgegenüber pflichten Batereau/Koppers [10] zumindest im Ergebnis dem Urteil des OLG Hamm bei. Ihrer Ansicht zufolge stellt das Disagio bei jederzeit rückzahlbaren Krediten in erster Linie eine Risikoprämie dar, mit der sich der Subventionsgeber gegen das Risiko absichere, Geld, das er sich teuer auf dem Geldmarkt beschafft habe, zu einem Zeitpunkt zurückzubekommen, in dem er es seinerseits nicht zurückzahlen und nur mit Verlust wieder anderweit anlegen könne. Zum anderen habe das Disagio die Aufgabe, zu einem wesentlichen Teil den Bearbeitungsaufwand, der bei der Vergabe des Darlehens anfalle, abzudecken. Kosten, die der öffentlichen Hand bzw. den Förderinstituten entstünden, könnten nur durch Einbehaltung eines Auszahlungsabschlags gedeckt werden, zumal der Zinssatz bereits subventioniert sei. Deshalb sei auch die Überlegung des BGH, ein niedrigerer Nominalzins lege es nahe, daß dieser nicht die alleinige laufzeitabhängige Gegenleistung für die Überlassung des Kapitals sein könne, auf Förderkredite nicht anwendbar.

IV. Stellungnahme

1. Allgemeines

Betrachtet man isoliert die Vereinbarung eines Disagios, so läßt sich nicht erkennen, ob dieses Vergütungselement an der Dauer der Kreditüberlassung orientiert ist oder nicht. Erkennbar ist nur, daß schon bei Auszahlung der Darlehenssumme eine Vergütung durch Aufrechnung erfolgen soll. Die Auslegung einer Disagio-Vereinbarung darf jedoch nicht beim Wortlaut der Vereinbarung stehenbleiben. Sie hat auch die Begleitumstände, insbesondere gem. § 157 BGB auch die in den

beteiligten Kreisen herrschende Übung zu berücksichtigen und den Interessen der jeweiligen Gegenseite angemessen Rechnung zu tragen [11].

2. Kostendenken bei der Auslegung der Disagio-Vereinbarung

An den Kosten der Kreditvergabe orientieren sich diejenigen Meinungen, die zwischen den einmaligen bei und vor der Kreditvergabe anfallenden Beschaffungs- und Verwaltungskosten sowie den im Laufe der Zeit anfallenden Refinanzierungs- und Kreditüberwachungskosten differenzieren. Sie argumentieren, daß es angemessen sei, die Preise möglichst kostengerecht auszugestalten. Zumal wenn jemand kurze Zeit nach der Kreditaufnahme das Darlehen zurückzahle, würden die Zinsen bei einer auf längere Zeit geplanten Darlehensvergabe die einmaligen Kosten der Kreditbeschaffung und Kreditvergabe nicht ausreichend widerspiegeln. Es sei daher nur angemessen, dem Darlehensgeber für den Fall einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung die volle Vergütung seiner bis dahin entstandenen Kosten zu sichern. Dies könne dadurch erfolgen, daß das Disagio als laufzeitunabhängige Vergütung interpretiert werde [12].

Auf derselben Linie liegt die Argumentation, derzufolge das Disagio in Fällen, in denen zwar der Kreditgeber das Darlehen erst nach Ablauf einer längeren Frist zurückverlangen könne, der Darlehensnehmer es aber jederzeit zurückzahlen dürfe, eine Risikoprämie enthalte [13]. In der Tat muß der Darlehensgeber einen Nachteil hinnehmen, wenn ihm die Kreditsumme in Zeiten fallender Zinsen zurückgezahlt wird und er das Geld, das er sich teuer beschafft hat, nicht seinerseits zurückgeben kann, sondern es zu niedrigeren Zinsen anlegen muß. Diese Nachteile stellen Kosten dar, die, weil sie nicht sicher anfallen, ein Kaufmann in Form einer Risikoprämie einzukalkulieren pflegt. Diesem Kostenfaktor kann man in der Tat dadurch Rechnung tragen, daß man ihn im Rahmen eines Disagios auf den Darlehensnehmer überwälzt. Das Disagio muß dann als laufzeitunabhängige Vergütung verstanden werden. Diese kostenorientierte Betrachtungsweise würde mit der am Modellmarkt des vollkommenen Wettbewerbs [14] entwickelten wirtschaftswissenschaftlichen Preistheorie im Einklang stehen. Auf diesem Modellmarkt sorgen die vollkommene Markttransparenz und das Fehlen jeglicher Marktmacht für die Anpassung der Preise an die jeweiligen Kosten der Leistung an einen Nachfrager. Im Fall der vorzeitigen Rückzahlung von Krediten hätte also jede Nachfragergruppe diejenigen Kosten zu tragen, die sie verursacht hat.

Das Denken in Kosten liegt den Juristen auch unabhängig von einer preistheoretischen Betrachtung typischerweise nahe, weil es erlaubt, sich an relativ leicht greifbaren Maßstäben zu orientieren. Eine Rolle mag dabei auch der Umstand spielen, daß die Vorstellungen zum gerechten Preis seit jeher um die Faktoren Bedürfnis, Kosten, Arbeit kreisten [15].

Gleichwohl ist vor einer vorschnellen Orientierung an den Kosten einer Leistung zu warnen. Die Juristen, die die Kosten zum Entscheidungskriterium erheben, müssen sich von seiten der Wirtschaftswissenschaft den Vorwurf gefallen lassen, sie praktizierten schlechten ökonomischen Stil, indem sie in die längst überwundene Produktionskosten-Theorie von Alfred Marshal zurückfielen [16]. Es sei inzwischen ökonomische Binsenweisheit geworden, daß auf den in der Realität zu beobachtenden Märkten der Preis nicht die Gestehungskosten, sondern das Verhältnis von Angebot und Nachfrage widerzuspiegeln habe [17]. Der Wettbewerb führe in den allermeisten Fällen sogar dazu, daß die Preise nicht kostengerecht differenziert werden. Im Normalfall könne der Unternehmer sogar nur dann das Gewinnmaximum erreichen, wenn er die Kostendifferenzen bei der Leistung an die einzelnen Abnehmer nicht berücksichtige [18].

Auch die wirtschaftswissenschaftliche Preistheorie legitimiert nicht, die Kosten zum maßgeblichen Kriterium zu erheben. Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs ist gänzlich realitätsfremd [19]. Die realen Märkte sind durch mehr oder minder große Machtunterschiede und eine mehr oder minder große Intransparenz gekennzeichnet. Dies hat zur Konsequenz, daß sich die Preise zeitweise weit von den Kosten entfernen können, daß dies zu einem Anreiz für die Wettbewerber wird, in die Nachfragerlücken hineinzustoßen, aber auch den Anreiz erzeugt, durch Innovationen dem Wettbewerbsdruck zu entgehen, um erneut Vergütungen einzuheimsen, die über den Kosten liegen. Mit anderen Worten: Ein dynamischer Wettbewerb hat mit den Kosten nur soviel zu tun, als Anbieter, die auf längere Zeit hin nicht ihre Kosten erwirtschaften, aus dem Wettbewerb ausscheiden müssen. Eine Legitimation für ein kostenorientiertes Denken liefert auch nicht die Figur des gerechten Preises. Die Überlegungen zum iustum pretium haben nämlich gezeigt, daß die Kosten nur dann Anhaltspunkte für einen gerechten Preis abgeben können, wenn die Produktionskosten einer Leistung überschaubar sind, die Technik statisch ist und Angebot sowie Nachfrage fast ausgeglichen sind, so daß nicht mit großen Schwankungen gerechnet werden muß [20]. Diese Voraussetzungen konnte

eine Zunftverfassung eine gewisse Zeit gewährleisten. In einer modernen Marktwirtschaft sind sie nicht mehr erfüllt, so daß die Kosten bei der Überprüfung der Preisgerechtigkeit grundsätzlich außer acht zu lassen sind.

Sicherlich kommt man mangels anderer verlässlicher Kriterien vielfach nicht umhin, auf Kostengesichtspunkte zu rekurrieren, z.B., wenn keine Vergleichsmarktpreise existieren oder es um die Bekämpfung von Marktmacht geht. Der Rückgriff auf Kostenüberlegungen sollte aber in einer Marktwirtschaft nur mit äußerster Vorsicht erfolgen, wenn auf einem anderen Weg keine einigermaßen gerechte Lösung erreicht werden kann.

Für die Frage, ob das Disagio als laufzeitabhängige oder als laufzeitunabhängige Vergütung zu qualifizieren ist, ist daraus abzuleiten, daß die Kostenstruktur der Hausbank bzw. der Förderbank oder der öffentlichen Hand allenfalls am Rande eine Rolle spielen kann. Die Nichtberücksichtigung der Kosten hat nicht zur Konsequenz, daß Personen, die das Darlehen die volle Laufzeit behalten und Personen, die das Darlehen alsbald zurückzahlen und eine anteilige Erstattung des Disagios verlangen, ungerechtfertigt gleichgestellt werden; denn, wie gezeigt worden ist, fordert in einer Marktwirtschaft der Gedanke der Gerechtigkeit nicht notwendig, daß die Vergütung die Kostendifferenzen bei der Erbringung der Leistung reflektiert. So ist es nach allgemeiner Ansicht mit der Gerechtigkeit vereinbar, daß der Verkäufer Güter unabhängig von der Entfernung, über die sie zu transportieren sind, zum gleichen Preis verkauft [21], daß bei der Miete keine Verwaltungsgebühr gefordert wird oder daß die Kosten eines Hotelzimmers nicht ohne weiteres sinken, wenn es statt für eine Nacht für zwei oder drei Nächte belegt wird. So ist es auch denkbar, daß Käufer bei langfristigen Lieferverträgen für die Möglichkeit, jederzeit ohne Kosten aus dem Vertrag aussteigen zu können, höhere Preise pro Stück in Kauf nehmen, weil sie besonders risikoscheu agieren. Ein Verkäufer wird sich natürlich an diesen Nachfragern nur orientieren, wenn er davon ausgeht, daß er auf Dauer seine Verluste infolge eines vorzeitigen Abspringens einzelner Käufer durch höhere Einnahmen kompensieren, ja überkompensieren kann. Ähnlich ist die Situation bei langfristigen Darlehen, bei denen die Darlehensnehmer den Kredit jederzeit zurückzahlen können. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß bei Förderkrediten die Hausbanken trotz der Möglichkeit vorzeitiger Kreditrückzahlung sich vielfach Vergütungen nur aus der Zinsmarge ausbedingen.

Selbst wenn man dem Kostenargument eine gewisse Berechtigung zuerkennt, stellt sich das Problem, wie hoch diese Kosten sind. Es fällt dabei auf, daß das Disagio üblicherweise in prozentualen Anteilen an der Darlehenssumme berechnet wird, obwohl, wie Köndgen und Busse [22] zu Recht betonen, man kein Rechenkünstler sein muß, um zu erkennen, daß der der Auszahlung vorangehende Aufwand des Darlehensgebers mit der Höhe der Darlehenssumme, wenn überhaupt, dann allenfalls degressiv ansteigt. Im übrigen kann es nicht Sache der Gerichte sein, sich über die Höhe der Kosten Gedanken zu machen. Angesichts der Schwierigkeit der Bewertung und der Zuordnung von Gemeinkosten [23] sollten sich die Gerichte die Aufgabe einer Prüfung, ob im konkreten Fall wirklich Kosten vergütet werden sollen, nur im äußersten Notfall aufbürden. Der BGH [24] hat es daher zu Recht abgelehnt festzustellen, welcher Sockelbetrag durch einmalig anfallende Kosten gerechtfertigt ist. Wenn aber unklar ist, wie hoch die einmaligen Verwaltungskosten sind, kann man nicht ein Disagio generell als Vergütung für einmalige Verwaltungskosten qualifizieren.

Gleiches gilt für die Risikoprämie. Sicherlich ist das Risiko einer vorzeitigen Rückzahlung existent. Für die Größe des Risikos fehlen den Gerichten indessen alle Anhaltspunkte. Es kann nicht sein, daß ein möglicherweise auf lange Sicht nur gering zu bewertendes Risiko es erlaubt, ein wesentlich höheres Disagio entgegen den Erwartungen des Vertragspartners von der Laufzeit des Darlehens abzukoppeln. Mit anderen Worten: Ein Disagio ließe sich allenfalls dann als Vergütung für eine laufzeitunabhängige Risikoprämie verstehen, wenn die Risikoprämie in dieser Höhe sachgerecht wäre. Objektiv angemessene Risikoprämien existieren jedoch nicht. Das Risiko, daß Darlehen vorzeitig zurückgezahlt werden, ist empirisch nicht meßbar. Es existieren nur subjektive Urteile über die Wahrscheinlichkeit. Die Ermittlung dieser Wahrscheinlichkeit ist ein Vorgang, der stark an die Person des Schätzenden gebunden ist und somit wesentlich durch sein Erfahrungs-, sein Vorstellungs- und Denkvermögen beeinflusst ist [25]. Diese Risikourteile sind echte unternehmerische Entscheidungen und entziehen sich damit gerichtlicher Nachprüfbarkeit. Letztlich würde man mit einer Berücksichtigung einer Risikoprämie es in das Belieben des Kreditgebers stellen, ob er nachträglich seine Disagiovereinbarung als laufzeitabhängige oder laufzeitunabhängige Vergütung verstanden wissen will.

Erst recht kann es nicht Sache der Gerichte sein, ex post die Präferenzen der Nachfrager zu ermitteln, um auf dieser Basis zu prüfen, ob ein ordentlicher Kaufmann das Disagio laufzeitabhängig oder

laufzeitunabhängig ausgeformt hätte. Es ist allein Sache der Anbieter und deren mehr oder minder großer Risikofreudigkeit zu entscheiden, wie sie ihre Preispolitik gestalten wollen.

Nun mag man einwenden, daß alle diese Überlegungen nicht den Subventionscharakter der Kredite berücksichtigen. Ziel dieser Kredite ist es aber gerade, dem Subventionsempfänger bessere als die Marktkonditionen zu verschaffen. Aus der Sicht der Subventionsempfänger ist nicht erkennbar, ob die Subventionen dadurch erfolgen sollen, daß lediglich auf Gewinne verzichtet wird oder ob auch die Selbstkosten der Förderinstitute vom Steuerzahler finanziert werden sollen. Denkbar wäre es jedenfalls ohne weiteres, daß die öffentliche Hand gerade diejenigen Subventionsempfänger begünstigen will, die schnell die Kredite zurückzahlen können oder die sich woanders billiger finanzieren können, und deshalb die laufzeitunabhängigen Verwaltungskosten und Risikoprämien aus dem Steuertopf bezahlt. Man kann auch nicht ohne weiteres behaupten, daß jeder, der die öffentliche Hand in Anspruch nimmt, mit Verwaltungsgebühren zu rechnen habe. Diese sind im Subventionsbereich keinesfalls üblich und würden auch den Subventionseffekt abschwächen. Es stellt vielmehr eine von Fall zu Fall zu treffende Entscheidung der öffentlichen Hand dar, ob und in welcher Höhe sie für ihre Leistungen eine Vergütung fordern will. Erfahrungssätze gibt es hierzu nicht. Daraus folgt, daß das Verlangen einer Vergütung und die Art der Vergütung ausreichend deutlich zu machen sind.

3. Üblichkeit

Da die Kostenbelastung der öffentlichen Hand, der Förderinstitute und Hausbanken für die Frage, ob es sich bei dem Disagio um eine laufzeitabhängige oder laufzeitunabhängige Vergütung handelt, keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Interpretation liefert, ist auf das übliche Verständnis des Begriffs "Disagio" abzustellen.

Prass [26] hat 1981 einleuchtend dargelegt, daß seit längerer Zeit das Disagio von den Banken als Rechenfaktor zur Regulierung und Feinsteuerung des Zinssatzes benutzt werde. Diese Funktion wird ihm auch üblicherweise in den Kreisen der Kreditnehmer beigelegt. Sie verbinden das Disagio kaum mehr mit dem einmaligen Verwaltungsaufwand bei der Kreditvergabe oder mit sonstigen einmalig anfallenden Kosten.

Der BGH [27] hat aus dieser Entwicklung der Bankpraxis 1990 zutreffend den Schluß gezogen, daß das Disagio im Zweifel als laufzeitabhängiger Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins zu betrachten sei. Er hat mit dieser Entscheidung der Erwartungshaltung der Kreditnehmer Rechnung getragen, die den Banken bekannt sein mußte. Mithin orientiert sich der BGH mit seiner Auslegungsregel an den üblichen Funktionen des Disagios und daran, daß im Zweifel die von den Parteien benutzten Begriffe im üblichen Sinn zu verstehen sind. Der Kreditgeber, der behauptet, daß eine atypische Situation vorliegt, hat deshalb darzutun, daß der Begriff Disagio in einer atypischen Situation benutzt worden ist, die aus der Sicht der Kreditnehmer auf einen atypischen Begriffsinhalt schließen ließ.

Das Argument, daß bei subventionierten Krediten das Disagio nicht verhandelbar sei, muß nun bei den Kreditnehmern nicht den Eindruck erwecken, es handele sich um eine laufzeitunabhängige Vergütung. Der Nominalzins ist für kleinere Kunden in der Regel ebenfalls nicht verhandelbar, ohne daß deswegen dessen Laufzeitabhängigkeit in Frage gestellt wird. Vor allem kann aber das laufzeitabhängige Disagio, auch wenn es nur in einer Variante angeboten wird, dazu eingesetzt werden, die Effektivverzinsung eines Darlehens entsprechend der Marktlage zu regulieren [28]. Die Möglichkeit, zwischen mehreren Varianten eines Disagios zu wählen, zeigt nur besonders deutlich, daß es sich bei dem Disagio um eine laufzeitabhängige Vergütung handelt, erlaubt aber nicht einen Umkehrschluß in den Fällen, in denen nur eine Variante eines Disagios angeboten wird. Entscheidend ist, daß die Verkehrsanschauung nicht in so feiner Weise zwischen dem Angebot einer Disagio-Variante und dem Angebot einer Reihe von Disagio-Varianten differenziert, sondern sich an den üblichen Funktionen des Disagios orientiert.

Atypisch ist zwar der Umstand, daß bei den subventionierten Krediten nicht die marktüblichen Zinsen berechnet werden. Die Subventionsempfänger müssen daraus aber nicht den Schluß ziehen, daß bei derartigen Krediten die Rechtslage in Hinblick auf das Disagio anders ist als bei nicht-subventionierten Krediten. Für die Kreditnehmer ist in beiden Fällen entscheidend, daß sie die Kredite von ihrer Hausbank in einer im wesentlichen den normalen Gepflogenheiten entsprechenden Form erhalten. Bezeichnenderweise wird ja auch bei dem subventionierten Kredit der Begriff des Disagios und nicht der einer Risikoprämie oder Verwaltungsgebühr verwandt. Wenn die öffentliche Hand aber Begriffe

benützt, die in der Bankpraxis eine bestimmte Bedeutung erhalten haben, so kann sie von dem Subventionsempfänger nicht erwarten, daß er erkennt, daß diese Begriffe nicht wie üblich verstanden werden dürfen.

Die Kostenstruktur der Hausbank und der Förderbank sind für Subventionsempfänger nicht erkennbar. Sie können sich nur daran halten, daß der Begriff des Disagios verwandt wurde, den sie mangels anderer Anhaltspunkte im üblichen Sinn verstehen müssen. Darüber hinaus ist das Argument nicht von der Hand zu weisen, daß die Subventionsempfänger bei subventionierten Krediten annehmen dürfen, daß sie im Interesse des Subventionseffekts nicht mit einmaligen Kosten belegt werden. Wenn ihnen einerseits eine jederzeitige Rückzahlbarkeit des Kredits garantiert wird, um ihnen eine optimale Finanzierung zu ermöglichen, so muß es für sie eher fernliegen, daß ihnen eine Vergütung für die Rückzahlungsmöglichkeit abgefordert wird und ihnen damit die Umfinanzierung letztlich erschwert wird.

V. Wegfall der Bereicherung

Die auf anteilige Erstattung des Disagios in Anspruch genommenen Geschäftsbanken wehren sich auch mit dem Argument, das Disagio sei bei ihnen lediglich ein durchlaufender Posten. Sie hätten bei ihrer Refinanzierung selbst ein Disagio gezahlt. Deshalb sei ihre Bereicherung weggefallen [29]. Diese Argumentation scheint unter mehreren Aspekten fragwürdig zu sein.

Zum einen spricht vieles dafür, die im Verhältnis Subventionsempfänger - Hausbank geltenden Auslegungsgrundsätze auch im Verhältnis öffentliche Hand bzw. Förderbank - Geschäftsbank anzuwenden. Dann hätte die Geschäftsbank ihrerseits einen Anspruch aus § 812 BGB gegen die öffentliche Hand bzw. Förderbank auf anteilige Erstattung des Disagios. Anders wäre die Rechtslage nur, wenn im Rahmen des Refinanzierungsvertrages das Disagio die Bedeutung einer laufzeitunabhängigen Vergütung hätte, weil die Geschäftsbank die Intentionen der Förderbank bzw. der öffentlichen Hand kannte.

Selbst in einem solchen Fall läßt sich nicht ohne weiteres behaupten, daß die Bereicherung der Geschäftsbank mit Zahlung an die Bank, bei der sie sich refinanziert hatte, weggefallen ist. Hat sich die Geschäftsbank refinanziert und dabei der Förderbank eine laufzeitunabhängige Vergütung versprochen, bevor sie das Darlehen an den Subventionsempfänger auszahlte, so sind die Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 BGB nicht erfüllt; denn die Geschäftsbank ist im Verhältnis zur refinanzierenden Bank nicht eine Verpflichtung eingegangen, weil sie vom Subventionsempfänger ein Disagio erhalten hatte. Das gilt auch, wenn die Geschäftsbank mit dem Disagio betrag ihre Schulden bei der refinanzierenden Bank bezahlt haben sollte. Die Bezahlung eigener Schulden mit dem Gegenstand, um den man bereichert ist, führt nicht zur Anwendbarkeit des § 818 Abs. 3 BGB [30]. § 818 Abs. 3 BGB könnte allenfalls dann eingreifen, wenn die Geschäftsbank mit dem Subventionsempfänger einen Darlehensvertrag schließt, das Darlehen auszahlt und dabei das Disagio einbehält und im Vertrauen auf das Behalten-Dürfen des Disagios dann endgültig den Refinanzierungsvertrag mit der Refinanzierungsbank auf der Basis eines laufzeitunabhängigen Disagios abschließt.

Auch dann ist die Geschäftsbank aber nicht entreichert [31]; denn sie hat regelmäßig gegen die refinanzierende Bank und letztlich gegen die Förderbank bzw. öffentliche Hand einen vertraglichen Erstattungsanspruch. Das Urteil des BGH vom 29.5.1990 [32] hat mit der langjährigen Rechtsprechung des BGH [33] gebrochen, derzufolge das Disagio zumindest dann im Zweifel als laufzeitunabhängiges Entgelt anzusehen sei, wenn es sich im üblichen Rahmen halte. Dies wurde bei 6% bejaht. In der Entscheidung vom 1.6.1989 hatte der BGH [34] nur die Frage aufgeworfen, ob nicht Anlaß zu einer grundsätzlichen Neubewertung des Disagios bestehe. Vor dem 29.5.1990 existierte mithin im Verhältnis öffentliche Hand bzw. Förderbank und Geschäftsbank hinreichend Anlaß dazu, darauf zu vertrauen, daß die Geschäftsbank das ihr vorgegebene Disagio bei vorzeitiger Rückzahlung des Kredits behalten dürfe. Man kann es nicht ohne weiteres als Risiko der Geschäftsbank bezeichnen, wenn sich diese darauf verläßt, daß sich die Rechtsprechung des BGH nicht ändern werde. Vielmehr ist entscheidend darauf abzustellen, daß die Darlehensverhältnisse Geschäftsbank - Subventionsempfänger und Geschäftsbank - Refinanzierungsbank so eng aufeinander abgestimmt werden, daß der Geschäftsbank eine bestimmte Verdienstmarge vorgegeben ist. Ist es so, daß die Geschäftsbank von der Refinanzierungsbank gehalten ist, gegenüber dem Subventionsempfänger einen bestimmten Zinssatz und ein bestimmtes Disagio zu fordern, und keine weiteren Vergütungen verlangen darf, und muß sie der Refinanzierungsbank gegenüber zum selben Disagio-Satz kontrahieren, so ist es evident, daß die Geschäftsbank und die Refinanzierungsbank das Disagio

unter wirtschaftlichem Aspekt als durchlaufenden Posten ansehen. Qualifiziert man nun das Disagio im Verhältnis zum Subventionsempfänger, nicht aber im Verhältnis zur Refinanzierungsbank als laufzeitabhängige Vergütung, so fällt die Geschäftsgrundlage des Vertrages Geschäftsbank - Refinanzierungsbank weg. Richtiger erscheint es anzunehmen, daß dadurch im Verhältnis zur Refinanzierungsbank eine Vertragslücke entsteht, weil die Parteien nicht den Fall geregelt haben, daß das Disagio im Verhältnis zum Subventionsempfänger als laufzeitabhängige Vergütung zu behandeln ist. Diese Lücke ist nach den Intentionen der Parteien des Refinanzierungsvertrages, die der Geschäftsbank eine sichere Verdienstmarge verschaffen wollten, dahin zu schließen, daß das Disagio im Verhältnis zur Refinanzierungsbank in gleicher Weise wie im Verhältnis zum Subventionsempfänger zu behandeln ist. Somit erwirbt die Geschäftsbank, die an den Subventionsempfänger einen Teil des Darlehens erstatten muß, regelmäßig einen Ausgleichsanspruch gegen ihre Refinanzierungsbank.

VI. Ausdrückliche Klarstellung der Laufzeitunabhängigkeit

Der BGH [35] hat eine Klausel in den AGB der Geschäftsbank mit dem Inhalt, bei dem Disagio handle es sich um Kapitalbeschaffungskosten, die bei vorzeitiger Zahlung nicht zurückverlangt werden könnten, wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG für unwirksam erklärt, falls das Disagio die laufzeitunabhängigen Kosten erheblich übersteige. Köndgen und Busse [36] haben dazu mit Recht kritisch angemerkt, der BGH habe sich damit in den Bereich der unmittelbaren Preiskontrolle begeben, der ihm durch § 8 AGBG verschlossen sei. Es könne nicht Sache der Gerichte sein, die Kostengerechtigkeit des Disagios zu überprüfen.

Batereau/Koppers [37] berichten, daß die neuesten AGB der Investitionskredite der Kreditanstalt für Wiederaufbau für den Subventionsempfänger in Ziff. 5 II 3 eine Klausel enthalten, derzufolge das Disagio eine Risikoprämie für die Garantie der jederzeitigen kostenfreien Rückzahlbarkeit des Darlehens darstelle.

Sicherlich kann eine derartige Prämie frei vereinbart werden. Fraglich ist nur, ob dies im Rahmen der AGB erfolgen kann. Wenn Batereau/Koppers [38] ausführen, die Subventionsempfänger nähmen an, in Anbetracht der günstigen Zinsen solche Risikoprämien zahlen zu müssen, so scheint dies eher der Ausfluß eines Wunschenkens zu sein. Empirische Untersuchungen in dieser Richtung liegen jedenfalls nicht vor. Eher ist doch anzunehmen, daß sich Subventionsempfänger am Üblichen orientieren werden, und Risikoprämien für die vorzeitige Rückzahlbarkeit sind nun einmal nicht üblich. Es kann nicht Sache der Subventionsempfänger sein, sich in die Rolle der öffentlichen Hand bzw. der Förderbank zu versetzen und betriebswirtschaftliche Überlegungen darüber anzustellen, welche Risikoprämien zu kalkulieren sind, zumal im Subventionsbereich betriebswirtschaftliche Überlegungen ohnehin nur eine sehr begrenzte Rolle spielen. Vor allem besteht kein Anlaß, diese Risikoprämie in AGB zu verstecken, die an den Darlehensvertrag Subventionsempfänger - Geschäftsbank angeheftet zu werden pflegen. Derartige AGB werden erfahrungsgemäß nicht oder nur oberflächlich gelesen. Nichts hindert doch die Geschäftsbank oder die Refinanzierungsbank, auf den Begriff des Disagios zu verzichten und ihren einmaligen Abschlag von vornherein bei dessen Bezifferung im Vertrag als Risikoprämie für die vorzeitige Rückzahlbarkeit zu kennzeichnen. Die Klarstellung in den AGB, beim Disagio handle es sich um eine Risikoprämie, widerspricht den Erwartungen der durchschnittlichen Subventionsempfänger, selbst wenn diese typischerweise kaufmännisch tätig sind. Es mag sein, daß die Klausel für Durchschnittskunden, die sie lesen, ohne weiteres verständlich ist [39]. Dies ändert jedoch nichts daran, daß sie i.S. des § 3 AGBG überraschend ist, weil die Parteien normalerweise davon ausgehen, daß alle für die Bestimmung der Vergütung wesentlichen Faktoren auf den Tisch gelegt werden. Die Nachfrager erwarten nicht, in den AGB Bestimmungen zu finden, die die Preise auf eine Weise modifizieren, die auch nicht in etwa in ihr Bewußtsein gedrungen ist [40]

[1] Staudinger/Hopt/Mülbert, BGB, 12. Aufl., vor § 607 Rdn. 788.

[2] A.a.O. Fn. 1, vor § 607 Rdn. 786.

[3] A.a.O. Fn. 1, vor § 607 Rdn. 794.

[4] A.a.O. Fn. 1, vor § 607 Rdn. 832.

[5] BGH, DB 1990 S. 1610 = NJW 1990 S. 2250.

- [6] BGH, DB 1990 S. 1610, 1611 = NJW 1990 S. 2250, 2251.
- [7] Urteil vom 11.3.1992 - 7 U 5620/91.
- [8] OLG Hamm, WM 1992 S. 185.
- [9] Busse, EWiR 1992 S. 26.
- [10] Batereau/Koppers, WM 1992 S. 174 ff.
- [11] MünchKomm./Mayer-Maly, BGB, 2. Aufl., § 157 Rdn. 67; Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl., § 133 Rdn. 20.
- [12] Batereau/Koppers, WM 1992 S. 174 ff.; so noch BGH, DB 1981 S. 2023, 2024 = NJW 1981 S. 2180, 2181.
- [13] Batereau/Koppers, WM 1992 S. 174 ff.
- [14] Samuelson, Volkswirtschaftslehre, Bd. I, 1981, S. 63 f.
- [15] Schachtschabel, Der gerechte Preis, Geschichte einer wirtschaftsethischen Idee, 1939, S. 62, 82; Kaulla, Die geschichtliche Entwicklung der modernen Werttheorie, 1906, S. 1 ff.
- [16] So auch Köndgen/Busse, ZBB 1990 S. 214.
- [17] Natürlich darf der Unternehmer die Kosten nicht außer acht lassen. Dies sind aber nicht die Stückkosten, die bei der jeweiligen Leistung angefallen sind, sondern der Verlauf der Grenzkostenkurve (Samuelson, a.a.O. [Fn. 14] Bd. II S. 103 ff., S. 159).
- [18] Gabriel, WuW 1959 S. 313, 314, 321; vgl. auch Mestmäcker, WuW 1957 S. 21, 22 f.; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 10. Aufl. 1990, S. 198 ff.
- [19] Samuelson, a.a.O. (Fn. 14), S. 68 f., 95 ff. und Bd. II, S. 162, 309; Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 10. Aufl. 1990, S. 275 ff.
- [20] Schachtschabel, a.a.O. (Fn. 15).
- [21] Vgl. allerdings § 448 Abs. 1 BGB.
- [22] Köndgen/Busse, ZBB 1990 S. 214, 218.
- [23] Vgl. Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 1969, S. 662 ff., 686 ff.; Heinen, Betriebswirtschaftliche Kostenlehre, Bd. I, S. 75 ff., 369 ff.
- [24] BGH, DB 1990 S. 1610, 1611 = NJW 1990 S. 2250, 2251.
- [25] Philipp, Risiko und Risikopolitik, 1967, S. 29 ff.; Krelle, Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 1957 S. 636 f.
- [26] Prass, BB 1981 S. 1058 ff.
- [27] BGH, DB 1990 S. 1610, 1611 = NJW 1990 S. 2250, 2251.
- [28] Prass, BB 1981 S. 1058, 1061 mit Hinweis auf ein von der Commerzbank 1978 erstelltes Lexikon "Rund um das Geld".
- [29] So auch OLG Hamm, a.a.O. (Fn. 8).
- [30] BGH, DB 1985 S. 2141 = NJW 1985 S. 2700; Palandt/Thomas, BGB, a.a.O. (Fn. 11), § 818 Rdn. 38.
- [31] Vgl. Palandt/Thomas, a.a.O. (Fn. 11), § 818 Rdn. 39.

[32] BGH, DB 1990 S. 1610, 1611 = NJW 1990 S. 2250, 2251.

[33] BGH, DB 1981 S. 2023, 2024 = NJW 1981 S. 2180, 2181.

[34] BGH, DB 1989 S. 2473 = NJW-RR 1989 S. 947.

[35] BGH, DB 1990 S. 1610, 1611 = NJW 1990 S. 2250, 2251.

[36] Köndgen/Busse, ZBB 1990 S. 217.

[37] Batereau/Koppers, WM 1992 S. 174, 176.

[38] Siehe Fn. 37.

[39] BGH, DB 1990 S. 1712 = NJW 1990 S. 2383, 2384.

[40] Koller, Festschrift Steindorff 1990, S. 667, 683; Lindacher, in: Vorträge zur Rechtsentwicklung der achtziger Jahre, herausgegeben von der Juristischen Gesellschaft Osnabrück-Emsland, 1991, S. 347, 359; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB, a.a.O. (Fn. 11), § 9 AGBG Rdn. 16.

VII. Zusammenfassung

1. Auch bei subventionierten Krediten sind Disagiozahlungen in aller Regel bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens anteilig zu erstatten.

2. Diese Verpflichtung trifft auch die öffentliche Hand bzw. deren Förderbanken im Verhältnis zu zwischengeschalteten Geschäftsbanken.

3. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, denen zufolge das Disagio eine Risikoprämie darstellt, die nicht rückzahlbar ist, ist i.S. des § 3 AGBG überraschend.

Prof. Dr. Ingo Koller, Regensburg