

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Die BGH-Rechtsprechung zu Bankentgelten: Echter oder scheinbarer Verbraucherschutz?**

Fachtagung „Aktuelle Rechtsfragen im Kreditgeschäft“  
am 22.10.2018 und 13.11.2018 in Stuttgart

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

- I. Allgemeine Entgeltrechtsprechung = All inclusive Nr. 1
  1. BGHZ 114, 330 als grundsätzlich richtiger Ausgangspunkt
  2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips
  3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdiensterecht (seit 2009)
  4. Unwirksamkeit von Entgelten nach § 312a IV Nr. 2 BGB
  5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

## II. Entgelte bei Darlehensverträgen = All inclusive Nr. 2

1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt
2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte  
= Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt
3. Lösungsmöglichkeiten für die Praxis auf Basis der  
BGH-Rechtsprechung
4. Sonderfrage: 10-jährige Verjährung

## III. Fazit

## IV. Anhang: Folgenbeseitigung durch Richtigstellung und Rückerstattung

## 1. BGHZ 114, 330 als grundsätzlich richtiger Ausgangspunkt

- Unzulässigkeit eines Entgelts für die Erteilung einer Löschungsbewilligung:  
„Im Prinzip **fällt der in Rede stehende Abwicklungsaufwand**, für den in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ein gesondertes Entgelt bestimmt ist, **bei jedem privaten Bodenkredit an**. Der private Kreditnehmer erwartet deshalb berechtigterweise, daß die Beklagte diesen Aufwand aus den vereinbarten Zinsen und/oder einer im Kreditvertrag vereinbarten allgemeinen Bearbeitungsgebühr deckt und insoweit nicht ein gesondertes, bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 1 PAngVO womöglich nicht berücksichtigtes Entgelt beansprucht.“ (juris-Rn. 23)
- Problem: allgemeine Formulierungen zur fehlenden Ersatzfähigkeit von Arbeiten zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten (juris-Rn. 14 ff., 19) und von allgemeinem Verwaltungsaufwand (juris-Rn. 17, 22).

## 2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

### a) Die Rechtsprechung des BGH

- Ein- und Auszahlung am Bankschalter (BGHZ 124, 254)
  - ⇔ anders jetzt OLG München v. 12.10.2017 – 20 U 4903/16, BeckRS 2017, 131450 zu § 675f IV 1 BGB a.F. = § 675f V 1 BGB n.F.: Die früheren Entscheidungen des BGH sind „nicht mehr maßgebend“.
- Einrichtung + Änderung von Freistellungsaufträgen (BGHZ 136, 261)
- Nichtausführung von Kundenaufträgen mangels Deckung (BGHZ 137, 43) bzw. Information darüber (BGHZ 146, 377; BGHZ 193, 238)
  - ⇔ anders jetzt § 675o I 4 BGB ⇒ Folien 8, 10, 15

## 2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

### a) Die Rechtsprechung des BGH

- Bearbeitung + Überwachung von Pfändungsmaßnahmen (BGHZ 141, 380)
- Führen des Girokontos als Pfändungsschutzkonto (BGHZ 195, 298 = ZIP 2012, 2489; BGH ZIP 2013, 1809; BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen [Rn. 54]; kritisch *Bitter*, ZIP 2015, 1807)
- Streichung einer Order zum Wertpapierkauf (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen [Rn. 55 ff., 67])

### 2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

- b) Das Gegenmodell von *Bitter*, in FS Ott, 2002, S. 153; ZBB 2007, 237; ZIP 2008, 2155; JZ 2015, 170 ff.; ZIP 2015, 1807; ZIP 2018, 1203
- Effizienz gesonderter Entgelte, wenn der Kunde durch sein Verhalten Einfluss auf die Kostenentstehung nehmen kann
  - Befürwortung des „Verursacherprinzips“ auch vom OGH ZIP 2016, 2011, 2014 unter Ziff. 6.6. der Gründe m.w.N.
  - tendenziell richtig auch BGHZ 133, 10 betr. Postenpreisklausel
  - richtig insbesondere der Ausgangspunkt der Rechtsprechungslinie in BGHZ 114, 330 zur Erteilung einer Löschungsbewilligung (Folie 4), da schon bei Bestellung der Sicherheit die spätere Notwendigkeit der Löschung feststeht und folglich der Kunde keinen Einfluss auf die Kostenentstehung hat

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- a) Bedeutung der Regelung in § 675o I 4 BGB streitig
- Wortlaut: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstrahmenvertrag *für die Unterrichtung über eine berechtigte Ablehnung ein Entgelt vereinbaren / ein Entgelt für den Fall vereinbaren, dass er die Ausführung eines Zahlungsauftrag berechtigterweise ablehnt.*“ [kursiv = a.F.]
  - *Bitter*, WM 2010, 1773, 1780 f.: Modellcharakter; ausführlich zur Veränderung des Leitbildes *Herresthal*, in FS Coester-Waltjen, 2015, S. 1109 ff. m.w.N., insbes. S. 1121 f.
  - a.A. BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387 (Rn. 40 ff.): kein neues Leitbild, da Ausnahme

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

#### b) Problem: Regelung in § 675f V BGB n.F. (= § 675f IV BGB a.F.)

- Wortlaut: „Der Zahlungsdienstnutzer ist verpflichtet, dem Zahlungsdienstleister das für die Erbringung eines Zahlungsdienstes vereinbarte Entgelt zu entrichten. Für die Erfüllung von Nebenpflichten nach diesem Untertitel hat der Zahlungsdienstleister nur dann einen Anspruch auf ein Entgelt, sofern dies zugelassen und zwischen dem Zahlungsdienstnutzer und dem Zahlungsdienstleister vereinbart worden ist; dieses Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.“
- BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387 (Rn. 40): „Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung“

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

#### c) Einzelfälle in der jüngeren Rechtsprechung

- Unzulässigkeit von Benachrichtigungsentgelten im (alten) EEV wegen § 675f IV 2 BGB a.F., aber Wirksamkeit im SEPA-Basislastschriftverfahren wegen § 675o I 4 BGB (BGHZ 193, 238 = ZIP 2012, 1387)
- Unzulässigkeit eines Entgelts für jeden Buchungsposten
  - Geschäft mit Verbrauchern: Klausel erfasst auch Buchungen im Zuge der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags = Abweichung von § 675y I 2, II 2, IV BGB (BGH ZIP 2015, 517)
  - Geschäft mit Unternehmern: Unwirksamkeit nach § 307 BGB wegen Abweichung von §§ 675u S. 2, 675y I 2, II 2, IV BGB + Nichtigkeit gemäß § 134 BGB i.V.m. §§ 675e I, IV, 675u BGB (BGHZ 206, 305 = ZIP 2015, 1720)
  - Folge: Ausnahme für Buchungen aufgrund fehlerhafter Ausführung erforderlich

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer pauschalen Gebühr von 15 € für die Nacherstellung von Kontoauszügen wegen § 675d III BGB a.F. = § 675d IV BGB n.F. (BGHZ 199, 281 = ZIP 2014, 259)
    - Wortlaut: „Für die Unterrichtung darf der Zahlungsdienstleister mit dem Zahlungsdienstnutzer nur dann ein Entgelt vereinbaren, wenn die Information auf Verlangen des Zahlungsdienstnutzers erbracht wird und der Zahlungsdienstleister
      1. diese Information häufiger erbringt, als in Artikel 248 §§ 1 bis 16 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vorgesehen,
      2. ...
      3. ...
- Das Entgelt muss angemessen und an den tatsächlichen Kosten des Zahlungsdienstleisters ausgerichtet sein.“**

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer pauschalen Gebühr von 15 € für die Nacherstellung von Kontoauszügen (Fortsetzung von Folie 11)
  - gewisse Pauschalierung ist zulässig, aber die Umstände des Einzelfalls sollen weitestmöglich entscheiden (Rn. 20)
  - Gesamtheit der Zahlungsdienstnutzer sollen nicht mit Kosten belastet werden, die durch das ausufernde Informationsbedürfnis Einzelner entstehen (Rn. 20)
  - keine Lösung der Entgelte von den durch eine Nutzergruppe verursachten Kosten nach Maßgabe einer Mischkalkulation (Rn. 21)
  - **§ 675d III 2 BGB a.F. (= § 675d IV 2 BGB n.F.) verbietet eine Quersubventionierung der Minderheit durch die überwiegende Mehrheit (Rn. 25)**
  - Bewertung: Das Verursacherprinzip wird vom BGH nur als Argument *gegen* ein (pauschales) Entgelt anerkannt, nie als Argument *für* ein Entgelt (vgl. *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203).

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Entgelt für die Ausstellung einer Ersatzdebitkarte bei Verbrauchern nach § 307 BGB i.V.m. §§ 675k II 5, 675f V (= IV a.F.) 2 BGB unzulässig wegen Erfassung auch der vereinbarungsgemäßen Sperrung i.S.v. § 675k II BGB (BGHZ 207, 176 = ZIP 2016, 11)
  - Sperre nach § 675k II 1 BGB insbesondere möglich bei Sicherheitsproblemen (Nr. 1) und Verdacht nicht autorisierter oder betrügerischer Verwendung (Nr. 2)
  - Wortlaut des § 675k II 5 BGB: „Der Zahlungsdienstleister ist verpflichtet, das Zahlungsauthentifizierungsinstrument zu entsperren oder dieses durch ein neues Zahlungsauthentifizierungsinstrument zu ersetzen, wenn die Gründe für die Entsperrung nicht mehr gegeben sind.“
  - Folge: für die Vergangenheit kaum wirksame Preisgestaltung möglich; nunmehr (ab 13.1.2018) **Neuregelung in § 675I I 3 BGB** mit Anspruch auf Erstattung der „unmittelbar mit dem Ersatz verbundenen Kosten“

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit pauschaler Gebühr für SMS-TAN, da Geltung auch für TAN, die nicht im Zusammenhang mit einem Zahlungsauftrag eingesetzt wird (BGH ZIP 2017, 1704, für BGHZ vorgesehen)
  - Gebühr für TAN, die nach Feststellung einer Divergenz = Verdacht des „Phishings“ oder nach Überschreitung der Geltungsdauer nicht mehr eingesetzt wird/werden kann, verstößt gegen § 675f V (= IV a.F.) 1 BGB
  - Folge: Ausnahmeregelung erforderlich, soweit Differenzierung technisch möglich
  - Verstoß gegen Transparenzgebot wegen Pauschalpreis von 2 € für „SdirektKonto“ bleibt offen (Rn. 38)

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer Gebühr für die Benachrichtigung über die berechtigte Ablehnung von Zahlungsaufträgen bei fehlender Begrenzung auf die bei der *Unterrichtung* anfallenden Kosten nach § 307 BGB i.V.m. §§ 675 IV 2, 675o I 4 BGB a.F. (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen)
  - Wortlaut des § 675o I 4 BGB a.F.: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstrahmenvertrag **für die Unterrichtung** über eine berechtigte Ablehnung **ein Entgelt** vereinbaren.“
  - enge Begrenzung des „Verursacherprinzips“ aus § 675o I 4 BGB (Rn. 33)
  - jetzt § 675o I 4 BGB n.F.: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstrahmenvertrag ein Entgelt für den Fall vereinbaren, dass er die Ausführung eines Zahlungsauftrag berechtigterweise ablehnt.“
  - Frage: Einschränkung der Kostenbasis (BGH) jetzt nicht mehr erforderlich? (so *Piekenbrock*, ZBB 2017, 325, 327: generelle Bepreisbarkeit der Bonitätsprüfung)

### 3. Unwirksamkeit von Entgelten nach dem Zahlungsdienstrecht (seit 2009)

- Unzulässigkeit einer Gebühr für die Aussetzung + Löschung eines Dauerauftrags nach § 307 BGB i.V.m. § 675f V (= IV a.F.) 2 BGB (BGH ZIP 2017, 1992, für BGHZ vorgesehen)
  - Aussetzung + Löschung dienen nicht der *Ausführung* eines Zahlungsauftrags und damit auch nicht der Erbringung des Zahlungsdienstes als Hauptpflicht i.S.v. § 675f V (= IV a.F.) 1 BGB, sondern zielen darauf ab, dass der Zahlungsauftrag *nicht* ausgeführt wird = Widerruf (Rn. 51 f.)
  - Gebühr für einen Widerruf nur im Fall des § 675p IV BGB, dort Satz 3 (Rn. 52)
  - Konsequenz: wenig sinnvolle Differenzierung zwischen verschiedenen, einen Dauerauftrag betreffenden Anweisungen des Kunden

### 4. Unwirksamkeit von Entgelten nach § 312a IV Nr. 2 BGB

- Unzulässigkeit der Klausel „BARTRANSAKTION Bareinzahlung von Münzgeld 7,50 Euro“ (OLG Karlsruhe v. 26.6.2018 – 17 U 147/17, BeckRS 2018, 15204)
  - Inhaltskontrolle nach §§ 307 bis 309 BGB trotz § 307 III BGB auch bei einer Hauptleistungspflicht möglich, falls eine Abweichung von einer gesetzlichen Preisgestaltungsregelung – hier § 312a IV Nr. 2 BGB – vorliegt (Rn. 22 ff.; m.E. zweifelhaft; vgl. auch Folie 24)
  - § 312a IV Nr. 2 BGB ist jedenfalls anwendbar, soweit die Münzeinzahlung der Rückzahlung eines Kontokorrentkredits dient (Rn. 31 ff.; m.E. zweifelhaft)
  - Umlagefähigkeit nur der transaktionsbezogenen Kosten, nicht auch der transaktionsunabhängigen (Vorhalte-)Kosten, z.B. Kosten für Münzzahlmaschinen (Rn. 36 ff.; m.E. zweifelhaft)

Achtung: Revision zugelassen; anders OLG München v. 12.10.2017 – 20 U 4903/16, BeckRS 2017, 131450 (keine Inhaltskontrolle des Entgelts für Ein- und Auszahlung)

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

- a) BGH früher: Unzulässigkeit höherer Gebühren für das P-Konto
  - BGHZ 195, 298 = ZIP 2012, 2489 = WM 2012, 2381
  - BGH ZIP 2013, 1809 = WM 2013, 1796
  - a.A. *Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 33a m.w.N.

Aber: Kündigungsmöglichkeit bei fehlendem Kontrahierungszwang

- allgemein: BGH ZIP 2013, 304 = WM 2013, 316; *Herresthal*, WM 2013, 773 ff.
- zum P-Konto: OLG Dresden WM 2018, 1304 = VuR 2018, 266 m. Anm. *Hummel*; Vorinstanz: LG Leipzig ZIP 2016, 207 = VuR 2016, 109

Folge: Pflicht der Bankvorstände zur Kündigung von P-Konten zur Vermeidung dauerhafter Quersubventionierung

- *Bitter*, ZIP 2015, 1807; *Bitter*, in FS Köndgen, 2016, S. 83, 91

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Allgemeiner Anspruch auf ein Basiskonto: § 31 ZKG

Führung des Basiskontos als P-Konto: § 33 III 3 ZKG

„Der Berechtigte kann bereits bei Stellung des Antrags auf Abschluss eines Basiskontovertrags verlangen, dass der Verpflichtete das Basiskonto als Pfändungsschutzkonto nach § 850k der Zivilprozessordnung führt.“

Entgelt für das Basiskonto: § 41 II 2 ZKG

„Das Entgelt für die von § 38 erfassten Dienste muss angemessen sein.

Für die Beurteilung der **Angemessenheit** sind insbesondere die marktüblichen Entgelte sowie das Nutzerverhalten zu berücksichtigen. ...“

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Ermöglichung einer Inhaltskontrolle der Entgelte

Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Bereits durch das in Absatz 2 eingeführte Kriterium der „Angemessenheit“ der Entgelte wird für die Inhaber von Basiskonten eine über das derzeit allgemein geltende Maß hinausgehende Kontrolle der Entgeltgestaltung von Kreditinstituten ermöglicht.“ (BR-Drs. 537/15 v. 6.11.2015, S. 100)

Auslegung des Begriffs der „Angemessenheit“

Auszug aus der Gesetzesbegründung: „Als angemessen erscheint ein Entgelt, das im Durchschnitt **die Kosten der Institute deckt** und ihnen einen **angemessenen Gewinn** sichert. Dies wird mit der Bezugnahme insbesondere auf die marktüblichen Entgelte sichergestellt (Satz 2).“ (a.a.O. S. 101)

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

Folge 1: Keine Pflicht der Kreditinstitute zur dauerhaften (Quer-)Subventionierung von Basiskonten

- Vorschlag des Bundesrats, das Entgelt für Basiskonten an demjenigen Betrag zu orientieren, den das Institut für sonstige Girokonten mit entsprechenden Funktionen üblicherweise verlangt (vgl. die Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 537/15 v. 18.12.2015, S. 11), ist nicht Gesetz geworden
- OLG Schleswig v. 8.5.2018 – 2 U 6/17 (juris, insbes. Rn. 104) ⇒ b.w.

Folge 2: Differenzierung zwischen allgemeinen Basiskonten und P-Konten als Berücksichtigung des „Nutzerverhaltens“ i.S.v. § 42 II 2 ZKG

- *Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 33a

Konsequenz: alte BGH-Rechtsprechung ist nicht übertragbar

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

OLG Schleswig v. 8.5.2018 – 2 U 6/17 (juris)

- Inhaltskontrolle anhand § 41 II ZKG ist möglich (juris-Rn. 88).
- Für die Angemessenheit des Entgelts ist der Umfang der zu erbringenden Leistungen bedeutsam; weitreichender Mindestkatalog nach § 38 II Nr. 1 und 2 ZKG ≠ reines Online-Konto (juris-Rn. 92 ff.)
- Bezugspunkt der Angemessenheit sind die konkreten Kosten des jeweiligen Instituts, also kein objektiver Maßstab (juris-Rn. 97 ff.)
- kein „Meistbegünstigungsprinzip“ (juris-Rn. 101)
- keine Beschränkung auf die tatsächlich entstandenen Kosten (juris-Rn. 106)
- Entgelt darf nicht so hoch sein, dass der Zugang zu Zahlungskonten praktisch unmöglich wird (juris-Rn. 108)

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

OLG Schleswig v. 8.5.2018 – 2 U 6/17 (juris)

- Unzulässigkeit einer nicht überwiegend zahlungsvorgangsorientierten Entgeltstruktur (z.B. hohe pauschale periodenbezogene Vergütung) wegen Benachteiligung des typischen Basiskontoinhabers mit wenigen Zahlungsvorgängen pro Monat (juris-Rn. 109-111)
- Ein Teil der Zielgruppe des Basiskontos bedarf individueller Hilfe bei der Erledigung der Zahlungsvorgänge; ein anderer Teil ist online-affin ⇒ **Pflicht zum Angebot verschiedener Basiskontomodelle zur Abbildung des unterschiedlichen Nutzerverhaltens** (juris-Rn. 112-114) ⇒ Angebot nur eines Pauschalmodells mit Gebühr von 8,95 € pro Monat ist nicht angemessen; aber Angemessenheit bei Angebot einer Alternative mit Grundpreis von 3,95 € + Bepreisung der Einzelleistungen, z.B. 2,00 € für beleghafte Überweisung, 0,75 € für Überweisung am SB-Terminal (juris-Rn. 117 ff.)

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

LG Frankfurt ZIP 2018, 1281

Leitsatz der ZIP-Redaktion: Die Preisklausel einer Bank, wonach die monatliche Grundgebühr für eine Basiskonto 8,99 € beträgt und pro beleghafter Überweisung 1,50 € berechnet werden, ist wegen Verstoßes gegen § 41 Abs. 2 ZKG unangemessen.

- Inhaltskontrolle nach § 307 BGB gemäß § 307 III BGB eröffnet bei Abweichung von § 41 ZKG (m.E. zweifelhaft; vgl. auch Folie 17)
- Kriterium der Marktüblichkeit bezieht sich nicht auf das konkrete Institut, sondern es ist ein Vergleich der Kostenstruktur bei anderen Banken geboten.
- Entgeltmodelle für allgemeine Zahlungskonten sind einzubeziehen ⇒ erhebliche Diskrepanz zwischen dem Preis für das Basiskonto und dem Preis für reguläre Konten indiziert die Unangemessenheit

### 5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto)

#### b) Neue Rechtslage seit dem Zahlungskontengesetz (ZKG)

LG Frankfurt ZIP 2018, 1281

- ein basiskontospezifischer Zusatzaufwand darf sich nicht kostenerhöhend für die Kunden des Basiskontos auswirken ⇒ gleicher Preis für Basiskonto und reguläre Konten gefordert
- Der historische Wille des Gesetzgebers ist unerheblich, weil er im Wortlaut der Norm nicht zum Ausdruck kommt.
- Die Annahme des Gesetzgebers, dass Girokonten mit Gewinn geführt werden, ist unzutreffend; marktüblich sind nicht kostendeckende Entgeltkonditionen (Girokonto als „Türöffner“)

Kommentar: Eine gesetzliche Verpflichtung der Banken zu einem nicht kostendeckenden Angebot von Basiskonten wäre m.E. verfassungsrechtlich bedenklich (*Bitter*, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 33 Rn. 32, 33a).

Hauptproblem: Zulässigkeit der Erhebung eines laufzeitunabhängigen Entgelts (Bearbeitungs- oder Abschlussgebühr) neben dem laufenden Darlehenszins

#### 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266 + BGH ZIP 2014, 1369: Unzulässigkeit der Abschlussgebühr jedenfalls in Vertrag mit Verbraucher; arg: **Leitbild in § 488 I 2 BGB: nur Zins als Gegenleistung des Darlehensnehmers**
- ❖ BGH ZIP 2017, 67 (Rn. 22, 31 ff.) für Darlehensgebühr bei Bauspardarlehen
- ❖ BGH ZIP 2017, 1313 (Rn. 28, 36) für Kontogebühr in der Darlehensphase des Bausparvertrags
- ❖ BGH ZIP 2018, 1389 (Rn. 38 ff., insbes. Rn. 46) für laufzeitunabhängige Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr

### 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ BGHZ 212, 363 = ZIP 2017, 73 und BGH ZIP 2017, 170 zur Unzulässigkeit eines pauschalen laufzeitunabhängigen Mindestentgelts bei geduldeter Kontoüberziehung
  - Belastung mit Aufwand für Tätigkeiten, die die Bank im eigenen Interesse erbringt
  - Berücksichtigung der (angeblich) sittenwidrigen Zinshöhe (§ 138 I BGB) im Rahmen der Interessenabwägung
    - ⇔ Argument falsch, da Marktvergleich in Bezug auf Mindestgebühr erforderlich (vgl. *Bitter/Röder*, BGB AT, 8. Aufl. 2018, § 6 Rn. 43c)
  - Kostendeckung kein Argument für das Entgelt; Entgelthöhe ist nicht in Bezug auf jedes einzelne Geschäft zu kalkulieren, sondern **Mischkalkulation ohne weiteres möglich** (bestätigend BGH ZIP 2018, 1123 [Rn. 32])
    - ⇔ die im Rahmen des § 675d III 2 BGB a.F. = § 675d IV 2 BGB n.F. verbotene Quersubventionierung (Folie 12) wird hier zum rechtlichen Gebot erhoben

### 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ Übertragbarkeit der BGH-Grundsätze auf **Darlehen an gewerbliche Kunden** zunächst str. (dafür z.B. OLG Frankfurt ZIP 2016, 1158 + 2057; dagegen OLG Frankfurt ZIP 2016, 2211; differenzierende Analyse bei *Koch*, WM 2016, 717)
- ❖ Übertragbarkeit nach Ansicht des XI. Zivilsenats zu bejahen (BGHZ 215, 172 = ZIP 2017, 1610; für Kontokorrentkredit BGH ZIP 2017, 1654; allgemein bestätigend BGH v. 17.4.2018 – XI ZR 213/16, BeckRS 2018, 14455 [Rn. 23]; BGH v. 17.4.2018 – XI ZR 214/16, BeckRS 2018, 14452 [Rn. 23]; BGH v. 5.6.2018 – XI ZR 371/16, BeckRS 2018, 14431 [Rn. 16]; für Avalkredit BGH ZIP 2018, 1436)
  - **Hauptargument erneut: (angebliches) Leitbild des § 488 I 2 BGB** (BGHZ 215, 172 = ZIP 2017, 1610 [Rn. 29, 38]; BGH ZIP 2017, 1634 [Rn. 38, 46]; zuletzt BGH v. 16.10.2018 – XI ZR 593/16 [Rn. 22 ff.]

### 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ Eigene Ansicht: Leitbildcharakter des § 488 I 2 BGB ist verfehlt
  - Fehlerhafter Bezug in BGHZ 201, 168 (Rn. 43) auf die Zinsdefinition aus BGH NJW 1979, 805, 806 (vgl. *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203; *Bitter/Linardatos*, ZIP 47/2018 v. 23.11.2018)
    - Der III. Zivilsenat des BGH stützt sich in NJW 1979, 805, 806 auf die Zinsdefinition von *Canaris*, NJW 1978, 1891, 1892, der aber das Gesamtentgelt beim Darlehen in eine laufzeitabhängige Komponente – den Zins – und einen laufzeitunabhängigen Teil – die Abschlussgebühr – trennen wollte.
    - Aussage des III. Zivilsenats: Das Kreditinstitut darf neben dem Zins – als laufzeitabhängiges „Entgelt für den Gebrauch des Kapitals“ – auch die bei Vertragsabschluss entstehenden Kosten als „Vergütung für die Verschaffung oder die Hingabe und Überlassung des Kapitals“ berechnen. Beide gleichwertigen Entgeltkomponenten sind bei der Berechnung des effektiven Jahreszinses sowie auch bei der Beurteilung einer möglichen Sittenwidrigkeit des Darlehens i.S.v. § 138 BGB zu berücksichtigen.

### 1. Fehlinterpretation von § 488 I 2 BGB als Ausgangspunkt

- ❖ Eigene Ansicht: Leitbildcharakter des § 488 I 2 BGB ist verfehlt
  - Änderung der Kostenstruktur im Vergleich zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (vgl. *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243, 2244)
    - Anforderungen im öffentlichen Bankrecht erheblich gestiegen (insbesondere seit der Finanzkrise)
    - Anforderungen bei Verbraucherkrediten durch vorvertragliche Informationspflichten erheblich gestiegen
  - ⇒ Entstehung eines erheblichen Kostenblocks vor Vertragsschluss, den es im Jahr 1900 überhaupt nicht gab
  - Problematik bei der Schuldrechtsreform (2002) vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen, weil dafür angesichts der Anerkennung von laufzeitunabhängigen Abschlussentgelten kein Anlass bestand

### § 607 I BGB a.F. (bis 2001)

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten.

### § 608 BGB a.F. (bis 2001)

Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen, so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten.

### § 488 I BGB

Durch den Darlehensvertrag wird der Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen geschuldeten Zins zu zahlen und bei Fälligkeit das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzuzahlen.

- Darlehensvertrag = Konsensualvertrag (↔ Realvertragstheorie)
- Synallagma: Kapitalüberlassung + Zinszahlung; nicht: Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (§ 488 I 2 BGB)
- keine Aussage zur Unzulässigkeit laufzeitunabhängiger Entgelte

### 2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ Ergebnis der Rechtsprechung: Die dem Verursacherprinzip widersprechende Quersubventionierung wird im Darlehensrecht zum Gebot erhoben, während sie im Rahmen des § 675d III BGB a.F. = § 675d IV BGB n.F. verboten sein soll (vgl. Folie 12 und *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203)

⇒ **Konzeptionslosigkeit der Rechtsprechung**

- ❖ Der XI. Zivilsenat des BGH erklärt dasjenige für unwirksam i.S.v. § 307 BGB oder gar für sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB, was der II. Zivilsenat des BGH vom ordentlichen Geschäftsleiter verlangt, nämlich die kostengerechte Bepreisung seiner Leistungen (vgl. bereits *Bitter*, ZIP 2015, 1807 zum Pfändungsschutzkonto ⇒ Folie 18)

### 2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ Gegenansicht von *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.
  - **Aufspaltung in Einmalentgelt und laufzeitabhängiges Entgelt** entspricht der zugrunde liegenden Kostenstruktur und **verhindert Quersubventionierungen** der kurzfristig kündigenden durch die langfristig am Vertrag festhaltenden Kreditnehmer
  - Vergleich zur Vermietung von Ferienwohnungen mit laufzeitabhängiger Miete + Einmalentgelt für die Reinigung (*Bitter/Linardatos, ZIP 47/2018*)  
§ 535 BGB: (1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. ...  
(2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.
  - BGHZ 201, 168 (Rn. 47): „nicht vergleichbar“

### 2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ überzeugende Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs- oder Abschlussgebühren neben dem laufenden Darlehenszins auch beim OGH ZIP 2016, 2011 mit ausdrücklichem Hinweis auf das „Verursacherprinzip“ (Ziff. 6.6) und den nach der BGH-Rechtsprechung eintretenden „windfall profit“ für die Darlehensnehmer (Ziff. 8.1)

### 2. Zulässigkeit „gespaltener“ Entgelte = Einmalentgelt + laufzeitabhängiges Entgelt

- ❖ Anerkennung laufzeitunabhängiger Bearbeitungs- oder Abschlussgebühren im Ausnahmefall auch durch den BGH:
  - BGHZ 187, 360 für Abschlussgebühr bei Bauspardarlehen
  - BGH ZIP 2016, 810 für laufzeitunabhängiges Entgelt in einem besonders günstigen KfW-Förderdarlehen (Gesamtabwägung)

Aber Achtung: Doppelte Einschränkung!!!

b.w.

### Doppelte Einschränkung:

- (1) Eine laufzeitunabhängige „Kostenbeteiligung“ ist nicht bei jedem Darlehen unter Marktpreisniveau zulässig, sondern es ist zusätzlich erforderlich, dass das Darlehen der Umsetzung staatlicher Wirtschaftsförderung dient und die Klausel dem Klauselverwender durch Förderbedingungen vorgegeben ist (BGH ZIP 2017, 2343, 2345 [Rn. 35]).
- (2) Unwirksamkeit nach § 307 BGB sowie Nichtigkeit nach § 134 BGB bei Anwendbarkeit der §§ 500 II, 502 BGB (BGH ZIP 2016, 814); insoweit zutreffende Argumentation des BGH, beruhend auf einer rechtspolitisch falschen Entscheidung des Gesetzgebers zur Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung unter den zur Kostendeckung der Kreditinstitute erforderlichen Betrag

### 3. Lösungsmöglichkeiten auf Basis der BGH-Rechtsprechung

- a) Einmalentgelte als Hauptvertragsbestandteil durch Wahlmöglichkeit zwischen zwei Darlehensvarianten?
- dafür *Bitter*, JZ 2015, 170, 176 f.: Ausschluss der Inhaltskontrolle nach § 307 III BGB + ggf. Vermeidung von AGB überhaupt; Vergleich zur verfehlten BGH-Rechtsprechung zur Verteilung des Missbrauchsrisikos im Kreditkartenrecht: dort jetzt Angebot von zwei Vertragsalternativen
  - dafür auch *Josenhans/Danzmann/Lübbehüsen*, BKR 2018, 142, 145: Individualvereinbarung
  - zweifelnd *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243, 2245
  - differenzierend *Piekenbrock*, ZBB 2017, 325, 331 f.
  - im Grundsatz ablehnend BGH ZIP 2018, 1123 ⇒ b.w.

### 3. Lösungsmöglichkeiten auf Basis der BGH-Rechtsprechung

- a) Einmalentgelte als Hauptvertragsbestandteil durch Wahlmöglichkeit zwischen zwei Darlehensvarianten?
- im Grundsatz ablehnend BGH ZIP 2018, 1123 mit kritischer Glosse von *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203
    - Individualabrede durch „aushandeln“ i.S.v. § 305 I 3 BGB nur, wenn der Verwender die Klausel ernsthaft zur Disposition stellt und sich ernsthaft zur Änderung bereit erklärt (Rn. 15)
    - auch bei einer Wahlmöglichkeit muss die Gelegenheit gegeben werden, eigene Textvorschläge einzubringen (Rn. 16 + 20)
    - kein Anhaltspunkt im konkreten Vertrag, dass es sich um ein Entgelt für ein Sondertilgungsrecht, einen niedrigen Zins und den Verzicht auf Bereitstellungsinsen handelt (Rn. 26 + 31)
      - ⇒ Ansatzpunkt für eine alternative Vertragsgestaltung: b.w.

### 3. Lösungsmöglichkeiten auf Basis der BGH-Rechtsprechung

a) Einmalentgelte als Hauptvertragsbestandteil durch Wahlmöglichkeit zwischen zwei Darlehensvarianten?

- Vorschlag für eine alternative Vertragsgestaltung:

(*Bitter/Linardatos, ZIP 47/2018*; vgl. auch *Schmid-Burgk*, BB 2018, 1799, 1800 f., dort jedoch mit nicht überzeugender Differenzierung zwischen Verbraucher- und Unternehmerdarlehen)

- Grundmodell: Vertrag ohne Bearbeitungsentgelt mit (höherem) Zinssatz und/oder langer Laufzeit und/oder fehlendem Sondertilgungsrecht
- Option(en) für niedrigeren Zins und/oder frühere Kündbarkeit und/oder ein Sondertilgungsrecht gegen Zahlung eines einmaligen Entgelts

Formulierungsvorschlag für die Option: b.w.

Formulierungsvorschlag für die Option(en): „Der Kreditnehmer wünscht

- a) eine Absenkung des Zinssatzes um ... %,
- b) die Möglichkeit, den Kreditvertrag bereits nach ... Monaten/Jahren kündigen zu können,
- c) ein Sondertilgungsrecht im Umfang von ... pro Jahr

**gegen Zahlung eines einmaligen Entgeltes i.H.v. ... Euro** (*differenziert nach den Optionen a) bis c) oder als Gesamtentgelt für die Option(en)*); dieses Entgelt ist bei vorzeitiger Kreditrückführung nicht (anteilig) rückzahlbar.“

ggf. weitere Ergänzung: „Diese Vereinbarung treffen die Parteien in Kenntnis der [von ihnen für verfehlt gehaltenen] BGH-Rechtsprechung, welche laufzeit-unabhängige Entgelte für unzulässig erklärt. Als Preishauptabrede halten sie die Vereinbarung für nicht kontrollfähig und damit wirksam.“

### 3. Lösungsmöglichkeiten auf Basis der BGH-Rechtsprechung

- b) „umgekehrtes Preismodell“ als zweitbeste Lösung: Berechnung eines höheren (ggf. gestaffelten) Zinses und „Belohnung“ bei fehlender frühzeitiger Kündigung (*Bitter*, JZ 2015, 170, 177)
- Problem: keine Amortisation bei sehr früher Kündigung
  - Frage: Umgehungsgeschäft, wenn der Zins nur für einen ganz kurzen Anfangszeitraum hochgesetzt wird (vgl. *Josenhans/Danzmann/Lübbehüsen*, BKR 2018, 142, 147)?
- c) Wahl ausländischen Rechts, soweit möglich, ggf. kombiniert mit Schiedsklausel (*Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243, 2246; *Bitter*, JZ 2015, 170, 172 f.; *Piekenbrock*, ZBB 2017, 325, 332 ff. m.w.N.)
- ggf. beschränkt auf die Gebührenvereinbarung in *side letter* (*Josenhans/Danzmann/Lübbehüsen*, BKR 2018, 142, 147 ff.)

### 4. Sonderfrage: 10-jährige Verjährung

- ❖ BGHZ 203, 115 = ZIP 2014, 2334: Aufschub des Verjährungsbeginns wegen entgegenstehender früherer BGH-Rechtsprechung
- ❖ a.A. *Bitter/Alles*, NJW 2011, 2081 ff.; *Bitter*, JZ 2015, 170, 173 ff.
  - der auf der Basis einer langjährigen Rechtsprechung kalkulierende Kaufmann muss einen viel weiter zurückreichenden Eingriff in seine Kalkulationsgrundlage befürchten als bei fehlender Rechtsprechung
  - fehlerhafte Anwendung der früheren Rechtsprechung zum Aufschub des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat des BGH
  - verfassungswidrige Einschränkung des Verjährungsbeginns bei klarer und unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat

1. Die BGH-Rechtsprechung lehnt das „Verursacherprinzip“, welches volkswirtschaftlich ineffiziente Quersubventionierungen zu vermeiden sucht, zur Rechtfertigung von Entgeltklauseln ab, zieht es jedoch zur Begründung der Unwirksamkeit von Entgeltklauseln heran. Eine solche Rechtsanwendung ist konzeptlos, wenn nicht gar „böswillig“ im Verhältnis zu den Kreditinstituten.
2. Verbraucherschutz wird hierdurch nur scheinbar bewirkt, weil die Quersubventionierung verschwenderisches Verhalten fördert und dieses zur allgemeinen Kostensteigerung für alle – auch die kostensparenden – Kunden führt.
3. Insbesondere die Rechtsprechung zur (angeblichen) Unzulässigkeit von Darlehensabschlussentgelten auch im unternehmerischen Verkehr ist paternalistisch, verhindert die von den Parteien gewünschte effiziente Preisgestaltung und beschert den Darlehensnehmern einen ungerechtfertigten „windfall profit“. Sie treibt die Rechtsanwender ins ausländische Recht und Schiedsverfahren.

### IV. Anhang: Folgenbeseitigung durch Richtigstellung und Rückerstattung

1. BGH ZIP 2018, 376 = WM 2018, 436 – Klauselersetzung

⇒ Folgenbeseitigung durch Versendung einer Richtigstellung

Leitsatz 1: „Die Bestimmung des § 1 UKlaG gewährt den gemäß § 3 Abs. 1 UKlaG anspruchsberechtigten Stellen gegen den Verwender von gemäß §§ 307 bis 309 BGB unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen keinen Beseitigungsanspruch. Da die Vorschriften über die Kontrolle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 1 UKlaG und des Lauterkeitsrechts nebeneinander anwendbar sind, kann sich ein Beseitigungsanspruch für eine Verbraucherzentrale als qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG jedoch aus § 3a UWG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG ergeben.“ (Rn. 41 ff. der Urteilsgründe)

2. OLG Dresden WM 2018, 1304 = VuR 2018, 266 m. Anm. *Hummel*

Leitsätze der VuR-Redaktion:

1. + 2. ...

3. Die Erhebung von Gebühren für Auskünfte als Drittschuldnerin gegenüber Dritten aufgrund einer Kontopfändung (§ 840 ZPO) verstößt gegen § 307 Abs. 1 BGB.

Erfolgt die **Erhebung dieser Gebühren** nicht aufgrund einer AGB-Klausel, sondern stereotyp **aufgrund einer internen Anweisung**, gilt nach § 306a BGB dasselbe.

4. Die Erhebung der genannten Gebühr ist zugleich unlauter i.S.d. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG. Die klagende qualifizierte Einrichtung kann als **Folgenbeseitigung** i.S.d. § 8 Abs. 1 UWG die **Rückzahlung der erhobenen Gebühren** an die betroffenen Verbraucher verlangen. (Ziff. B. I. 1. der Urteilsgründe)

5. ... (Anspruch auf Information der Verbraucher)

6. ... (Anspruch auf Auskunft über die betroffenen Verbraucher)

© 2018

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)