



**Prof. Dr. Georg Bitter**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und  
Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

© 2023 Professor Dr. Georg Bitter

1

## Privates Bankrecht



### Investment Banking



Anlage am Kapitalmarkt  
+ Unternehmensfinanzierung  
über den Kapitalmarkt

- Effektengeschäfte
- Depotgeschäfte
- Anlageberatung
- Emissionsgeschäfte



### Commercial Banking



sonstige Bankgeschäfte  
außerhalb der Kapitalmärkte

- Einlagengeschäft  
(Giro-/Sparkonten)
- Zahlungsverkehr
- Kreditgeschäft +  
Kreditsicherung

1. **AGB-Änderungsmechanismus nach dem Postbank-Urteil**
2. **Zulässigkeit von Bankentgelten:  
Transparenz versus Verursacherprinzip**
3. **Grundzüge des Zahlungsverkehrsrechts**
  - Allgemeine Grundsätze des Zahlungsdiensterechts
  - Überweisung, Lastschrift, Zahlung mit Debitkarte (girocard)
4. **Kreditgeschäft**
  - Entgelte: Zulässigkeit von Abschussentgelten
  - Zulässigkeit von Negativzinsen

## Rechtsquellen des privaten Bankrechts

1. **Gesetzesrecht des BGB, insbes.**
  - a) Geschäftsbesorgung (§§ 675 ff. BGB)
  - b) **Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB)**
    - u.a. Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)
  - c) **Zahlungsdienste (§§ 675c ff. BGB)**
  - d) Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB)
  - e) Schuldversprechen und Schuldanerkennntnis (§§ 780 ff. BGB)
  - f) Anweisung (§§ 783 ff. BGB)
  - g) Schuldverschreibung (§§ 793 ff. BGB)
  - h) Sachenrecht → Kreditsicherungsrecht

# Rechtsquellen des privaten Bankrechts

## 2. Sonstiges Gesetzesrecht außerhalb des BGB

- a) Kontokorrent (§§ 355 ff. HGB)
- b) Sonderregeln zu Bürgschaft + Zinsen (§§ 349 ff. HGB)
- c) Kaufmännische Orderpapiere (§§ 363 ff. HGB)
- d) Wechselgesetz / Scheckgesetz
- e) Spezialgesetze zum Investment Banking (DepotG, WpHG, WpPG, KAGB etc.) → Vorlesung Kapitalmarktrecht

## 3. Handelsbräuche, Gewohnheitsrecht, Rechtsfortbildung

## 4. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen) + Vertragsrecht

# Änderung der AGB-Banken

## Nr. 1: Geltungsbereich + Änderungen

- Geltung für die gesamte Geschäftsverbindung → § 305 III BGB
- Änderung durch schriftliches Angebot + Schweigen des Kunden für mindestens zwei Monate (Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken a.F.) → § 308 Nr. 5 BGB
  - Zwei-Monats-Frist + Pflicht zur Information aus § 675g I, II BGB
  - EuGH ZIP 2020, 2327 (Leitsatz 1): Prüfung nach Klausel-RiLi bleibt unberührt
  - BGHZ 229, 344 = ZIP 2021, 1262 – Postbank: Unwirksamkeit nach § 307 BGB (als **Urteil 1** den Unterlagen beigelegt)
  - Literatur: *Feldhusen*, WM 2020, 397 ff., 441 ff.; *Casper*, ZIP 2021, 2361 ff.; *Simon*, ZIP 2022, 13 ff. (Rückforderung bei unwirksamer Preisanpassung); *Casper*, WM 2022, 2353 ff., 2405 ff. (Handlungsoptionen des Gesetzgebers); *Graf von Westphalen*, ZIP 2022, 2153 (fehlgeschlagene Nachbesserung der AGB-Banken); Appell von 30 Rechtswissenschaftler:innen an den Gesetzgeber in ZIP 2023, 684 f. und BKR 2023, 302 f. (Anhang zu **Urteil 1**)

**Frankfurter Allgemeine**  
ZEITUNG FÜR DEUTSCHLAND



Datum: 29.04.2021 Seite: 23 Auflage: 209896

## Die neue Macht der Bankkunden

Lange konnten Inhaber von Girokonten gegen Gebührenerhöhungen wenig ausrichten. Ein gerade vom Bundesgerichtshof gefälltes Urteil mischt die Karten vielleicht neu – zum Vorteil der Kunden und zum Schrecken der Branche.

*Von Marcus Jung, Christian Siedenbiedel und Franz Nestler, Frankfurt*

© 2023 Professor Dr. Georg Bitter

7

## Fallbeispiel 1: Aufwand/Nutzen

Von: XXX

Gesendet: Mittwoch, 26. Januar 2022 16:17

An: YYY.YYY@bdb.de>

**Betreff: AGB-Änderungen und Nachhaltigkeit**

Hallo Herr H.,

hier ein paar Impressionen zu unserer in Folge des BGH-Urteils erforderliche gewordenen AGB-Versandaktion.

Obwohl wir sicherlich eine sehr hohe Quote an Onlinebanking-Kunden haben, verbleiben aktuell (historisch bedingt) ca. **500.000** von 6,8 Mio. Kunden, die wir nicht digital erreichen können.

**Die Deutsche Post benötigt 16 LKW (40 Tonner) zur Abholung der Briefe...**



© 2023 Professor Dr. Georg Bitter

8

## Fallbeispiel 2: Aufwand/Nutzen



Die beiden Fotografien entstammen dem AGB-Änderungsmittellungs-Lauf einer Sparkasse mittlerer Größe vom Januar 2022: **Es sind 31 Paletten abgebildet mit ca. 25.000 von insgesamt 42.000 Sendungen nur dieser Sparkasse.** Die Sendungen waren Teil des insgesamt deutlich größeren Versandlaufs des Deutschen Sparkassenverlages im Januar. Die abgebildete große Papiermenge stellt also nur einen minimalen Bruchteil des tatsächlichen Versandaufwandes dar.

# Änderung der AGB-Banken

## Neue Formulierung von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken (Sept. 2021)

### a) Änderungsangebot

Änderungen dieser Geschäftsbedingungen und der Sonderbedingungen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten. Hat der Kunde mit der Bank im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (zum Beispiel das Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden.

### b) Annahme durch den Kunden

Die von der Bank angebotenen Änderungen werden nur wirksam, wenn der Kunde diese annimmt, gegebenenfalls im Wege der nachfolgend geregelten **Zustimmungsfiktion.**

## Neue Formulierung von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken (Sept. 2021)

c) Annahme durch den Kunden im Wege der **Zustimmungsfiktion**

Das Schweigen des Kunden gilt nur dann als Annahme des Änderungsangebots (Zustimmungsfiktion), wenn

- (aa) das Änderungsangebot der Bank erfolgt, um die **Übereinstimmung der vertraglichen Bestimmungen mit einer veränderten Rechtslage** wiederherzustellen, weil eine Bestimmung dieser Geschäftsbedingungen oder der Sonderbedingungen
- aufgrund einer Änderung von Gesetzen, einschließlich unmittelbar geltender Rechtsvorschriften der Europäischen Union, nicht mehr der Rechtslage entspricht oder
  - durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung, auch durch ein Gericht erster Instanz, unwirksam wird oder nicht mehr verwendet werden darf oder
  - ... (b.w.)

## Neue Formulierung von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken (Sept. 2021)

...

- aufgrund einer verbindlichen Verfügung einer für die Bank zuständigen nationalen oder internationalen Behörde (z. B. der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder der Europäischen Zentralbank) nicht mehr mit den aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen der Bank in Einklang zu bringen ist

und

(bb) der Kunde das Änderungsangebot der Bank nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen abgelehnt hat. Die Bank wird den Kunden im Änderungsangebot auf die Folgen seines Schweigens hinweisen.

## Neue Formulierung von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken (Sept. 2021)

### d) **Ausschluss der Zustimmungsfiktion**

Die Zustimmungsfiktion findet keine Anwendung

- bei Änderungen der Nummern 1 Absatz 2 und 12 Absatz 5 der Geschäftsbedingungen und der entsprechenden Regelungen in den Sonderbedingungen oder
- bei Änderungen, die die Hauptleistungspflichten des Vertrages und die Entgelte für Hauptleistungen betreffen, oder
- bei Änderungen von Entgelten, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet sind, oder
- bei Änderungen, die dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichkommen, oder
- bei Änderungen, die das bisher vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung erheblich zugunsten der Bank verschieben würden.

In diesen Fällen wird die Bank die Zustimmung des Kunden zu den Änderungen auf andere Weise einholen.

## Gliederung der Vorlesung

### 1. **AGB-Änderungsmechanismus nach dem Postbank-Urteil**

### 2. **Zulässigkeit von Bankentgelten: Transparenz versus Verursacherprinzip**

### 3. **Grundzüge des Zahlungsverkehrsrechts**

- Allgemeine Grundsätze des Zahlungsdiensterechts
- Überweisung, Lastschrift, Zahlung mit Debitkarte (girocard)

### 4. **Kreditgeschäft**

- Entgelte: Zulässigkeit von Abschussentgelten
- Zulässigkeit von Negativzinsen

## Nr. 12: Zinsen, Entgelte und Aufwendungen

- Zinsen + Entgelte laut „Preisaushang“ + „Preis- und Leistungsverzeichnis“; sonst gesetzliche Vorschriften (Privatkundengeschäft) bzw. § 315 BGB (Firmenkundengeschäft)
- Absatz 3 zu nicht entgeltfähigen Leistungen

„Für eine Leistung, zu deren Erbringung die Bank kraft Gesetzes oder aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet ist oder die sie im eigenen Interesse wahrnimmt, wird die Bank kein Entgelt berechnen, es sei denn, es ist gesetzlich zulässig und wird nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung erhoben.“

Grundlage: BGH-Rechtsprechung ⇨ Folien 16 ff.

## Bankentgelt + „Verursacherprinzip“

### 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 Zahlungsdienstrecht (seit 2009)
4. Unwirksamkeit von Entgelten nach § 312a IV Nr. 2 BGB
5. Sonderfall: Basiskonto (als reguläres Konto und P-Konto) ⇨ **Urteil 2**

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

⇨ unten beim Kreditrecht ⇨ Folien 70 ff.

## 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 sodann 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“.
    - ↔ Aufgabe durch BGHZ 222, 240 = ZIP 2019, 2203 Rn. 28 f.; nun jedoch Kontrolle der Buchungskosten gemäß § 312a IV Nr. 2 BGB ⇒ Folie 32
  - 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 21, 28

## 2. Falsche Weichenstellung durch Ablehnung des Verursacherprinzips

### a) Die Rechtsprechung des BGH

- Bearbeitung + Überwachung v. Pfändungsmaßnahmen (BGHZ 141, 380)
- Führen des Girokontos als Pfändungsschutzkonto (BGHZ 195, 298; 215, 359, Rn. 54; kritisch *Bitter*, ZIP 2015, 1807)
- Streichung einer Order zum Wertpapierkauf (BGHZ 215, 359 = ZIP 2017, 1992 [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 17), 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 (vgl. auch Folie 28)

- Wortlaut: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstvertrag *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
- für Verursacherprinzip als Leitbild nun aber auch § 675l I 3 BGB n.F. ⇨ Folie 26

## 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 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
    - Zur Diskussion: Ein Freiposten pro Monat für mögliche fehlerhafte Buchung?

## 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 24)
  - 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 Sperrung nicht mehr gegeben sind.“
  - Folge: für die Vergangenheit kaum wirksame Preisgestaltung möglich; nunmehr (ab 13.1.2018) **Neuregelung in § 675l 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 (BGHZ 215, 292 = ZIP 2017, 1704)
  - 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 (⇒ Wortlaut auf Folie 22)
  - Folge: Ausnahmeregelung erforderlich, soweit Differenzierung technisch möglich
  - Zur Diskussion: Ein Freiposten pro Monat für mögliche nicht genutzte SMS-TAN?

## 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. (BGHZ 207, 176 = ZIP 2017, 1992)
  - Wortlaut des § 675o I 4 BGB a.F.: „Der Zahlungsdienstleister darf mit dem Zahlungsdienstnutzer im Zahlungsdienstvertrag **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 Zahlungsdienstvertrag 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 (BGHZ 215, 359 = ZIP 2017, 1992)
  - 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 (⇒ Wortlaut auf Folie 22), 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

- Wortlaut des § 312a IV BGB aus dem allgemeinen Verbraucherrecht:

(4) Eine Vereinbarung, durch die ein Verbraucher verpflichtet wird, ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt, ist unwirksam, wenn

  1. für den Verbraucher keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit besteht oder
  2. das vereinbarte Entgelt über die Kosten hinausgeht, die dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen.

## 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)
  - § 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, aber nach Einlegung zurückgenommen; anders OLG München v. 12.10.2017 – 20 U 4903/16, BeckRS 2017, 131450 (keine Inhaltskontrolle des Entgelts für Ein- und Auszahlung), aufgehoben durch BGHZ 222, 240 = ZIP 2019, 2203 ⇒ Folie 32

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

- Leitsätze von BGHZ 222, 240 = ZIP 2019, 2203
  1. Die Bepreisung von Bareinzahlungen und Barauszahlungen am Bankschalter ohne eine Freipostenregelung ist als solche nicht generell, d.h. unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Preis- und Leistungsverzeichnisses, unzulässig (Aufgabe der Senatsurteile vom 30. November 1993 – XI ZR 80/03, BGHZ 124, 254, 256 ff. und vom 7. Mai 1996 – XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 12 ff.).
  2. § 675f Abs. 5 Satz 1 BGB enthält kein zahlungsdienstrechtliches Verbot einer Entgeltkontrolle. Vielmehr bleiben insoweit die allgemeinen Regeln anwendbar. Hierzu gehört betreffend die Bareinzahlungen auf ein debitorisches Girokonto im Verkehr mit Verbrauchern auch § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB.
  3. Gemäß § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB sind nur solche Kosten umlagefähig, die unmittelbar durch die Nutzung des Zahlungsmittels entstehen (transaktionsbezogene Kosten). Gemeinkosten, deren Anfall und Höhe von dem konkreten Nutzungsakt losgelöst sind, sind nicht umlagefähig.

## 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., ferner 6. Aufl. 2022, § 17 Rn. 9, 30

### 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
- vgl. auch OLG Schleswig v. 8.5.2018 – 2 U 6/17 (juris, insbes. Rn. 104)

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 m.E. nicht übertragbar

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

- c) Vgl. aber BGHZ 226, 197 = NJW 2020, 2726 = ZIP 2020, 1551 (als **Urteil 2** den Unterlagen beigelegt) mit Besprechung *Klocke/Hautkappe*, WM 2020, 2397  
Leitsatz:

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kreditinstituts enthaltene Entgeltklausel für ein Zahlungskonto mit grundlegenden Funktionen (Basiskonto) unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle. Sie ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 41 Abs. 2 ZKG unwirksam, wenn bei der Bemessung des Entgelts das kontoführende Institut den mit der Führung von Basiskonten verbundenen Mehraufwand allein auf die Inhaber von Basiskonten umgelegt hat.

## Gliederung der Vorlesung

### 1. AGB-Änderungsmechanismus nach dem Postbank-Urteil

### 2. Zulässigkeit von Bankentgelten: Transparenz versus Verursacherprinzip

### 3. Grundzüge des Zahlungsverkehrsrechts

- Allgemeine Grundsätze des Zahlungsdiensterechts
- Überweisung, Lastschrift, Zahlung mit Debitkarte (girocard)

### 4. Kreditgeschäft

- Entgelte: Zulässigkeit von Abschussentgelten
- Zulässigkeit von Negativzinsen

## Zahlungsdiensterecht von 2009 und 2018 (§§ 675c ff. BGB)

Literatur: Köndgen, JuS 2011, 481 ff.; Reymann, JuS 2012, 781; Omlor, JuS 2017, 626

1. Hintergrund: Richtlinie 2007/64/EG („ZDRL I“) und Richtlinie (EU) 2015/2366 („ZDRL II“) über Zahlungsdienste im Binnenmarkt
  - Erleichterung der Schaffung des funktionierenden europäischen Binnenmarktes (ErwG 1 ZDRL I)
  - Gewährung eines hohen Maßes an Transparenz und Vergleichsmöglichkeiten durch ausführliche Regelungen bzgl. Informationspflichten (ErwG 18, 21 ZDRL I)
  - Wettbewerbssteigerung unter den Zahlungsdienstleistern
  - Schaffung des einheitlichen Euro-Zahlungsraums (SEPA = Single Euro Payments Area)
2. (Partielles) Inkrafttreten des ZDRL II-Regimes: 18.1.2018

## Zahlungsdiensterecht von 2009 und 2018 (§§ 675c ff. BGB)

3. umfassende Regelung aller Arten von Zahlungsdiensten durch Einführung der §§ 675c–676c BGB ⇨ Folie 42
4. Neuregelung der Informationspflichten in § 675d BGB i.V.m. Art. 248 EGBGB + Streichung von Vorschriften der BGB-InfoV
5. allgemeine Erfolgspflicht für Zahlungsdienste (werkvertragliches Element)
  - Haftung für das Verschulden anderer Parteien in der Zahlungskette
  - rechtliche Grenze für sog. „weitergeleiteten Auftrag“
6. Ausführungsfrist: Gutschrift bei der Empfängerbank bis zum Ende des Geschäftstages, der auf den Eingang des Zahlungsauftrags bei der Zahlerbank folgt (§ 675s BGB)

- Sonderform des Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675c I BGB)
  - grundsätzlich entgeltlich (§ 675f V 1 BGB)
- Einzelzahlungsvertrag (§ 675f I BGB, selten!) oder Zahlungsdiensterrahmenvertrag (§ 675f II BGB, Hauptfall: Girokonto)
  - Einordnung insbes. wichtig wegen verschiedener Informationspflichten (§ 675d I 1 BGB i.V.m. Art. 248 Abschnitt 2 oder 3 EGBGB)

## Erbringung und Nutzung von Zahlungsdiensten (§§ 675j ff. BGB)

### Autorisierung (§§ 675j ff. BGB)

- Wirksamkeit des Zahlungsvorgangs nur bei Autorisierung (§ 675j I 1 BGB)
- Zahlungsinstrument (§ 675j I 4 BGB)
  - ⇒ Verhaltenspflichten (§§ 675l, m BGB)
- Betragsobergrenze + Sperre (§ 675k BGB)

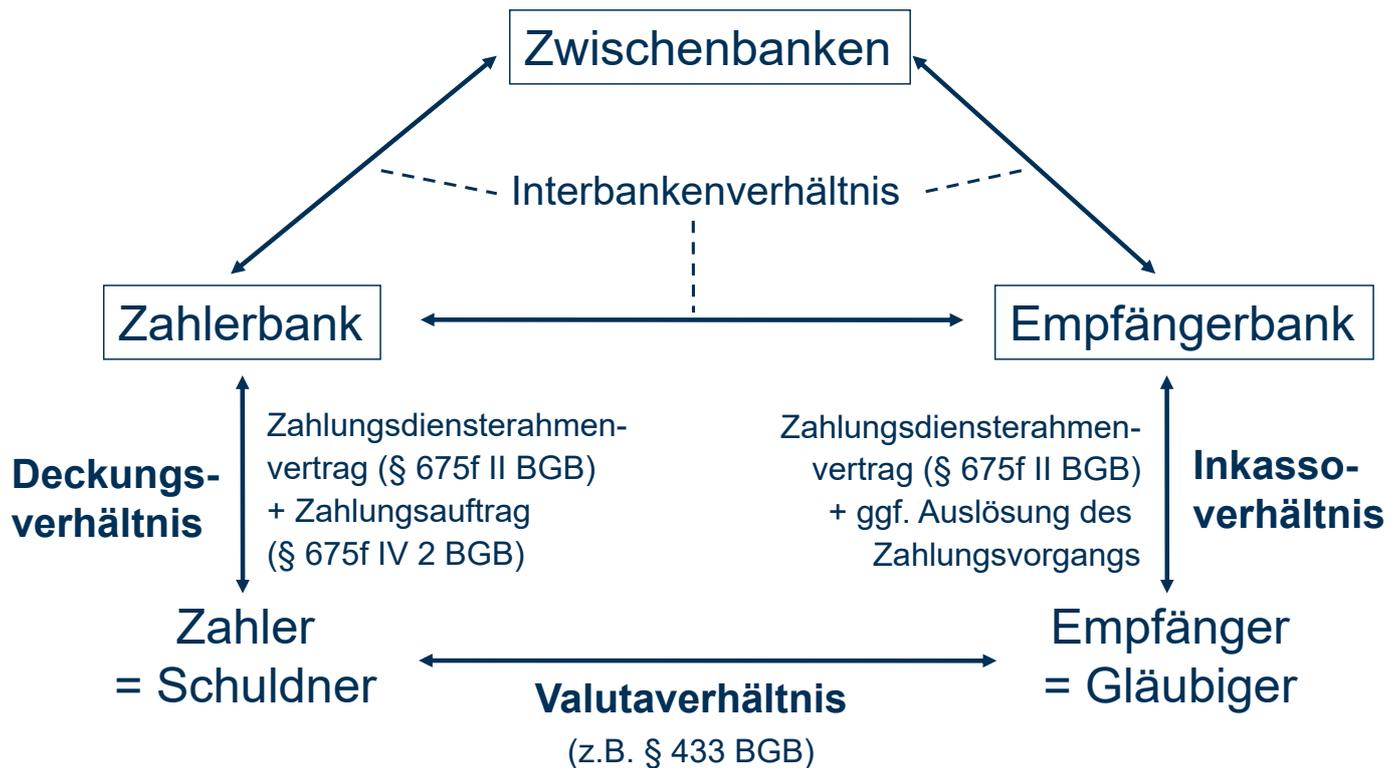
### Ausführung (§§ 675n ff. BGB)

- Zugang und Ablehnung von Zahlungsaufträgen (§§ 675n, o BGB)
- **Unwiderruflichkeit (§ 675p BGB)**
- Pflicht zu ungekürzter Weiterleitung; aber Entgelt (§ 675q BGB)
- **Kundenkennung maßgeblich (§ 675r BGB)**
- Ausführungsfrist (§ 675s BGB)
- Wertstellung (§ 675t BGB)

### Haftung (§§ 675u ff. BGB)

- Erstattung bei fehlender Autorisierung (§ 675u BGB)
  - ⇒ Beweislast bei Dienstleister (§ 675w BGB)
- Missbrauch (§ 675v BGB)
- **Erstattung bei Pull-Zahlung (§ 675x BGB)**
- fehlende oder fehlerhafte Ausführung (§§ 675y, z BGB)
- Anzeigepflicht des Kunden bei Fehlern (§ 676b BGB)
- höhere Gewalt (§ 676c BGB)

AGL



# Grundstruktur der Zahlungsdienste

## 1. Deckungsverhältnis

- Rechtsbeziehung zwischen Zahlerbank und Zahler
- Dort besorgt sich der Zahler die **Deckung** für die Erfüllung seiner Verpflichtung im Valutaverhältnis.
- Ausgangsverhältnis des *gesamten* Zahlungsdiensterechts
  - Überweisung als Vorbild

## 2. Inkassoverhältnis

- Vom Italienischen *incassare* = „einkassieren“ oder „einziehen“
- Dort erfolgt die Entgegennahme (z.B. bei Überweisung zugunsten des Empfängers) und der Einzug von Geldern (z.B. bei der Lastschrift).

## 3. Valutaverhältnis

- Vom Italienischen *valare* = „gelten“ oder „wert sein“
- Das Verhältnis, in dem die Geldzahlung gelten soll = Erfüllungswirkung

# Überweisung

## = Zahlungsauftrag

### 1. Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) = Weisung i.S.v. § 665 BGB

- Auftrag = Autorisierung durch Einwilligung i.S.v. § 675j I BGB
  - Einsatz eines Zahlungsinstruments (§ 1 XX ZAG); **Grundlage für Aufwendungsersatz (§§ 675c I, 670 BGB) + Entgelt (§ 675f VI 1 BGB)**
- Wirksamkeit mit Zugang beim Zahlungsdienstleister (§ 675n I 1 BGB)
  - Ausnahmen: bei Zugang an geschäftsfreiem Tag (§ 675n I 2 BGB; dazu BGHZ 221, 282 = ZIP 2019, 1060: Auftrag zur Überweisung von 30.000 € am Samstagmorgen durch Einwurf in den Briefkasten der Bank; telefonischer Widerruf am Montag um 8:57 Uhr vor Öffnung der Filiale um 9:00 Uhr) + bei wirksam vereinbartem Annahmeschluss (§ 675n I 3 BGB) → nächster Geschäftstag
  - Online-Banking: Gewöhnliche elektronische Speicherung *und* Verarbeitung

# Überweisung

## = Zahlungsauftrag

### 2. Pflicht zu „unverzüglicher“ Ablehnung (§ 675o BGB)

- Ablehnung jedenfalls innerhalb der Frist des § 675s BGB
- Ausführungspflicht aus dem Zahlungsdiensterahmenvertrag
  - Ausnahme: Fehlen vertraglich vereinbarter Voraussetzungen (§ 675o II Alt. 1 BGB), z.B. Name des Zahlers o. Empfängers, Kundenkennung, Kontodeckung
  - Ausnahme: Verstoß gegen Rechtsvorschriften (§ 675o II Alt. 2 BGB)

# Überweisung

## = Zahlungsauftrag

### 3. Widerrufsmöglichkeit?

- a) Grundsatz: Unwiderruflichkeit des Zahlungsauftrags (§ 675p I BGB ↔ § 665 BGB) und – damit zugleich – der Autorisierung (§ 675j II BGB)
  - Zweck: Vollautomatisierte Zahlungsabwicklung nicht stören
  - kein Schadensersatzanspruch gegen die Bank wegen fehlenden Stopps der weiteren Ausführung (OLG Köln ZIP 2016, 2114)
- b) Ausnahme bei vertraglich vereinbartem Ausführungstag, z.B. bei monatlich auszuführendem Dauerauftrag (§ 675p III BGB)
  - Widerruf bis zum Ende des Geschäftstags vor dem Ausführungstag
- c) Ausnahme bei vertraglicher Vereinbarung (§ 675p IV BGB)
  - bei Überweisung nicht praxisrelevant

# Überweisung

## = Zahlungsauftrag

### 4. Leistungspflicht der Zahlerbank

- Fehlerfreier und ungekürzter Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers (Prinzip der formalen Auftragsstrenge)
  - Werkvertragliches Element = Erfolg ist geschuldet (vgl. § 675y I 1, 5 BGB)
  - Abgrenzung zur Substitution (§ 664 I 2 BGB) und zum weitergeleiteten Auftrag (Nr. 3 II AGB-Banken)
  - Konsequenz: Haftung gemäß § 675z S. 3 BGB (≈ § 278 BGB)
    - Abbedingung nur in den Grenzen des § 675z S. 2 BGB
- Ausführungsfrist i.d.R. ein Tag (§ 675s I BGB)
- Wegen Pflicht zu ungekürzter Weiterleitung → vertragliches Entgelt jeder Seite (§ 675q III BGB) ist gesondert auszuweisen (§ 675q II BGB)
- Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB) → Folie 51 ff.

# Überweisung

## = Zahlungsauftrag

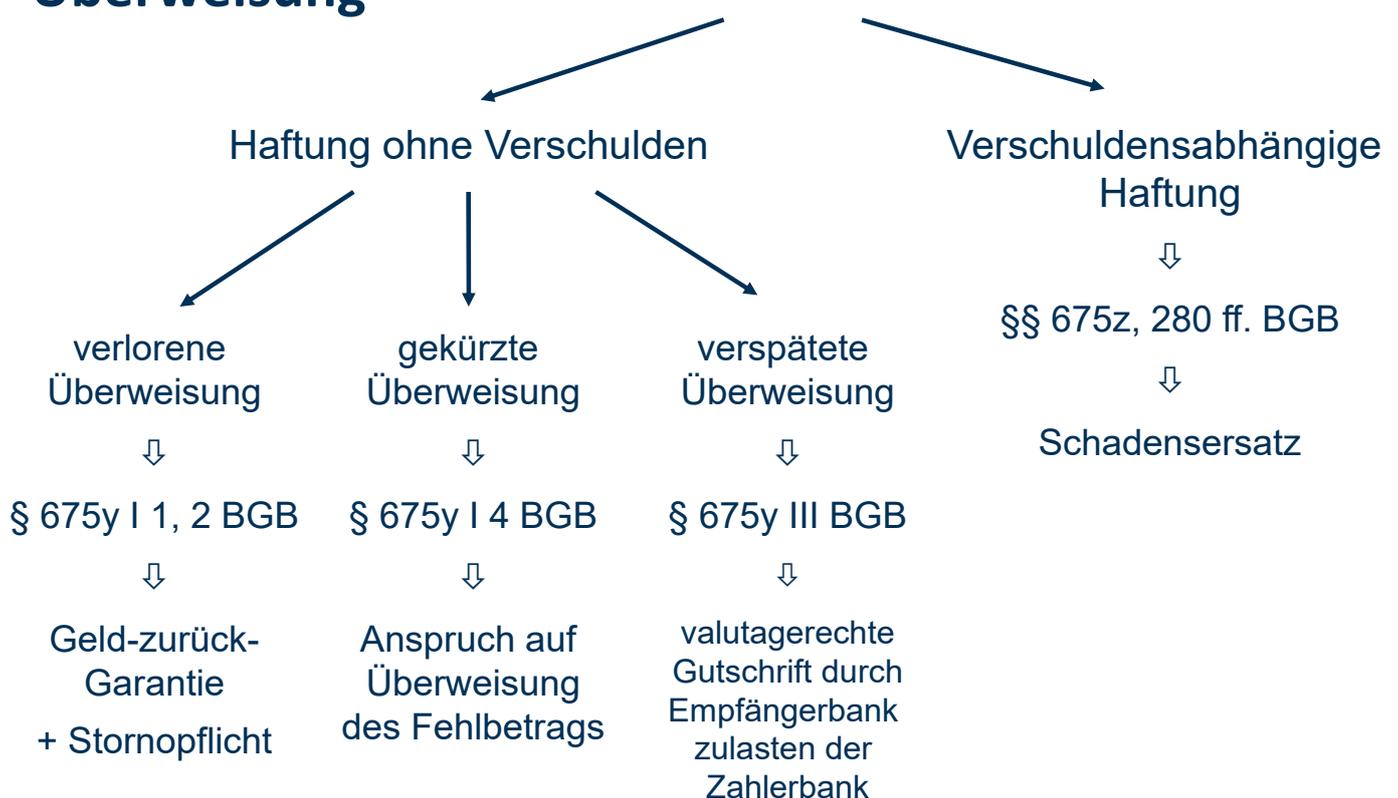
### 5. Beendigung des Zahlungsvorgangs im Deckungsverhältnis = Bewirkung der geschuldeten Leistung

- *Leistungshandlung*: rechtzeitige + ungekürzte Weiterleitung
- *Leistungserfolg*: Eingang beim Zahlungsdienstleister des Empfängers (mittelbar aus §§ 675q I, 675s I 1 und insbes. aus § 675y I 5, III BGB)
  - keine Trennung mehr zwischen Haus-/Filialüberweisung und institutsübergreifender Überweisung
  - früher nach h.M. bei Haus- / Filialüberweisung weitergehende Pflicht: Gutschrift auf dem Konto des Empfängers (§ 676a I 1 BGB a.F.)
- bei verspätetem Leistungserfolg gilt § 675y III BGB: valutagerechte Gutschrift (seit ZDRL II)

### 6. Entstehung der Pflicht im Inkasso-Verhältnis: § 675t BGB

- $\triangleq$  Anspruch auf Gutschrift  $\Leftrightarrow$  Anspruch aus Gutschrift (str.)  $\rightarrow$  Folie 54

# Leistungsstörungen bei der Überweisung



# Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB)

Zum Begriff: *Hadding*, in FS U.H. Schneider, 2011, S. 443 ff.; BeckOGK/Zahrte, § 675r Rn. 6 ff.

## 1. Praktische Relevanz

- Kontonummer-Namens-Abgleich von *Empfängerbank* nicht geschuldet
  - Vollautomatisierte Zahlungsvorgänge anhand numerischer IBAN
  - **Achtung:** Kontoaufruf kann die Zahlerbank (Ausnahme: Instituts-/Filialüberweisung) nicht tätigen → Fehlüberweisung i.d.R. nicht ihr Problem
  - Differenzierende Rechtsprechung nach altem Recht
    - Beleggebundener Überweisungsverkehr: bei fehlender Übereinstimmung von Empfänger + Kontonummer ist die Bezeichnung des Empfängers maßgebend (BGHZ 108, 386; BGH NJW 2003, 1389 mit Ausnahmen)
      - » Problem der Empfängerbank: Gutschrift auf falschem Konto erfüllt den Herausgabeanspruch des wahren Empfängers nicht
    - Belegloser Überweisungsverkehr (online): keine Kontoanrufprüfung erforderlich (BGH NJW 2006, 503)
      - » Aber: Weisung lautet gleichwohl auf namentlich benannten Empfänger

# Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB)

## 2. Rechtsfolgen

- a) Fiktion der ordnungsgemäßen Ausführung gemäß § 675r I 2 BGB
  - Gilt für Zahler- als auch für Empfängerbank (EuGH ZIP 2019, 654)
  - Ausnahme vom Grundsatz der formalen Auftragsstrenge
  - **Ausnahme:** Positive Kenntnis der Zahlerbank vor Ausführung (str.)
    - Achtung: Text im Feld für Verwendungszweck dafür nicht ausreichend!
  - **Ausnahme:** Positive Kenntnis der Empfängerbank (str.)
    - Pflicht zur Rückfrage und Ausführungsverweigerung bis zur Klärung (str.)
- b) Gesetzliche Umdeutung der Kundenweisung (str.)
  - falscher statt richtiger Empfänger erlangt Auszahlungsanspruch (str.)
  - kein Stornorecht der Empfängerbank (str.)
  - Leistungskondiktion des Zahlers gegen den falschen Empfänger

# Maßgeblichkeit der Kundenkennung (§ 675r BGB)

## 2. Rechtsfolgen

- c) Haftungsausschluss bei Ausführung nach Maßgabe der Kundenkennung (§§ 675y V 1, 675z S. 5 BGB)
- d) Bemühenspflicht der Zahlerbank gemäß § 675y V 2 BGB
  - Auskunftspflicht der Empfängerbank gegenüber der Zahlerbank gemäß § 675y V 3 BGB → Durchbrechung der Relativität des Schuldverhältnisses!
    - zur dogmatischen Einordnung *Hoffmann*, WM 2016, 1110
- e) Informationsanspruch des Zahlers aus § 675y V 4 BGB bei Fehlschlag
- f) Ggf. Entgeltspflicht des Zahlers gemäß § 675y V 5 BGB
- g) Vorgelagerter Schutz des Zahlers
  - Pflicht zu automatisierter Vorabprüfung (§ 675r III BGB)
  - bei der IBAN wird eine Überweisung bei fehlerhafter Eingabe (Vertippen) zu 99 % gar nicht ausgeführt → Prüfziffer ist implementiert (z.B. DE087009...)

# Inkassoverhältnis bei der Überweisung

## 1. Anspruch auf Gutschrift = Herausgabeanspruch aus §§ 675c, 667 BGB → Präzisierung in § 675t BGB

- a) Gutschrift eingehender Beträge (§ 675t I 1, 2 BGB)
  - unverzüglich nach Eingang (§ 675t I 1 BGB)
  - mit Wertstellung des Eingangstages (§ 675t I 2 BGB)
- b) Mitteilung: Kennung + Verwendungszweck (Art. 248, §§ 8, 15 EGBGB)
- c) bei verspäteter Gutschrift ggf. Erstattung von Zinsen (§ 675y VI BGB); sonst nur verschuldensabhängiger SchE (§ 675z BGB)
- d) Pflicht zur (restlichen) Gutschrift bei vertragswidriger Kürzung

## 2. Anspruch aus der Gutschrift = abstraktes Schuldversprechen / -anerkennnis i.S.v. §§ 780–782 BGB

## 3. Stornorecht (Nr. 8 I AGB-Banken) → kein § 818 III BGB

## 1. Pull-Zahlung, nicht Push-Zahlung

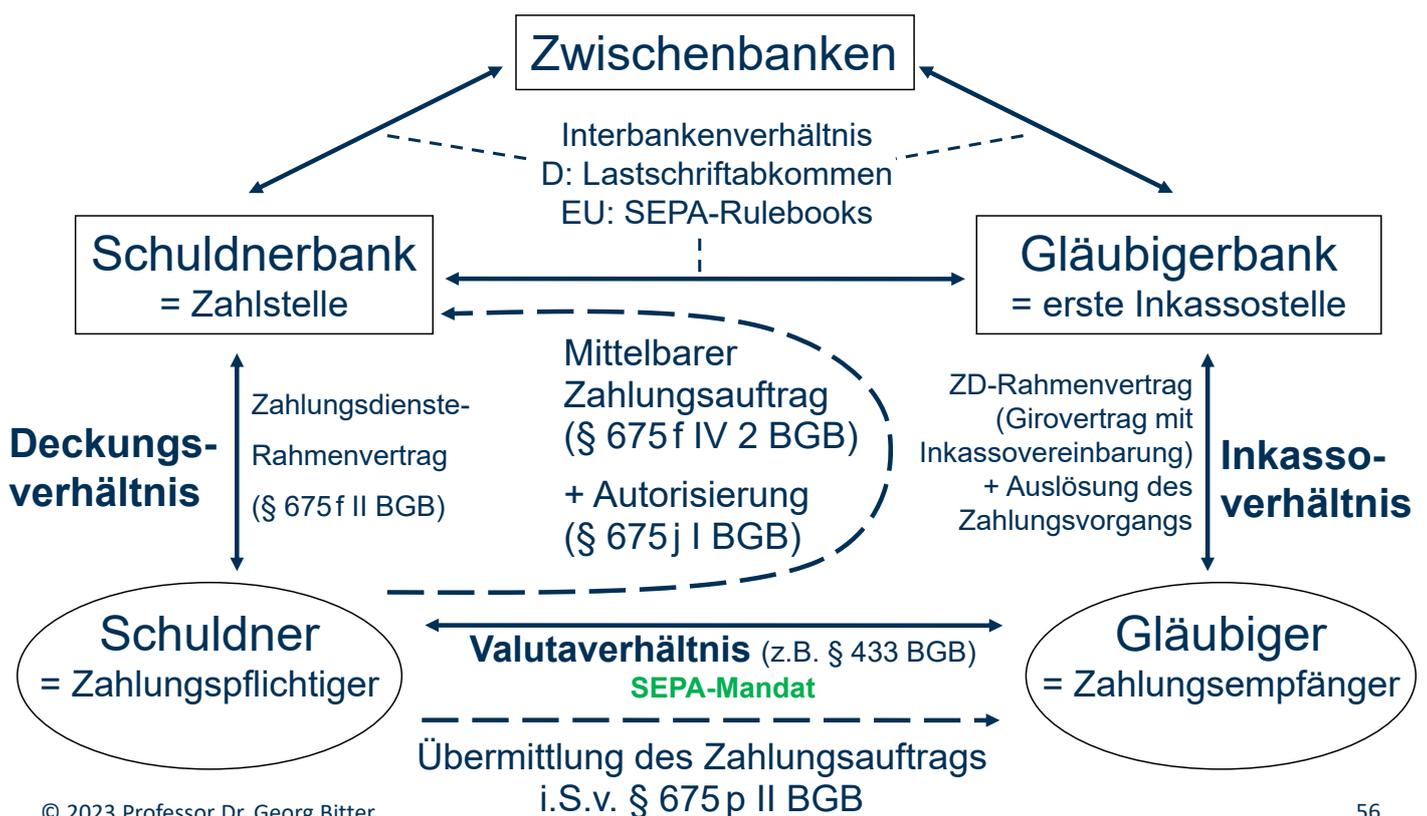
- Zahlung wird über den Zahlungsempfänger (Gläubiger) ausgelöst
- Lastschriftabrede zwischen Gläubiger und Schuldner („Mandat“)

## 2. Rechtsquellen:

- a) §§ 675c ff. BGB → Zahlungsdiensterverahmenvertrag
- b) „Abkommen über die SEPA-Inlandslastschrift“ von 2013
  - Betrifft das Interbankenverhältnis in Deutschland für das SEPA-Basislastschriftverfahren und das SEPA-Firmenlastschriftverfahren, sofern die Lastschriften entsprechenden Inlandsbezug aufweisen
- c) SEPA-Rulebooks + Implementation Guidelines

## 3. Beteiligung von (mindestens) 4 Personen beim typischen (institutsübergreifenden) Lastschriftverfahren → b.w.

# Rechtsbeziehungen beim Lastschriftverkehr



## 1. SEPA-Basislastschrift

- nach dem Zahlungsdiensterecht der gesetzliche Regelfall
- **Lastschriftmandat** = Doppeltatbestand aus Ermächtigung und Weisung
  - Ermächtigung des Gläubigers zum Lastschrifteinzug
  - Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) + Autorisierung (§ 675j I BGB) an Zahlungsdienstleister des Schuldners (Zahlstelle), Lastschrift einzulösen
- Zahlungsauftrag + Autorisierung werden der Zahlstelle über den Gläubiger + dessen Bank (erste Inkassostelle) zugeleitet (Boten/Stellvertr.) → Folie 56
  - Grundsatz der Unwiderruflichkeit (§ 675j II i.V.m. § 675p II BGB)
- Erstattungsanspruch des Kunden trotz Unwiderruflichkeit des Auftrags (§ 675x II BGB); Grenze: 8-Wochen-Frist (§ 675x IV BGB)
  - seit 2018 gesetzlicher Anspruch; Ausnahme: „Vorabgenehmigung“
  - keine Angabe von Gründen für das Erstattungsverlangen erforderlich

## 2. SEPA-Firmenlastschrift

- Ähnlichkeit zum früheren nationalen Abbuchungsauftragsverfahren
- Verwendung in der Praxis bei ständiger Geschäftsverbindung zwischen Schuldner und Gläubiger (z.B. dauerhafte Lieferbeziehung zw. Hersteller und Händler)
- Lastschriftmandat, Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) und Autorisierung (§ 675j I BGB) entsprechen dem SEPA-Basislastschriftverfahren
- Aber: zusätzliche Bestätigung unmittelbar gegenüber der Zahlstelle (Übermittlung der Daten aus dem SEPA-Firmenlastschrift-Mandat)

## 2. SEPA-Firmenlastschrift

- Widerruf der Zustimmung ebenso beschränkt wie der Widerruf des Zahlungsauftrags (§ 675j II i.V.m. § 675p BGB)
  - bei Lastschrift ist ein Widerruf des Zahlungsauftrags nur bis zum Ende des Geschäftstags vor dem vereinbarten Fälligkeitstag möglich (§ 675p II BGB)
  - Aber AGB: Widerruf bis Einlösung möglich (zwei Tage nach Buchung)  
→ wohl zulässige Vereinbarung wegen § 675p IV BGB
- trotz betragsmäßig nicht fixierter Autorisierung (§ 675x I 1 Nr. 1 BGB) ausnahmsweise Ausschluss des Anspruchs auf Erstattung (§ 675x III BGB):
  - unmittelbare Zustimmung gegenüber der Zahlstelle (s.o.)
  - ggf. Vorabinformation über Zahlungsvorgang 4 Wochen vor Fälligkeitstermin
- Erfüllung im Valutaverhältnis mit der Einlösung auf dem Schuldnerkonto (vgl. BGH ZIP 2013, 324, 325 [Rn. 12] zum Abbuchungsauftragsverfahren)

# Zahlung mit Debitkarte (girocard)

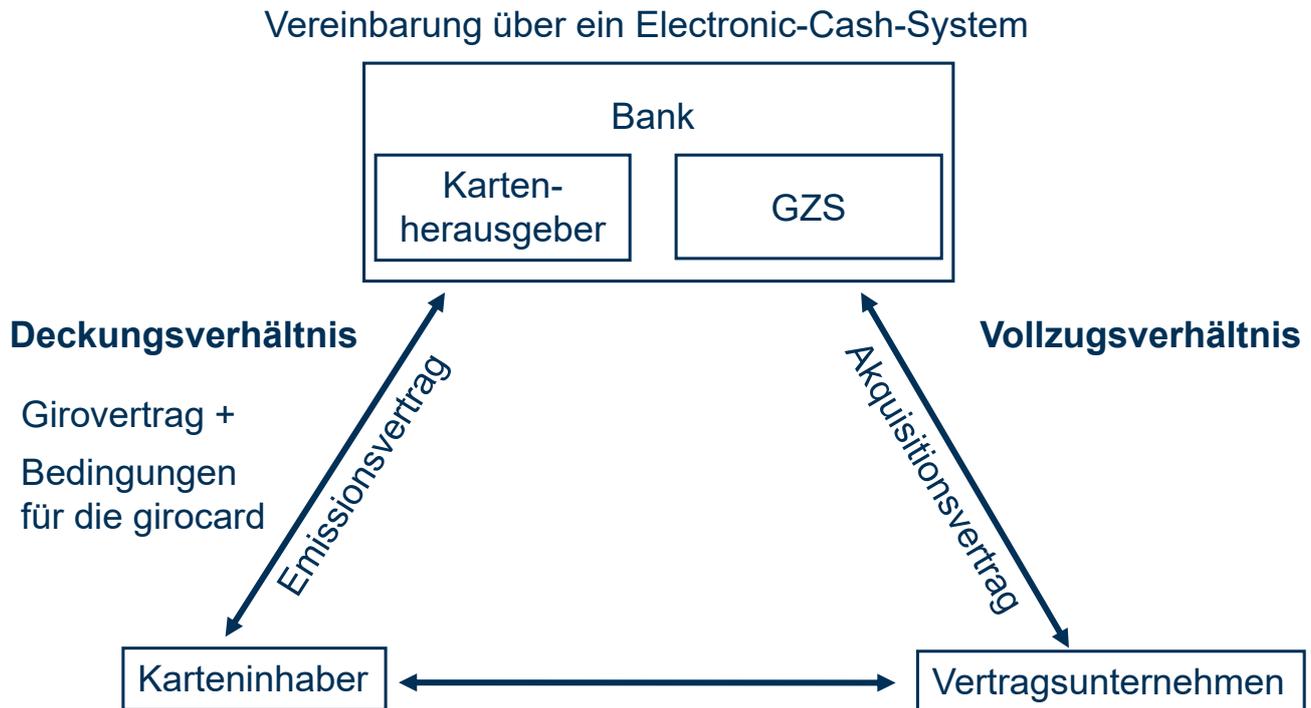
## 1. Grundlagen

- Bezeichnung vom englischen Begriff für das Lastschriftverfahren (direct debit) abgeleitet
  - Führt bei garantierter Zahlung (PIN-Einsatz, sogleich) wie Kreditkarte zu sofortigem Geldfluss zugunsten des Gläubigers
  - Anders als bei der Kreditkarte erfolgt auch der Geldabfluss beim Karteninhaber sofort (*pay now*) in Gestalt einer Lastschriftabbuchung
- früher „EC-Karte“ = Zahlungskarte (Maestro-Card); ec = electronic cash
- mit SEPA (Marken-)Bezeichnung auf „girocard“ umgestellt

## 2. Zwei Arten der „Zahlung“ mit Debitkarte (girocard)

- POS-Verfahren (Point-of-Sale) mit Eingabe der PIN + Zahlungsgarantie der Bank
- kartengestütztes Lastschriftverfahren = Generierung einer regulären SEPA-Basislastschrift durch Auslesen der Kontodaten

# Vertragsverhältnisse bei der Debitkarte (girocard)



61

# POS-Verfahren Debitkarte

## 1. Rechtsverhältnis Bank – Vertragsunternehmen (VU)

- Akzeptanzverpflichtung (wie Bargeld) = Vertrag zugunsten des Karteninhabers (§ 328 BGB)
- Verpflichtung der Bank zur Erfüllung der Forderung des VU gg. Karteninhaber
  - h.M.: abstraktes Schuldversprechen
  - a.A.: Garantie = die Bank garantiert die Ausführung der Kundenweisung (≈ früherer EC-Scheck → primäre Zahlung der Bank, aber dennoch subsidiäre eigene Verpflichtung; vgl. zur Kreditkarte *Bitter*, ZBB 1996, 104, 118 f.)
    - ❖ Problem: Vereinbarkeit der Garantie mit § 364 I BGB
- Pflicht des VU zur Zahlung eines Disagios (0,3 %, z.T. auch 0,2 %)
- zweistufige Abwicklung
  - Autorisierung: Prüfung von PIN, Verfügungsrahmen + Sperrdatei
  - Clearing: Lastschrift ohne Rückgabemöglichkeit (SCC = SEPA-Card-Clearing)

## 2. Rechtsverhältnis Bank – Karteninhaber

- Girovertrag/Zahlungsdienstvertragsvertrag als Grundverhältnis
- gesonderte Kundenbedingungen für die Kartennutzung
- frühere Rechtslage (allgemeines Auftragsrecht)
  - Kartenzahlung = Weisung i.S.d. § 665 BGB an die Bank, die Forderung des VU gegen den Karteninhaber zu erfüllen
  - kein Recht zum Widerruf, da die Bank aufgrund der Zahlungsgarantie gegenüber dem VU irreversibel gebunden ist
- Rechtslage seit dem Zahlungsdienstrecht 2009 (i.E. unverändert)
  - Kartenzahlung = Zahlungsauftrag (§ 675f IV 2 BGB) + Autorisierung (§ 675j I BGB)
  - kein Widerruf nach Übermittlung an den Empfänger (§§ 675j II, 675p II BGB)
  - kein Erstattungsverlangen nach § 675x BGB möglich

## Kartengestütztes Lastschriftverfahren

### 1. Historisch: Einlesen von EC-Kartendaten zur Generierung von Lastschriften durch Händler ohne Rahmenabkommen mit den Banken

- keine Abfrage im Sperrdateisystem der Kreditwirtschaft  
→ Umsätze mit gestohlenen EC-Karten bleiben weiter möglich
- aber: ggf. Abfrage in händlereigener Sperrdatei; z.B. im KUNO-System
- durch POZ-Verfahren zunächst weitgehend abgelöst; Wiederbelebung seit Abschaffung des POZ-Verfahrens Ende 2006
- seit 1.2.2016 Umstellung auf SEPA-Basislastschriftverfahren („Elektronische Lastschrift“)

### 2. Pflicht zur Herausgabe von Kundendaten bei Widerspruch und Nichteinlösung?

- LG Wuppertal WM 1998, 122 (–), da Bedingungen über das (bis 2006 existierende) POZ-System unanwendbar; dies gilt wohl auch heute noch

## 1. Abhebung am GAA der eigenen Bank

- Realisierung des Auszahlungsanspruchs aus dem Girovertrag

## 2. Abhebung am fremden GAA

- Online-System gemäß Interbankenabkommen (vergleichbar dem POS-Verfahren)
- Autorisierung: Prüfung von PIN, Verfügungsrahmen + Sperrdatei
- Clearing: Lastschrift ohne Rückgabemöglichkeit
- kein Widerrufs-/Rückbuchungsrecht des Kunden
  - Grund früher: irreversible Verpflichtung der Bank
  - heute: kein Widerruf nach Übermittlung an den Empfänger (§§ 675j II, 675p II BGB) und kein Erstattungsverlangen nach § 675x BGB möglich

# Gliederung der Vorlesung

## 1. AGB-Änderungsmechanismus nach dem Postbank-Urteil

## 2. Zulässigkeit von Bankentgelten: Transparenz versus Verursacherprinzip

## 3. Grundzüge des Zahlungsverkehrsrechts

- Allgemeine Grundsätze des Zahlungsdiensterechts
- Überweisung, Lastschrift, Zahlung mit Debitkarte (girocard)

## 4. Kreditgeschäft

- Entgelte: Zulässigkeit von Abschussentgelten
- Zulässigkeit von Negativzinsen

1. Begriff von lat. *credere* = vertrauen
2. Aufsichtsrechtliche Legaldefinition des Kreditgeschäfts in § 1 I 2 Nr. 2 KWG: „Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten“
3. Frühere Legaldefinition in § 1 II VerbrKrG: Kreditvertrag = Oberbegriff für Darlehen, Zahlungsaufschub und sonstige Finanzierungshilfe
4. Seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
  - Gelddarlehen (§§ 488 ff. BGB) und Sachdarlehen (§§ 607 ff. BGB)
5. Sonderform: Verbraucherdarlehen (§§ 491 ff. BGB)
6. Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie (seit 11.6.2010)
  - Eingeräumte Überziehungsmöglichkeit (§ 504 BGB) und geduldete Überziehung (§ 505 BGB)

7. Zwei Grundformen des Kredits
  - a) Zahlungskredit = Überlassung von Kapital für eine begrenzte Zeit (typologisch: Gebrauchsüberlassungsvertrag)
    - Beispiele: Kontokorrent-, Ratenkredit, Schuldscheindarlehen
  - b) Haftungskredit = keine effektive Mittelüberlassung, sondern Übernahme der Haftung gegenüber Dritten (Gläubigern des Kreditnehmers)
    - Beispiele: Aval-, Akzept- oder Rembourskredit
8. Risikoverteilung
  - keine Zug-um-Zug-Abwicklung → Vorleistungsrisiko der Bank

## § 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 Abs. 1 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)
- Verschaffung + Belassung der Valuta = Erfüllung des Darlehensvertrags durch Kreditgeber
- Verschaffung von Buchgeld ist ausreichend (↔ Übereignung)
- Synallagma: Kapitalüberlassung + Zinszahlung; nicht: Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens (§ 488 I 2 BGB)

# Entgelte im Kreditgeschäft

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 (als **Urteil 3** beigelegt) + 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
- ❖ ebenso BGH ZIP 2019, 2201 zu Treuhandauftrag bei Darlehensablösung

## 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 Tätigkeit im Eigeninteresse der Bank
  - 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, 5. Aufl. 2020, § 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 25) 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]; 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 und 2249 ff.)
  - 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

## 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 25 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 33).

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

- ❖ Gegenansicht von *Bitter, JZ 2015, 170 ff.* m.w.N. (Anhang zu Urteil 3)
  - **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 2018, 2249)
    - § 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 Bereitstellungszinsen 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 2018, 2249; 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 laufzeitunabhängige 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: Aufschieb 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 Aufschieb des Verjährungsbeginns bei unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat des BGH
  - verfassungswidrige Einschränkung des Verjährungsbeginns bei klarer und unklarer Rechtslage durch den XI. Zivilsenat

# Zulässigkeit von Negativzinsen

## 1. Umkehrung der Zinspflicht beim Darlehen?

BGH, Urteil vom 9.5.2023 – XI ZR 544/21 (Pressemitteilung) – als **Urteil 4** beigefügt

Fall: Das klagende Land hatte als Darlehensnehmerin einen Darlehensvertrag mit Zinsgleitklausel geschlossen, in welchem der Vertragszins mit einem Abstand von 0,1175 % an den 3-Monats-Euribor gebunden war. Als der Referenzzinssatz hinreichend ins Negative schlug, forderte das Land auf Basis der Gleitklausel „Negativzinsen“ von der darlehensgebenden Bank.

- Orientierung des BGH am Wortlaut des § 488 BGB (Wortlaut oben Folie 69)
- Formulierung in Ziff. 6 des Vertrags: „Die Abtretung der Darlehensforderung ist nur im Ganzen zulässig. [...] In jedem Fall wird der Darlehensschuldner [= Kreditnehmer] Zins- und Tilgungsleistungen nur auf ein Konto des Darlehensgläubigers [= Kreditgeber] in der Bundesrepublik Deutschland überweisen.“

## 2. Verwarentgelt auf Girokonten?

OLG Düsseldorf vom 30.3.2023 – 20 U 16/22, ZIP 2023, 902

Revision beim BGH unter dem Az. XI ZR 65/23

Fall: Verpflichtung von Verbrauchern und Unternehmern, für ihr auf Girokonten liegendes Geld „Negativzinsen“ im Sinne eines Verwarentgelts zu zahlen.

- keine Aussage dazu im neuen BGH-Urteil vom 9.5.2023
- Bedeutung nicht nur des Darlehensrechts (§ 488 BGB), sondern auch des Rechts der unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 BGB). Der BGH kann insoweit – wie das OLG Düsseldorf – anders entscheiden und die Verpflichtung zur Zahlung von Verwarentgelten (= Negativzinsen) durch die Kontoinhaber akzeptieren.
- Von einer Bank kann m.E. nicht verlangt werden, Kundengelder kostenfrei zu verwahren, wenn sie selbst bei der EZB Negativzinsen auf Einlagen leisten muss.

## 3. Hinweise zur Lektüre

- *Renner*, Negativzinsen und Privatautonomie, AcP 222 [2022], 217 ff. m.w.N.
- *Bitter*, BGH lehnt Verpflichtung des Darlehensgebers zur Zahlung von Negativzinsen ab, Blog Gesellschaftsrecht des Verlags ottoschmidt vom 10.5.2023

<https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2023/05/10/bgh-lehnt-verpflichtung-des-darlehensgebers-zur-zahlung-von-negativzinsen-ab/>

© 2023

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

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



Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V.

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)