

Handbuch zur Gewerbesteuerveranlagung 2016: GewSt 2016

Bearbeitet von
Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e.V.

1. Auflage 2017. Buch. VIII, 200 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 70191 7

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Steuern > Gewerbesteuer](#)

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 5. AGB-Recht; RiLi über missbräuchl. Vertragsklauseln

48–51 § 5

AGB-Klauselwerk abstrakt zur Prüfung steht, die sog **umgekehrte Anwendung der Unklarheitenregel** an.¹

Darüber hinaus ist nach der im Schrifttum vordringenden Auffassung § 305c Abs. 2 BGB **auch im Individualprozess** richtigerweise so zu verstehen, dass bei gleichgewichtigen Auslegungsalternativen im Zweifel die **gesetzeswidrige Auslegung** der Klausel und damit ihre Unwirksamkeit anzunehmen ist.² Diese missverständlich auch als „kundenfeindlichste“ bezeichnete Auslegung beruht auf der sachgerechten Erwägung für das Unterlassungsverfahren, dass sonst alle unklaren Geschäftsbedingungen der Überprüfung in diesem Verfahren entzogen und der Vertragspartner des Klauselverwenders von der Geltenmachung seiner Rechte abgehalten werden könnte.³ Das Abstellen auf die kundenfeindlichste Auslegung ist aber nicht auf den Verbandsprozess zu beschränken.⁴ Würde die Unwirksamkeit der Klausel die Rechtsstellung des Kunden verbessern, so ist die Unklarheitenregel auch im Individualprozess zunächst umgekehrt anzuwenden, dh es ist zunächst zu prüfen, ob die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung unwirksam ist.⁵

Der **Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung** wurde auch bereits bei **Verbandsprozessen** gegen Geschäftsbedingungen der Banken angewendet, so beispielsweise bei der Auslegung der Klausel „Zahlungen werden nach § 367 BGB verrechnet“,⁶ bei dem Streit um die Schufa-Klausel,⁷ beim Streit um die sog Trennungsklausel in Kreditverträgen,⁸ bei Zinsänderungsklauseln,⁹ bei der sog Buchungspostenklausel „Preis pro Buchungsposten“,¹⁰ und beim Streit um die Klausel „Ersatzkarte auf Wunsch des Kunden 15,00 EUR“.¹¹ In der letztgenannten Entscheidung vom 20.10.2015 hat der Bankrechtssenat hierzu formuliert: „Sind mehrere Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung ... Danach ist die scheinbar „kundenfeindlichste“ Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste, da sie häufig erst die Inhaltskontrolle eröffnet bzw. zu einer unangemessenen Benachteiligung und damit zur Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel führt ... Außer Betracht zu bleiben haben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind.“¹²

Der im Grundsatz sicher berechtigte präventive Kundenschutz darf aber nicht übertrieben werden, etwa durch eine Beurteilung, der **Ausnahmefälle** zugrundegelegt werden, von denen angenommen werden muss, dass der Klauselverwender an sie ernsthaft nicht gedacht hat und auch der Kunde auf sie die Klausel nicht beziehen wird.¹³ Im Unterlassungsverfahren begründet sich dies auch aus der Überlegung, dass eine derartig **fernliegende Auslegung** den Geschäftsverkehr nicht gefährdet und daher auch kein Klauselverbot rechtfertigt.¹⁴

Auch im **Unterlassungsverfahren** ist genauso wie bei der Individualbeurteilung davon auszugehen, wie der typischerweise angesprochene Personenkreis die Klausel vernünftigerweise verstehen muss.¹⁵

¹ BGHZ 95, 353 (104, 88); 108, 56; 119, 172; BGH NJW 1994, 1062; 1999, 276; vgl. Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer § 305c Rn. 97 ff. mit umfangreichen Hinweisen auf die Gegenansicht.

² Horn WM 1984, 452; Lindacher BB 1983, 160; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer § 305c Rn. 131. Wohlwollend auch BGH NJW 1992, 1097 (1099) mit Hinweisen auch auf die Gegenmeinung. AA Roth WM 1991, 2088; Sambuc NJW 1981, 314; auch noch Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer § 305c Rn. 90.

³ BGHZ 91, 55 (61); 95, 350 (353); BGH NJW 1985, 320.

⁴ Palandt/Grüneberg § 305c Rn. 20.

⁵ In der Tendenz auch BGH NJW 1993, 1135; 1994, 1799; OLG Schleswig ZIP 1995, 762.

⁶ BGHZ 91, 55.

⁷ BGHZ 95, 362 = BGH WM 1985, 1305.

⁸ BGHZ 95, 350 = BGH WM 1985, 1307.

⁹ BGH NJW 2009, 2051ff.

¹⁰ BGH 27.1.2015, NJW 2015, 1440.

¹¹ BGH 20.10.2015, NJW 2016, 560 = EWiR 2016, 99 (Bunte).

¹² Unter Hinweis u. a. auf BGH, 13.5.2014, BGHZ 201, 168; 27.1.2015, BGH NJW 2015, 1440.

¹³ BGH WM 1985, 24 (25); 1984, 696 (697); Bunte ZIP 1982, 591 (Anm. zu BGH ZIP 1982, 588).

¹⁴ BGH NJW 1992, 1099; 1991, 2559; BGHZ 91, 55 (61).

¹⁵ BGH WM 1984, 696; NJW 1985, 321.

V. Inhaltskontrolle der AGB nach §§ 307–309 BGB

1. Schranken der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 BGB)

52 § 307 Abs. 3 BGB legt die **Schranken der Inhaltskontrolle** fest. Danach gelten die Vorschriften über die Inhaltskontrolle (§§ 307–309 BGB) nur für Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Das Verständnis der Vorschrift bereitet seit langem Schwierigkeiten, insbesondere was deren Bedeutung für die Kontrollfähigkeit von Klauseln zur Festlegung des Leistungsinhaltes oder des für die Leistung zu zahlenden Entgelts betrifft. Herrschende Meinung ist, dass AGB, die den Leistungsinhalt festlegen (sog. **Leistungsbeschreibung**) oder das für die Leistung zu zahlende **Entgelt** bestimmen, gemäß § 307 Abs. 3 BGB von der Anwendung der §§ 307–309 BGB ausgenommen werden müssen und sollen.¹ Der Grund für die Schranken der Inhaltskontrolle sind zum einen der fehlende rechtliche **Kontrollmaßstab** (hinsichtlich der Festlegung des Leistungsinhaltes), zum anderen die Wahrung der **marktwirtschaftlichen Prinzipien** (hinsichtlich der Preisvereinbarung und des Preis-Leistungsverhältnisses).² Der BGH hat wie folgt formuliert:³ „§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB beschränkt die Inhaltskontrolle auf solche Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fallen ... zwar weder Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch Klauseln über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzlich angebotene Sonderleistung. Preisnebenabreden, die keine echte (Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselverwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt, sind hingegen der Inhaltskontrolle unterworfen (ständige Rechtsprechung ... mwN).“ Im weiteren Zusammenhang führt der BGH aus, dass beim Darlehen die der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung über den Preis der für die Gewährung des Darlehens gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zu zahlende Zins ist. Der BGH hat auch den Einwand zurückgewiesen,⁴ dass eine Entgeltklausel dann schon kontrollfrei sein müsse, wenn dem Kunden das Entgelt schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend klar vor Augen geführt werde, so dass die Klausel am Wettbewerb um die Hauptleistung teilnehme und daher davon ausgegangen werden könne, dass der Kunde sie bei der Abschlussentscheidung berücksichtigt habe.⁵

Der BGH⁶ hat zur Auslegung von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB und den darin formulierten Schranken der Inhaltskontrolle noch ausgeführt, dass unter die Bestimmung weder bloß deklaratorische Klauseln fallen noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. „Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen (... BGHZ 199, 281 = NJW 2014, 922 Rn. 12). Weiter kontrollfähig sind Klauseln, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (...). Dies gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das – wie hier das Preis- und Leistungsverzeichnis der Beklagten – Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt (...).“

Da die Rechtsordnung davon ausgeht, dass der Preis für eine konkrete Ware oder Dienstleistung zwischen den Parteien frei vereinbart wird, stellt eine solche Preisvereinba-

¹ BGHZ 116, 117; 124, 254 (256); Niebling, Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG; ders. WM 1992, 854, jeweils mwN.

² Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Wolf § 307 Rn. 276.

³ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2422).

⁴ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2426/2427).

⁵ Unter Hinweis auf BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801 Rn. 27.

⁶ BGH 28.7.2015, NJW 2015, 3025 (3026) Rn. 28.

§ 5. AGB-Recht; RiLi über missbräuchl. Vertragsklauseln

52a, 52b § 5

rung weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar.¹ In einer marktwirtschaftlichen Ordnung wird die Bemessung der Gegenleistung für eine Ware oder Dienstleistung auf der Basis der **Privatautonomie** getroffen und ist eine rein marktwirtschaftliche Entscheidung.² Preisvereinbarungen sollen deshalb einer Kontrolle auch dann nicht unterliegen, wenn sie in den AGB enthalten sind.³ Als „Preisvereinbarungen“ werden nach allgemeiner Ansicht auch die einseitigen Festsetzungen in AGB behandelt. Aus diesem Grunde unterliegen auch die in den Preisverzeichnissen der Banken vorzufindenden Entgelte nicht der Inhaltskontrolle, immer unter der Voraussetzung, dass es sich um Preisfestsetzungen handelt. Die Rechtsprechung will also nicht die Produkt- und Preisgestaltungsfreiheit von Unternehmen beschränken.

In der sog. Barclay-Entscheidung⁴ hatte der BGH über ein **Sonderentgelt** für den Auslandseinsatz der Kreditkarte zu entscheiden. Der XI. Zivilsenat hat entschieden, dem Kreditkartenunternehmen stehe es frei, den Preis für die Inanspruchnahme einer an sich einheitlichen Leistung – hier: für die bestimmungsgemäße Benutzung der Kreditkarte – nach eindeutigen Anknüpfungsmerkmalen unterschiedlich zu bemessen, etwa eine bestimmte Art der Leistungsanspruchnahme – hier: die Nutzung der Kreditkarte im Inland – als mit einem **Grundentgelt** (Jahresgebühr) abgegolten zu behandeln und eine andere Nutzungsmöglichkeit – hier: die Nutzung der Kreditkarte im Ausland – mit einem Zusatzentgelt zu belegen, und zwar unabhängig davon, ob die Nutzungsmöglichkeit, für die ein zusätzliches Entgelt verlangt wird, tatsächlich höhere Kosten verursacht. Der Anbieter hat also die Wahl zwischen Pauschalpreisen, Einzelpreisen oder einer Kombination dieser Möglichkeiten und kann dabei festlegen, welche Sonderleistungen er anbietet und wie er diese vergütet haben will. Der Klauselverwender ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH in der konkreten Ausgestaltung seines Preisgefüges grundsätzlich frei und kann seine Leistung entweder zu einem Pauschalpreis anbieten oder den Preis in mehrere Preisbestandteile oder Teilentgelte aufteilen.⁵ Dies gilt auch für das in § 488 BGB geregelte Darlehen. Demgemäß ist anerkannt, dass der Darlehensgeber neben dem Zins ein Disagio als zinsähnliches (Teil-)Entgelt für die zeitweilige Kapitalnutzung in Gestalt eines Einmalentgelts erheben kann, das idR integraler Bestandteil der laufzeitabhängigen Zinskalkulation ist.⁶ Daraus ergibt sich:

- Ein Kreditinstitut kann unterschiedliche Preismodelle festlegen: **Pauschalentgelt** oder **Grundentgelt plus leistungsabhängiges Zusatzentgelt** oder **Kombination dieser Möglichkeiten**,
- Ein Kreditinstitut muss seine Preise nicht an den ihm entstehenden Kosten orientieren, sondern kann auch andere Ziele verfolgen.⁷

Verstöße gegen das **Transparenzgebot** können aber auch bei Klauseln, die das Preis-Leistungsverhältnis betreffen, Unwirksamkeit begründen, da § 307 Abs. 3 BGB nach seinem Zweck nur die Angemessenheitskontrolle, nicht aber eine Verständlichkeits- und Transparenzprüfung ausschließt.⁸ Der BGH hat ausgesprochen, dass auch dann, wenn eine Klausel den Anforderungen des Transparenzgebotes des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht, dieser Umstand weder die Möglichkeit noch das Bedürfnis entfallen lässt, die Klausel einer inhaltlichen Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zu unterziehen.⁹ Er hat formuliert: „Die Inhaltskontrolle hat einen weitergehenden Zweck als das Transparenzgebot. Sie soll einen lückenlosen Schutz vor inhaltlich unangemessenen AGB gewährleisten.“

¹ Schimansky, RWS Forum 12, Bankrecht 1998, 1 (4).

² Vgl. Stoffels, Bankrechtstag 2010; Bericht Bauer in ZIP 2010, 320 (325).

³ Haun/WuB I D 5a.–1.98; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs § 307 Rn. 18; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Wolf § 307 Rn. 276.

⁴ BGH WM 1997, 2244.

⁵ BGHZ 137, 27 = NJW 98, 383; BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801 Rn. 31; BGHZ 190, 66 = NJW 2011, 2640 Rn. 24f.; BGH NJW 2014, 2420 (2424) Rn. 42.

⁶ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2424) Rn. 42.

⁷ Im entschiedenen Fall war das Zusatzentgelt für den Auslandseinsatz etwa um das Dreifache höher als der übliche Satz (2,9% statt der üblichen 1%); BGH WM 1997, 2244 „Barclay“.

⁸ Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 55; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer § 307 Rn. 278.

⁹ BGH NJW 2014, 2420 (2426) Rn. 60 unter Hinweis auf BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801 Rn. 27.

§ 5 52c, 52d

2. Kap. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der dt. Banken

Das verlangt ... nicht nur den Schutz vor solchen Entgeltvereinbarungen, die irreguläre Geschäftsvorfälle betreffen, deren Eintritt bei Vertragsschluss noch ungewiss ist und denen der Kunde deshalb naturgemäß geringere Aufmerksamkeit widmet.¹ Vielmehr soll die Inhaltskontrolle Kunden auch gerade vor solchen Klauseln schützen, bei denen das auf einen gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht – wie hier – durch einseitige Gestaltungsmacht des Klauselverwenders außer Kraft gesetzt wird ... Diesem Schutzbedürfnis wird ein rein „marktbezogener“ Ansatz nicht gerecht.“ Dies entspricht auch Art. 4 Abs. 2 der EG-Richtlinie 93/13/EWG² zum Begriff der kontrollfreien Hauptleistung. Danach ist der Hauptgegenstand des Vertrages ebenso wie die Angemessenheit zwischen Preis und Leistung der Missbrauchskontrolle entzogen.³

Zu beachten ist die Rechtsprechung des EuGH zum Begriff „Hauptgegenstand des Vertrages“⁴. Danach sind – Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 93/13 – unter dem Begriff „Hauptgegenstand des Vertrages“ diejenigen Klauseln zu fassen, die seine Hauptleistung festlegen und ihn als solche charakterisieren. Es ist Sache des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung der Natur, der Systematik und der Bestimmungen eines Darlehensvertrages sowie seines rechtlichen und tatsächlichen Kontextes zu beurteilen, ob die Klausel einen wesentlichen Bestandteil der Leistung des Darlehensnehmers darstellt, die in der Rückzahlung des vom Darlehensgeber zur Verfügung gestellten Betrages besteht. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 bezieht sich zum anderen auf Klauseln, die die „Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen“, betreffen oder – wie es im 19. ErwG dieser Richtlinie heißt – auf Klauseln, die „das Preis-/Leistungsverhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung“ beschreiben. Diese zweite Kategorie von Klauseln hat nur eine eingeschränkte Tragweite, weil es keine Rahmen und Leitlinien einer solchen Kontrolle in Betracht kommenden Standards oder juristische Kriterien gibt. Die Angemessenheit von Leistungen und Gegenleistungen kann also nicht Gegenstand einer Beurteilung der Missbräuchlichkeit aufgrund von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 93/13 sein. Diese Regelung ist bei der Umsetzung der Richtlinie zwar nicht ausdrücklich übernommen worden. Der Gesetzgeber hat zu einer Änderung des § 307 Abs. 3 BGB wegen seiner Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie keinen Anlass gesehen.⁵ Die Beantwortung der Frage, ob eine Klausel einer Überprüfung am Maßstab der §§ 307–309 BGB entzogen ist, ist Sache der deutschen Gerichte.⁶ Die Richtlinie ist aber bei richtlinienkonformer Auslegung zu berücksichtigen.⁷

- 52c Wenn ein **Kreditkartenunternehmen** Art und Umfang der von ihm angebotenen Leistung bestimmt, handelt es sich um eine solche Leistungsbeschreibung.⁸ Kontrollfähig sind auch Sicherungszweckerklärungen bei Bürgschaften⁹ und bei Schuldmitübernahmen,¹⁰ nicht aber bei Grundschulden.¹¹
- 52d **Preisvereinbarungen** unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, weil eine Preisvereinbarung weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften darstellt, sondern Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regelt.¹² Wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit unterliegen die den Gegenstand des Vertrags sowie die das Preis-Leistungsverhältnis betreffenden Klauseln grundsätzlich nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB. Preisvereinbarungen für Haupt- und Nebenleistungen stellen im nicht preisregulierten

¹ BGHZ 141, 380 = NJW 99, 2276; BGHZ 193, 238 = NJW 2012, 2571.

² Richtlinie 93/13/EWG des Rates v. 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29 = NJW 93, 1838.

³ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2427) Rn. 62.

⁴ EuGH 30.4.2014, NJW 2014, 2335.

⁵ BT-Drs. 13/2713; BGH WM 1998, 1623 (1624).

⁶ BGH WM 1998, 1623 (1624).

⁷ Vgl. *Bunte* DB 1996, 1389.

⁸ BGH WM 1997, 2244 „Barclay“.

⁹ BGHZ 130, 31; 132, 9.

¹⁰ BGH NJW 1996, 249.

¹¹ BGH ZIP 1997, 1539.

¹² BGHZ 106, 46; 116, 119; BGH NJW 1993, 1129.

§ 5. AGB-Recht; RiLi über missbräuchl. Vertragsklauseln

52e, 52f § 5

Markt weder eine Abweichung noch eine Ergänzung von Rechtsvorschriften dar.¹ Als solche „Preisvereinbarung“ werden nach allgemeiner Ansicht auch die einseitigen Festsetzungen in AGB behandelt. Die in den Preisverzeichnissen der Banken vorzufindenden Entgelte unterliegen deshalb auch nicht der Inhaltskontrolle.² Die Einschränkung der Inhaltskontrolle gilt auch und vor allem für die Preishöhe.³ Dies gilt bezüglich der Preishöhe der Hauptleistung, seines Teilpreises, einzelne preisbildende Faktoren⁴ oder einen Gesamtpreis. Die Kontrollfreiheit gilt für Darlehenszinsen: „Der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung über den Preis für die Gewährung des Darlehens iSv § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ist beim Darlehen – vorbehaltlich etwaiger kontrollfreier Entgelte für Sonder- oder Zusatzleistungen – der gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zu zahlende Zins.“⁵ Der BGH hat hierbei herausgestellt, dass beim Darlehensvertrag der Zins den Preis für die Kapitalnutzung darstellt.⁶ Hingegen ist zu beachten, dass die bloße Einstellung einer Klausel in ein Regelwerk, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt, nach herrschender Ansicht nicht dazu führt, dass die Klausel ohne weiteres der Inhaltskontrolle entzogen wird.⁷

Die Rechtsprechung des BGH unterscheidet im Übrigen zwischen **Preisvereinbarungen**, die Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln und nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, und **Preisnebenabreden**, dh Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf den Preis haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann.⁸ Maßgeblich ist danach also, ob die Bankleistung die Erfüllung einer gesetzlich begründeten Pflicht der Bank darstellt oder eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage basierende, fakultative Sonderleistung ist.⁹ Dabei sind unter Rechtsvorschriften iSv § 307 Abs. 3 BGB nicht nur Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn zu verstehen, sondern auch allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze und das Abweichen von wesentlichen Rechten und Pflichten, die sich aus der Natur des jeweiligen Vertragsverhältnisses ergeben.¹⁰ Als allgemeinen Rechtsgrundsatz in diesem Sinne hat der BGH die Aussage formuliert, dass ein Entgelt nur für **auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbrachte Leistungen** gezahlt werden muss. Zu den wesentlichen Grundsätzen auch des dispositiven Rechts gehört, dass jeder Rechtsunterworfene seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können.¹¹

Kontrollfähig ist die Preisnebenabrede gemäß § 307 Abs. 3 BGB dann, wenn eine Abweichung von diesem Rechtsgrundsatz festzustellen ist. Dies konkretisiert der BGH dahingehend, dass er eine Abweichung von diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, Vergütungsregeln zu schaffen, die nicht auf solcher Leistung beruhen, dh die Aufwendungen abwälzen sollen, die die Bank **zur Erfüllung eigener Pflichten oder für eigene Zwecke** tätigt.¹² Ist das Entgelt von einer Dienstleistung für den Kunden völlig unabhängig, so muss es aus dem im freien Wettbewerb erzielbaren Leistungspreis, zB über die Gemeinkosten, zu erwirtschaften sein.¹³ Preisnebenabreden sind kontrollfähig. Diese Rechtsprechung hat der BGH wie folgt zusammengefasst:¹⁴ „§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB beschränkt die Inhalts-

¹ BGH WM 1999, 1271.

² Palandt/Grüneberg § 305 Rn. 46.

³ Vgl. BGHZ 137, 27.

⁴ BGH NJW 2010, 2793 Rn. 25.

⁵ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2423) Rn. 32.

⁶ Unter Hinweis auf BGHZ 190, 66 = NJW 2011, 2640 Rn. 23 mwN; auch BGHZ 114, 330 = NJW 1991, 1953.

⁷ BGH WM 1999, 1271; aA Früh WM 1998, 63 (64); Horn WM-Sonderbeil. 1/1997, 12.

⁸ BGHZ 106, 46; 124, 256; BGH WM 1999, 1271; BGHZ 114, 330 (333); 116, 117 (119); 124, 254 (256); 136, 261 (264); 137, 27 (29); 137, 43, 46; OLG Köln WuB IV C. § 9 AGBG 5.99.

⁹ Siller EWiR 1998, 865.

¹⁰ BGHZ 93, 358 (363); BGH WM 1997, 1663 (1664).

¹¹ BGH WM 1999, 1271; BGHZ 114, 330 (335); 124, 254 (256); 136, 261 (266); 137, 43 (45 f.).

¹² BGH WM 1997, 2300; 1999, 1271; BGH 7.6.2011 – XI ZR 388/10.

¹³ BGH WM 1999, 1271; BGHZ 136, 261 (266).

¹⁴ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2422) Rn. 24.

§ 5 52f

2. Kap. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der dt. Banken

kontrolle auf solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fallen ... zwar weder Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch Klauseln über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzliche angebotene Sonderleistung. Preisnebenabreden, die keine echte (Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselverwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt, sind hingegen der Inhaltskontrolle unterworfen.“¹

IdS hat der BGH als der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung über den Preis für die Gewährung des Darlehens iSv § 307 Abs. 3 S. 1 BGB beim Darlehen die Vereinbarung über den nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zu zahlenden **Zins** angesehen. Zins idS ist nach der Rechtsprechung aber lediglich die nach der Laufzeit des Darlehens bemessene, gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs des auf Zeit überlassenen Kapitals. Ein Entgelt für die „Bearbeitung“ eines Darlehens ist dagegen laufzeitunabhängig ausgestaltet und ist damit nicht Preisvereinbarung iSv § 307 Abs. 3 BGB.

Allerdings ist ab dem 13.6.2014 die neue Vorschrift des § 312a Abs. 3 BGB zu beachten. Dort ist geregelt, dass eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die **Hauptleistung** hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, von einem Unternehmer mit einem Verbraucher nur ausdrücklich getroffen werden kann. Hiermit hat der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BGH² nicht zum Ausdruck gebracht, dass er Bearbeitungsentgelte generell für zulässig erachtet. Vielmehr müssen künftig sämtliche Zahlungen, die – wie Bearbeitungsentgelte – über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehen, ausdrücklich vereinbart werden, um überhaupt erst Vertragsbestandteil zu werden.³ Als „**Extrazahlung**“ iSv Art. 22 der Verbraucherrechterichtlinie sollen auch zusätzliche Bearbeitungs- oder Verwaltungsentgelte gelten, die der Unternehmer erheben will, ohne dass der Verbraucher dadurch einen über die Erfüllung der Hauptleistung hinausgehenden Vorteil – also eine Nebenleistung – erhält.⁴ Der Gesetzgeber hat damit die formalen Anforderungen an die Vereinbarung von „Extrazahlungen“ verschärft, ohne jedoch Festlegungen zur materiell-rechtlichen Wirksamkeit solcher Entgelte bei einzelnen Vertragszügen zu treffen. Eine Vereinbarung über eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung ist also zukünftig möglich, sie muss aber auf einer ausdrücklichen Willenseinigung über die Extrazahlung beruhen. Dazu reicht eine einfache Regelung in den AGB unter Einhaltung der Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht aus,⁵ sondern höchstens eine „gesonderte Bestätigung einer AGB-Klausel“.⁶ Denn eine „Extrazahlung“ soll der Verbraucher nur bei ausdrücklichem Einverständnis schulden. Dann unterliegt sie aber auch nicht einer Inhaltskontrolle.

Die Ergebnisse der BGH-Rechtsprechung lassen sich wie folgt systematisieren:

Kontrollfähige Preisnebenabreden sind: Fälligkeitsklauseln,⁷ Wertstellungsklauseln,⁸ Tilgungsverrechnungsklauseln,⁹ Klauseln über Verzugszinsen und über die Verzinsung von Rückzahlungsansprüchen,¹⁰ Zinsänderungsklauseln,¹¹ Klauseln für die Bearbeitung und Überwachung von Pfändungsmaßnahmen gegen Bankkunden;¹²

¹ Unter Hinweis auf die stRspr BGHZ 180, 257 = NJW 2009, 2051 Rn. 16; BGHZ 187, 360 = NJW 2011, 1801 Rn. 26; BGHZ 195, 298 = NJW 2013, 995 Rn. 13.

² BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2428) Rn. 72.

³ Unter Hinweis auf Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/13951, 63.

⁴ Begr. RegE, BT-Drs. 17/13951, 63.

⁵ Bunte EWiR 2014, 439 (440).

⁶ So Palandt/Grüneberg § 312a Rn. 4.

⁷ BGHZ 81, 242.

⁸ BGHZ 106, 263.

⁹ BGHZ 106, 46.

¹⁰ BGH NJW 1993, 1129.

¹¹ BGH NJW 1994, 1062.

¹² BGH WM 1999, 1271; OLG Köln WM 1999, 633; LG Düsseldorf ZIP 1997, 1916 (1917); Klaas EWiR 1997, 1011; aA Rößler BB 1999, 127 (128).

§ 5. AGB-Recht; RiLi über missbräuchl. Vertragsklauseln

52g § 5

Klauseln, die **Entgelte für Neben- und Zusatzleistungen** regeln, sind grundsätzlich kontrollfrei. Das gilt zB für die Klausel über das Entgelt für die Inanspruchnahme der Geldausgabeautomaten der Banken.¹

In drei Unterfallgruppen unterliegen aber die Regelungen von **Zusatzentgelten** der 52g Inhaltskontrolle:

a) Kontrollfähig sind Klauseln, die **Entgeltpflichten in Abweichung von gesetzlichen Regelungen** oder von Grundgedanken des dispositiven Rechts begründen, so zB

- eine Klausel, mittels derer die Bank allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt,² also eine Klausel, die Buchungen betrifft, die bei der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrages anfallen, denn nach § 675y Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB hat die Bank als Zahlungsdienstleister keinen Anspruch auf ein Entgelt, wenn ein Zahlungsauftrag fehlerhaft ausgeführt wird,
- eine Klausel mit der Bestimmung „Bearbeitungsentgelt einmal 1%“ in AGB für den Abschluss von Privatkreditverträgen.³
- die Klausel, dass für **Erteilung einer Löschungsbewilligung** ein Entgelt zu zahlen ist (Abweichung von § 369 BGB),⁴
- eine Klausel zur Buchungspostengebühr bei Giroverträgen, da die Entgeltklausel bei gebotener kundenfeindlicher Auslegung entgegen § 675y Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 4, Abs. 4 BGB auch die Erhebung einer Buchungsgebühr für von der Bank fehlerhaft ausgeführte Zahlungsaufträge erlaubt.⁵ Berichtigungsbuchungen müssen also kostenlos sein. Zur Grundsatzfrage, ob bare Ein- oder Auszahlungen kostenfrei sein müssen, hat sich der BGH nicht geäußert,
- die Klausel, dass für **Ein- und Auszahlungen am Bankschalter** ein Entgelt zu zahlen ist;⁶ unter Hinweis auf Art. 4 Nr. 3 iVm Anh. Nr. 1 und 2 der Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007:⁷ „Innerhalb der vom Kläger beanstandeten Klausel sind Barzahlungen kein charakterisierendes Merkmal der Preisgestaltung der Beklagten. Die von der Beklagten verwandten Allgemeinen Geschäftsbedingungen können der Inhaltskontrolle entsprechend nicht mit dem Argument entzogen werden, sie bepreise lediglich eine Hauptleistung nach § 675f Abs. 4 S. 1 BGB.
- **Postenpreisklauseln** für Girokonten, die auch für Ein- und Auszahlungen am Bankschalter gelten (Abweichung von § 362 BGB),⁸
- Entgeltfestsetzungen, die **Bearbeitung von Freistellungsaufträgen**, da sie Aufwendungen für eine Leistung abwälzen, die die Bank in Erfüllung eigener gesetzlicher Pflichten zu erbringen hat,⁹
- die Klausel, dass für die Herausgabe bzw. Umbuchung verwahrter Wertpapiere auf ein anderes Depot ein Entgelt berechnet wird.¹⁰

b) Kontrollfähig sind Klauseln, die eine gegen den **Inhalt des Vertrages** verstörende Entgeltpflicht begründen. Ob Entgeltfestsetzungen für Nebenleistungen der Kreditinstitute und Kreditkartenunternehmen der Inhaltskontrolle unterliegen, hängt davon ab, ob die Vertragsauslegung ergibt, dass die Nebenleistung durch die Grundgebühr mit abgegolten ist oder nicht.

- Entgelte für die Abhebung aus Geldautomaten sind nicht kontrollfähig, da in der Zurverfügungstellung von Geldautomaten eine **Sonderleistung** des Kreditinstituts

¹ BGH NJW 1996, 2032.

² BGHZ 193, 238 Rn. 10; BGHZ 195, 298 Rn. 13; BGH 27.1.2015, NJW 2015, 1440.

³ BGH 13.5.2014, NJW 2014, 2420 (2428).

⁴ BGHZ 114, 333.

⁵ BGH 27.1.2015, NJW 2015, 1440.

⁶ BGHZ 124, 254.

⁷ ABl. EU 2007 Nr. L 319/S. 1; BGH 27.1.2015, NJW 2015, 1440.

⁸ BGH NJW 1996, 2032.

⁹ BGH NJW 1997, 2753.

¹⁰ BGHZ 161, 189.

§ 5 52g

2. Kap. Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der dt. Banken

liegt und für die Frage der Entgelthlichkeit solcher Sonderleistungen keine gesetzlichen Vorschriften bestehen;¹

- auch das vom Kreditkartenausgeber für den Auslandseinsatz der Karte festgesetzte Entgelt unterliegt nicht der Inhaltskontrolle;²
- ebenso eine „Kundenmitteilungsgebühr“, die von einem Kreditinstitut für die Information, dass bestimmte Zahlungspflichten mangels ausreichender Deckung nicht im Wege der Kontoüberweisung nachgekommen werden kann;³
- wohl aber unterliegen Entgeltfestsetzungen für die Nichtausführung von Überweisungen oder Daueraufträgen und Lastschriften der Inhaltskontrolle.⁴

c) Wird für eine **Sonder- oder Zusatzleistung**, die der Kunde möglicherweise in Zukunft in Anspruch nimmt, **antizipiert** ein Entgelt festgesetzt, so kann diese Festsetzung nach dem Schutzzweck des AGB kontrollfähig sein. Jedenfalls hat der BGH in seiner früheren Rechtsprechung⁵ bei der Kontrollfähigkeit von Klauseln über Zusatzentgelte auf den Schutzzweck des § 8 AGBG aF abgestellt. Ob er auch in seiner Rechtsprechung zu Sonderleistungen daran festhalten will,⁶ blieb offen.⁷

- Klauseln über Stundungszinsen und -gebühren wurden für kontrollfähig gehalten,⁸ ebenso Vergütungsregelungen für Überziehungskredite⁹ oder Regelungen, die mittelbar den abgesprochenen Preis erhöhen;¹⁰
- eine Klausel, dass für die Ausstellung eines neuen Sparkassenbuches ohne Kraftloserklärung ein Entgelt zu entrichten ist, unterliegt nach § 8 AGBG aF nicht der Inhaltskontrolle,¹¹ weil es sich um eine echte Zusatzleistung für den unwahrscheinlichen Fall eines Abhandenkommens eines Sparbuches handelt. Das Sparbuch ist keine Quittung, sondern ein qualifiziertes Legitimationspapier. Bei Abhandenkommen kann der Kunde wählen, ob er ein gerichtliches Aufgebotsverfahren durchführen will (§ 808 Abs. 2 BGB, §§ 946f., 1023 ZPO) oder ob die Bank ein neues Sparbuch ausstellen soll. Auch Sparkassen sind nach den landesrechtlichen Regelungen nur zur Ausstellung eines neuen Buches berechtigt, nicht aber verpflichtet;¹²
- vom LG Flensburg¹³ wurde entschieden, dass die Berechnung einer gesonderten Vergütung für die Klärung der Kontobewegungen der letzten sechs Jahre im Rahmen des Erstattungsanspruchs ihrer Kunden im Hinblick auf Buchungsposten für Barein- und Auszahlungen am Kassenschalter ebenfalls nach § 8 AGBG aF der Inhaltskontrolle entzogen sind. Hintergrund der Klage war das Begehr von Bankkunden auf Rückerstattung von zu viel gezahlten Buchungsposten im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 7.5.1996. Die Bank hat ihre vertraglichen Verpflichtungen auf Rechnungslegung bereits dadurch erfüllt, dass sie in der zurückliegenden Zeit über die Kontobewegungen Kontoauszüge und Rechnungsabschlüsse erteilt hat, mittels derer der Kunde die Richtigkeit überprüfen kann. Für darüber hinaus gehende Tätigkeiten, wie die vollständige Rückberechnung des Kontos, darf die Bank Entgelt berechnen.¹⁴

¹ BGH NJW 1996, 2032 (2033).

² BGH WM 1997, 2244 „Barclay“.

³ AG Aue WM 1999, 640.

⁴ BGH ZBB 1997, 2151.

⁵ BGHZ 95, 362 (370); 106, 42 (46); 118, 126 (127).

⁶ BGHZ 136, 261; BGH WM 1997, 2244.

⁷ BGH WM 1998, 1623 (1624).

⁸ BGHZ 95, 370.

⁹ BGHZ 118, 126 (127).

¹⁰ BGHZ 106, 42.

¹¹ BGH WM 1998, 1623 (1624); vgl. Anm. *Ulmer BB* 1998, 1865 ff.; *Brandner MDR* 1999, 6 ff., beide werfen die Frage auf, ob die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Vertraucherverträgen hinreichend berücksichtigt worden sind oder nicht ein Vorlageverfahren nach Art. 177 EGV hätte erfolgen müssen.

¹² OLG Köln WM 1999, 633; *Sonnenhol WuB I A 2.* Nr. 17 AGB-Sparkassen 1993, 1.99.

¹³ WuB I A 3. Nr. 17 AGB-Sparkassen 1993, 1.99.

¹⁴ *Sonnenhol WuB I A 2.* Nr. 17 AGB-Sparkassen 1993, 1.99.