

Handbuch Kreditrecht

Verbraucherdarlehen einschließlich Immobiliendarlehen

Bearbeitet von
Herausgegeben von Prof. Dr. Udo Reifner, und Prof. Dr. Claire Feldhusen

2. Auflage 2019. Buch. XL, 674 S. Softcover
ISBN 978 3 406 70927 2
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 1148 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Bankrecht, Kapitalmarktrecht > Kreditrecht,
Kreditsicherheiten](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


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.

des Darlehensnehmers unter eine noch vom Darlehensgeber auszufüllende Vertragsurkunde erfüllt diese Anforderungen nicht.¹¹ Die Willenserklärung muss in der vorgeschriebenen Schriftform zugehen. Ein Fax oder eine andere Kopie vom Original, zB per Email, reichen nicht aus.¹² Ein „Abschluss“ in **elektronischer Form** gem. § 126a BGB ist gem. § 126 Abs. 3 BGB ausdrücklich zugelassen. Damit hat der deutsche Gesetzgeber von der in Art. 10 Abs. 1 S. 2 VerbrKrRL vorgesehenen Option Gebrauch gemacht und den ursprünglich in § 492 Abs. 1 S. 2 BGB aF normierten Ausschluss wieder rückgängig gemacht. Diese Änderung dürfte zwar aufgrund von Art. 9 Abs. 1 der E-CommerceRL, wonach der Vertragsschluss mittels elektronischer Form nicht mehr ausgeschlossen werden darf, geboten sein, sie hat aber zu einer Absenkung des Schutzniveaus geführt. Die persönliche Unterschrift hat eine psychologische Warn- und Hinweiskfunktion auf die Gefahr der Verschuldung,¹³ wie sie historisch bereits in § 766 BGB begründet war.¹⁴ In keinem Fall zuzulassen ist die Unterschrift auf einem elektronischen Schreibbrett.¹⁵ Möglich ist es nach dem Gesetz nur, die Schriftform durch notarielle Beurkundung (§ 126 Abs. 4 BGB) oder durch gerichtliche Protokollierung (§ 127a BGB) zu ersetzen. Dabei gilt gem. § 492 Abs. 4 BGB das Schriftformerfordernis auch für eine etwaige Vollmacht, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages erteilt. Für Ratenlieferungsverträge iSv § 510 BGB sind in Bezug auf die Schriftform Sonderregelungen vorgesehen. Gem. § 492 Abs. 2 S. 2 BGB können Antrag und Annahme auf **getrennten Formularen** erfolgen, wobei die Pflichtangaben auf beiden Formularen enthalten sein müssen.¹⁶

Fraglich ist, inwieweit **Vertragsänderungen** dem Schriftformerfordernis gem. § 492 4 Abs. 1 BGB unterfallen. In den Fällen, in denen ein neues Kapitalnutzungsrecht begründet wird, dürfte ein Umkehrschluss zu § 491 Abs. 4 BGB hierfür sprechen.¹⁷ Bei einer **unechten Abschnittsfinanzierung**¹⁸ gilt das Schriftformerfordernis nicht. Hier wird dem Verbraucher bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Erstfinanzierung ein langfristiges Kapitalnutzungsrecht eingeräumt und nur die Zinsvereinbarung gilt zeitlich begrenzt.¹⁹ Nach Ablauf der Zinsbindungsfrist bleibt das ursprüngliche Kapitalnutzungsrecht weiter bestehen und der Zins ist „bis auf weiteres“ nach § 315 BGB durch den Darlehensgeber festzulegen.²⁰ Es wird kein neues Kapitalnutzungsrecht gewährt, wenn mit dem Darlehensgeber nach Auslaufen der Zinsbindungsfrist lediglich neue Zinskonditionen vereinbart werden (sog. **Prolongationsvereinbarung**).²¹ Für den Fall, dass nach Ablauf der Sollzinsbindung der Vertrag fortgeführt werden soll, hat der Darlehensgeber gem. § 493 Abs. 1 BGB drei Monate vor Ablauf einer Festzinsperiode nur den aktuellen Sollzinssatz mitzuteilen. Die Angabepflichten sind bei einer Prolongationsvereinbarung abschließend in § 493 Abs. 3 iVm Art. 247 § 15 EGBGB geregelt. § 6 Abs. 6 PAngV wurde aufgehoben,

¹¹ BGH Urt. v. 25.4.2006 – XI ZR 106/05; BGH Urt. v. 19.5.2005 – III ZR 240/04.

¹² BGH Urt. v. 30.7.1997 – VIII ZR 244/96; BGH Urt. v. 28.1.1993 – IX ZR 259/91; Palandt/*Grüneberg*, § 126 Rn. 11; Bülow/*Artz/Bülow*, VerbrKrR, § 4 Rn. 41 ff.; kritisch dazu: *Cordes* NJW 1993, 2427.

¹³ BGH Urt. v. 27.6.2000 – XI ZR 322/98.

¹⁴ BGH Urt. v. 2.2.1989 – IX ZR 99/88.

¹⁵ OLG München Urt. v. 4.6.2012 – 19 U 771/12; Bülow/*Artz/Artz*, VerbrKrR, § 492 Rn. 33; Erman/*Saenger*, § 492 Rn. 2; Palandt/*Weidenkaff*, § 492 Rn. 2.

¹⁶ So auch Bülow/*Artz/Artz*, VerbrKrR, § 4 Rn. 43; Kümpel/*Wittig/Merz*, BankR./KapMarktR, Rn. 10.177; Staudinger/*Kessal-Wulf* (2012), § 492 Rn. 27; aA Palandt/*Weidenkaff*, § 492 Rn. 2; MüKoBGB/*Schürnbrand*, § 492 Rn. 10.

¹⁷ MüKoBGB/*Schürnbrand*, § 492 Rn. 11.

¹⁸ Zu Abschnittsfinanzierungen → § 10 Rn. 21.

¹⁹ BGH Urt. v. 28.5.2013 – XI ZR 6/12, dazu EWiR 1998, 329 (*Vörtmann*) und BGH Urt. v. 8.6.2004 – XI ZR 150/03, dazu EWiR 2004, 1055 (*Medicus*).

²⁰ KG Berlin Urt. v. 7.8.2015 – 8 U 191/14.

²¹ *Schwintowski*, Bankrecht, § 14 Rn. 233; *Schwintowski* jurisPK-BGB, § 495 Rn. 11; Erman/*Saenger*, § 495 Rn. 3; BeckOK BGB/*Möller*, § 495 Rn. 8; *Kropf* WM 2013, 2250, 2252.

wonach bei einseitiger Neufestsetzung der Konditionen die erneute Angabe des effektiven Jahreszinses erforderlich war.²²

- 5 Etwas Anderes gilt für die **echte Abschnittsfinanzierung**, wenn der Parteiwille aus Sicht eines objektiven Dritten darauf gerichtet war, ein neues Kapitalnutzungsrecht zu begründen.²³ Eine dahingehende Interpretation des Parteiwillens ist gerechtfertigt, wenn der Verwendungszweck im Rahmen der Anschlussfinanzierung tatsächlich geändert wird. Bei Annahme eines neuen Darlehensvertrages müsste konsequenterweise davon auszugehen sein, dass der Darlehensvertrag zur Erstfinanzierung damit konkludent beendet und fällig gestellt wird, sodass gem. § 488 Abs. 1 BGB das zur Verfügung gestellte Darlehen zurückzahlen wäre. Schließlich kann eine doppelte Rückzahlungsverpflichtung nicht ernstlich gewollt sein. Die Aufnahme eines neuen Darlehens hätte dann den Zweck, die Darlehensvaluta in Erfüllung der Pflicht aus dem ursprünglichen Darlehensvertrag zurückzuführen, wie dies bei Umschuldungsdarlehen²⁴ der Regelfall ist. Tatsächlich wird in den Vertragsformularen zur Anschlussfinanzierung bei Immobiliendarlehen als Verwendungszweck nach wie vor die ursprünglich angestrebte Immobilienfinanzierung angegeben. Wird eine Finanzierung aufrechterhalten und dient technisch gesehen nicht der Rückzahlung bestehender Schulden, kann dem Parteiwillen kaum eine Änderung des Verwendungszwecks unterstellt werden. Selbst für den Fall, dass im Rahmen der Anschlussfinanzierung faktisch zwei Darlehensverträge miteinander verbunden werden, weil die ursprüngliche Finanzierung auf zwei Verträge aufgeteilt war, kann nichts anderes gelten. Allein der Umstand, dass beide Verträge nunmehr in einer Vertragsurkunde zusammengefasst werden, ist für die rechtliche Behandlung nicht entscheidend. Endet nämlich die Zinsbindung des einen Vertrages zeitlich vor der des anderen, so werden häufig sogar zwei Auszahlungstermine vereinbart.

B. Annahmefrist und Bedenkzeit bei Immobiliendarlehen

- 6 Sofern es sich um ein **Immobiliendarlehen** handelt, bei dem das Widerrufsrecht gem. § 495 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB ausgeschlossen ist, ist dem Darlehensnehmer gem. § 495 Abs. 3 S. 1 BGB eine **Bedenkzeit** von zumindest 7 Tagen einzuräumen. Hierzu zählen Umschuldungsdarlehen (Nr. 1), notariell zu beurkundende Darlehen (Nr. 2) und Überziehungskredite (Nr. 3).²⁵ Praktische Relevanz dürfte die Bedenkzeit vor allem für Umschuldungsdarlehen haben.²⁶ Der Wortlaut des Umsetzungsgesetzes spricht dafür, dass die Bedenkzeit dem Verbraucher vom Darlehensgeber einzuräumen ist und nicht bereits **kraft Gesetzes** eingreift.²⁷ Es wird vertreten, dass es sich dabei um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, die auch einvernehmlich zustande kommen könne, weswegen dem Darlehensnehmer bei versäumter Einräumung lediglich ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zustehen soll.²⁸ Art. 14 Abs. 6 S. 3 WohnImmoRL bestimmt, dass „die Mitgliedstaaten“ eine Bedenkzeit festlegen müssen. Während dieses Zeitraums soll das Angebot verbindlich bleiben und der Verbraucher soll zur jederzeitigen Annahme berechtigt sein. ErwG (23) WohnImmoRL stellt klar, dass die Bedenkzeit durch Vereinbarung verlängert werden kann und im Sinne der Rechtssicherheit enden soll, wenn der Verbraucher mit der Transaktion beginnt. Die Richtlinie eröffnet nicht die Option, die Einräumung einer Bedenkzeit vom Willen der Parteien abhängig zu machen. Bei richt-

²² Auch der EuGH hatte entsprechend zur Auslegung von Art. 4 VerbrKrRL die Angabe des effektiven Jahreszinses nicht für erforderlich gehalten. Vgl. EuGH Urt. v. 4.3.2004 – C-264/02.

²³ BGH Urt. v. 28.5.2013 – XI ZR 6/12.

²⁴ Von einer Umschuldung wird im Allgemeinen dann gesprochen, wenn durch Abschluss eines neuen Darlehensvertrages die Schuldensituation des Schuldners und damit die aktuelle Schuldentragfähigkeit des Darlehensnehmers entlastet werden sollen.

²⁵ Zu den Voraussetzungen für den Ausschluss des Widerrufsrechts → § 39 Rn. 19.

²⁶ BT-Drs. 18/5922, S. 92. Hierzu → § 37 Rn. 1 ff.

²⁷ So MüKoBGB/Schürbrand, § 495 Rn. 22.

²⁸ Bülow/Artz/Bülow, VerbrKrRL, § 495 Rn. 183a.

linienkonformer Auslegung kann daher die Bedenkzeit entgegen dem Wortlaut des § 491 Abs. 3 S. 1 BGB nicht abhängig von einer Erklärung des Darlehensgebers sein. Schließlich würde die Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB zu einem Schadensersatzanspruch wegen einer unterlassenen Vertragsschlusserklärung führen und damit mittelbar einen Kontrahierungszwang bedeuten. Die Bedenkzeit unterscheidet sich vom Widerrufsrecht nur dadurch, dass sie an eine vor Vertragsschluss erfolgte Bindung anknüpft und damit einer Annahmefrist iSd § 148 BGB²⁹ entspricht. § 495 Abs. 3 S. 2 BGB ist daher im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung so zu interpretieren, dass sofern der Darlehensgeber ein bindendes Angebot macht, die Annahmefrist einen Zeitraum von 7 Tagen nicht unterschreiten darf und damit die Anwendung des § 147 BGB ausschließt. Nur dann ergibt § 495 Abs. 3 S. 2 BGB einen Sinn. Danach ist der Darlehensgeber während des Fristlaufs an dieses Angebot gebunden, sodass ein Ausschluss der Bindung gem. § 145 aE BGB nicht möglich ist. Für diese Interpretation spricht zudem Nr. 10 des ESIS-Merkblattes in Anlage 6 EGBGB, wonach auf die bestehenden Rechte, wie etwa – dort ausdrücklich genannt – eine Bedenkzeit, hinzuweisen ist.

Die Bedenkzeit unterliegt einem genau geregelten **Fristbeginn und Fristende**. Die 7-Tage-Frist beginnt gem. § 495 Abs. 3 S. 3 BGB mit Aushändigung des Vertragsangebots. Die Übergabe eines bloßen Vertragsentwurfs reicht nicht aus. Dabei ist der Tag der Aushändigung gem. § 187 Abs. 1 BGB nicht mitzurechnen.³⁰ Eine kürzere Frist als 7 Tage kann nicht vereinbart werden, da dann zwar kein Verstoß gegen § 134 BGB vorliegt³¹ aber eine zum Nachteil abweichende Vereinbarung iSd § 512 S. 1 BGB. Sobald das Angebot angenommen wird, endet die Frist.³² Ein zeitlicher Mindestabstand zwischen Angebot und Annahme ist nicht vorgesehen. Die **Beweislast** dafür, dass die Annahme rechtzeitig erfolgt ist, trägt nach allgemeinen Beweisgrundsätzen derjenige, der sich auf den Vertragsschluss beruft.³³ Eine verspätete Annahme ist gem. § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot zu werten. In § 495 Abs. 3 BGB fehlt eine Regelung dazu, ob und in welcher Form über die Bedenkzeit zu **informieren** ist. Die vorvertragliche Information hat gem. § 491a Abs. 1 BGB nach Maßgabe des Art. 247 EGBGB zu erfolgen. Gem. Art. 247 § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB muss der Darlehensgeber bei einem Immobiliendarlehen **rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung** des Darlehensnehmers die vorvertragliche Information **in Textform** übermitteln und zwar gem. S. 2 zwingend **unter Verwendung des ESIS-Merkblattes** in Anlage 6 EGBGB. Dort findet sich in Teil A Nr. 11 (Sonstige Rechte des Kreditnehmers) der entsprechend zu ergänzende Hinweis: „Bevor sie sich für die Aufnahme des Kredits entscheiden, haben Sie ab dem [Zeitpunkt, zu dem die Bedenkzeit beginnt] [Dauer der Bedenkzeit] Bedenkzeit.“ In den in Teil B enthaltenen Hinweisen zum Ausfüllen des ESIS-Merkblatts findet sich sodann in Abschnitt „11. Sonstige Rechte des Kreditnehmer“ in Abs. 1 der Hinweis: „Der Kreditgeber weist auf die bestehenden Rechte hin wie etwa ein Recht auf Widerruf oder Bedenkzeit (...)“ und in Abs. 2 heißt es: „Falls der Verbraucher ein Recht auf Bedenkzeit oder Widerruf hat, so wird deutlich darauf hingewiesen.“ Aus einem Zusammenspiel dieser Vorgaben ergibt sich, dass der Darlehensgeber den Darlehensnehmer in dem Zeitpunkt, in dem er ihm ein Vertragsangebot macht, bereits das ausgefüllte ESIS-Merkblatt zu übermitteln hat, das auch die Bedenkzeit zum Gegenstand hat, auf die deutlich hinzuweisen ist. Dieser Zeitpunkt dürfte der späteste Zeitpunkt sein, um als noch „rechtzeitig vor Abgabe der Annahmeerklärung“ gelten zu dürfen. Die Hinweispflicht auf die Bedenkzeit ergibt nur einen Sinn, wenn man von einer gesetzlichen Bedenkzeit ausgeht. So verstanden ist es rechtsdogmatisch vertretbar, dem

²⁹ BT-Drs. 18/5922, S. 88; Bülou/Artz/Bülou, VerbrKrR, § 495 Rn. 183a; BeckOGK/Knops, § 495 Rn. 171; MüKoBGB/Schürnbrand, § 495 Rn. 21.

³⁰ Bülou/Artz/Bülou, VerbrKrR, § 495 Rn. 183b.

³¹ So aber Bülou/Artz/Bülou, VerbrKrR, § 495 Rn. 183a.

³² MüKoBGB/Schürnbrand, § 495 Rn. 22.

³³ Bülou/Artz/Bülou, VerbrKrR, § 495 Rn. 183a unter Berufung auf BGH Urt. v. 24.2.2016 – XII ZR 5/15.

Verbraucher einen **Schadensersatzanspruch** wegen Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten aus § 280 Abs. 1 BGB zuzubilligen, wenn auf die Bedenkzeit nicht hingewiesen wurde.

- 8 Der Darlehensgeber hat dem Verbraucher gem. § 491a Abs. 2 S. 3 aE BGB für den Fall, dass er ihm ein bindendes Angebot macht und kein Widerrufsrecht besteht, einen **Vertragsentwurf auszuhändigen** oder zu übermitteln und ihm dies nicht bloß anzubieten. Für den Vertragsentwurf kann nichts anderes gelten als für den Vertrag selbst, sodass gem. § 492 Abs. 2 BGB die für den Verbraucherdarlehensvertrag vorgeschriebenen Angaben gem. Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB enthalten sein müssen. Hierzu zählen gem. Art. 247 § 6 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB sämtliche weitere Vertragsbedingungen und Vertragsschlussmodalitäten einschließlich der Bedenkzeit gem. § 495 Abs. 3 BGB.


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

§ 12 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Übersicht

	Rn.
A. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	6
B. AGB-Banken	10
C. Einbeziehung	12
D. Inhaltskontrolle	14
I. Zweck	15
II. Eröffnung	17
III. Prüfungsmaßstab	18
IV. Rechtsfolge	20
E. Einzelne Klauseln	21
I. Entgeltklauseln	22
1. Qualifikation als Preisnebenabreden	23
2. Wirksamkeit	28
3. Rechtsfolge	35
II. Vertragsschluss- und Vertragsbeendigungsklauseln	36
III. Anpassungsklauseln	39

Verbraucherdarlehensverträge werden von Kreditinstituten, die in den Anwendungsbereich **1** des KWG fallen, ebenso wie andere **Massengeschäfte**, in der Regel unter Verwendung von Vertragsformularen geschlossen. Die Möglichkeit auf den durch die §§ 491 ff. BGB vermittelten Schutz zu verzichten, hat der Gesetzgeber schon in der speziellen verbraucherrechtlichen Vorschrift des **§ 512 BGB** ausgeschlossen, soweit dies nicht ausdrücklich im Gesetz zugelassen ist. Es handelt sich gem. § 512 BGB bei den §§ 491 ff. BGB um sog. **halbzwingende Vorschriften**.¹ Abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Verbrauchers können in AGB daher nur getroffen werden, soweit die §§ 491 ff. BGB **ausnahmsweise dispositiv** sind. Ein Verstoß gegen § 512 S. 1 BGB oder gegen das **Umgehungsverbot** des § 512 S. 2 BGB hat bereits gem. §§ 134, 139 BGB die Nichtigkeit der Vereinbarung sowohl individualvertraglich als auch in AGB zur Folge.

Teilweise hat der Gesetzgeber die Unwirksamkeit einer Vereinbarung überdies konkret **2** angeordnet. Wird beispielsweise eine Kündigungsfrist bei unbefristeten Allgемeindarlehen von mehr als einem Monat vereinbart, so scheidet die Wirksamkeit der Vereinbarung bereits an § 500 Abs. 1 S. 2 BGB mit der Folge, dass sie gem. §§ 134, 139 BGB nichtig ist. Andere Vorschriften, wie beispielsweise § 502 BGB in Bezug auf die Vereinbarung einer Vorfälligkeitsentschädigung, enthalten für eine Vereinbarung bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen. So ist etwa gem. § 502 Abs. 2 Nr. 2 BGB die zur Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung verwendete Berechnungsmethode im Vertrag klar und verständlich anzugeben.² Noch deutlicher wird dies beim Kopplungsverbot gem. § 492a und § 492b BGB, wo der Gesetzgeber durch ein (scheinbares) Regel-Ausnahmeprinzip die Voraussetzungen eines zulässigen Kopplungsgeschäfts geregelt hat. Rechtsfolge ist hier ein Anspruchsausschluss, was in der Konsequenz bedeutet, dass eine unzureichende Vereinbarung entgegen § 139 BGB nicht die Nichtigkeit des Vertrages bewirkt, sondern, dass in diesem Fall, ebenso wie für unwirksame AGB in § 306 BGB vorgesehen, die Vereinbarung über die Vorfälligkeitsentschädigung nicht wirksam wird und damit eine Anspruchsgrundlage hierfür fehlt.

Soweit es um **Zahlungsdienste** geht, werden die §§ 305 ff. BGB durch die §§ 675c ff. **3** BGB überlagert, wo speziell in § 675f Abs. 4 BGB die vom Zahlungsdienstnutzer im Rahmen des Zahlungsdiensterahmenvertrages zu entrichtenden Entgelte geregelt sind,

¹ Vgl. hierzu BGH Urt. v. 20.3.2018 – XI ZR 309/16.

² BT-Drs. 16/11643, S. 87.

weswegen eine abweichende Vereinbarung gem. § 134 BGB unwirksam ist.³ Für die konkret im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehenden AGBs spielen sie allerdings keine Rolle.⁴

- 4 Mit der überwiegend zwingenden Ausgestaltung der §§ 491 ff. BGB gem. **§ 512 BGB** hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass sowohl eine individualvertragliche Vereinbarung als auch eine Vereinbarung in AGB von den §§ 491 ff. BGB zum Nachteil des Darlehensnehmers unwirksam sind. Anders als etwa in § 308 und § 309 BGB hat er keinen Katalog unzulässiger Vereinbarungen normiert und, wie in § 307 BGB für AGB vorgesehen, eine Generalklausel geschaffen, in der dem Verbraucherdarlehensrecht zugrundeliegende Prinzipien verankert wären. Er hat einzelne Rechtsfragen, jeweils abhängig von ihrem Gegenstand, an entsprechender Stelle im Darlehensrecht des BGB geregelt. Diese **Regelungstechnik** führt im Ergebnis zu einer Dopplung von Nichtigkeitsgründen innerhalb des BGB und hätte für die Frage der Wirksamkeit von AGB teilweise nur eine deklaratorische Funktion, würde nicht der Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* (Vorrang des spezielleren Gesetzes vor den allgemeinen Gesetzen) gelten. Dem Verwender von AGB bei Verbraucherdarlehen wird nur scheinbar wenig Spielraum belassen, der allein über die §§ 305 ff. BGB begrenzt wird. Tatsächlich hat die Rechtsprechung etwa zur Wirksamkeit von Entgeltklauseln im Bankverkehr mittlerweile einen kaum mehr zu überschauenden Umfang angenommen.⁵ Grundprinzipien oder einen entsprechend § 308 oder § 309 BGB abstrakt formulierten Katalog lassen sich der Rechtsprechung nicht entnehmen.⁶
- 5 Die §§ 305 ff. BGB können bei Verbraucherdarlehen eigentlich nur dann eingreifen, wenn es um die konkrete Ausgestaltung des Darlehensvertrags geht, nicht aber soweit von den zwingenden ausgestalteten Schutzpflichten des Darlehensgebers und zum Schutz des Verbrauchers normierten Rechten des Darlehensnehmers durch AGB abgewichen wird. Dennoch werden sie von der Rechtsprechung auch dann herangezogen, wenn von den zwingenden Regelungen der §§ 491 ff. BGB zu Lasten des Darlehensnehmers abgewichen wird.⁷ Bei Abweichungen von den zwingend ausgestalteten Schutzvorschriften iSd § 512 BGB gilt gem. **§ 139 BGB** jedoch ohnehin dieselbe Rechtsfolge wie nach § 306 Abs. 2 BGB. Es sind die §§ 491 ff. BGB anzuwenden, da anzunehmen ist, dass der Darlehensvertrag nicht nur „auch ohne“, wie es in § 139 BGB heißt, sondern „nur ohne“ den wichtigen Teil abgeschlossen worden wäre. Schließlich wird man den Parteien wohl kaum unterstellen wollen, dass sie den Vertrag nur mit der wichtigen Vereinbarung haben schließen wollen, wenn die Nichtigkeit aus einem Verstoß gegen zwingende verbraucher-schützende Vorschriften resultiert. In diesem Fall ist der Umstand, dass die Parteien „nur ohne“ den wichtigen Teil das Rechtsgeschäft vorgenommen hätten, ein weniger weitgehender Tatbestand als in § 139 BGB vorgesehen. § 139 BGB lässt bereits die Teilnichtigkeit zu, wenn die Parteien „auch ohne“ aber eben „auch mit“ der wichtigen Vereinbarung den Vertrag geschlossen hätten. Damit rechtfertigt sich hier aus einem *argumentum a maiore ad minus* (Schluss vom Größeren auf das Kleinere) die Anwendung des § 139 BGB.

A. Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

- 6 Grundsätzlich kommen die §§ 305 ff. BGB beim Darlehensvertrag unabhängig von weiteren Vertragsbeziehungen der Parteien zur Anwendung. Die Rechtsprechung hat schon

³ Fornasier WM 2013, 205, 207.

⁴ Kropf BKR 2014, 309, 313.

⁵ Einen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung geben insbesondere Wittmann MDR 2017, 186 ff. und Niebling NJ 2017, 133 ff.; Niebling/Niebling, Anwaltskommentar, AGB-Recht, Lexikon Rn. 375 ff.; Graf v. Westphalen NJW 2017, 2237, 2240 ff.; Guggenberger BKR 2017, 1 ff.; kritisch insbesondere Derleder/Knops/Bamberger/Caspar, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 4 Rn. 9; Bitter ZBB 2007, 237, 240 ff.

⁶ So auch Guggenberger (BKR 2017, 1, 2) als Kritik zu Nobbe (WM 2008, 185, 187) formuliert.

⁷ Vgl. etwa BGH Urt. v. 16.2.2016 – XI ZR 96/15. Für einen Verstoß gegen § 355 Abs. 3 S. 1 BGB siehe BGH Urt. v. 20.3.2018 – XI ZR 309/16.

den Ausschluss der AGB-Kontrolle im Bereich des Arbeitsverhältnisses durch den ehemaligen § 23 Abs. 1 AGBG restriktiv interpretiert und AGB-rechtlichen Schutz bei solchen **Arbeitgeberdarlehen** gewährt, die professionell aufgrund vorformulierter Darlehensbedingungen ausgereicht wurden.⁸ Mit der Schuldrechtsreform ist diese generelle Bereichsausnahme durch eine Ausnahme zugunsten von Kollektivvereinbarungen ersetzt worden und die Rechtsanwendung in **§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB** auf die Spezifika des Arbeitsrechts ausgerichtet. Für Arbeitgeberdarlehen gilt die direkte Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle indessen ohne diese Einschränkungen.⁹

Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB ist eröffnet, soweit es sich gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen handelt, die der Verwender seinem Vertragspartner bei Vertragsschluss stellt. Zur Erfüllung des Merkmals „für eine Vielzahl von Verträgen“ wurde vom BGH¹⁰ früher gefordert, dass bei erstmaliger Verwendung die Vertragsbedingungen für eine künftige wiederholte Verwendung zumindest „im Kopf des Verwenders“ gespeichert sind. Auf diese Absicht der Mehrfachverwendung soll es nicht mehr ankommen.¹¹ Auch die erstmalige Verwendung eines Vertragsformulars erfüllt damit die Anwendungsvoraussetzungen des AGB-Rechts „für eine Vielzahl von Verträgen gestellt“. ¹² Sie muss nicht zugleich in einem Preis- und Leistungsverzeichnis oder einem Preisaushang ausgewiesen sein.¹³ **Vorformuliert** iSd § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind Vertragsbedingungen, wenn sie in ihrer verwendeten Form schon vor Vertragsschluss vom Darlehensgeber formuliert wurden und die andere Vertragspartei keine Änderungen vorgenommen hat.¹⁴ Diese Voraussetzung ist selbst dann erfüllt, wenn das Vertragsformular Leerstellen enthält, die erst noch ausgefüllt werden müssen.¹⁵ Gem. § 305 Abs. 1 S. 2 BGB kommt es für die Qualifikation einer Vertragsbedingung als AGB gerade nicht auf die Form und ihren Umfang an. § 305 Abs. 1 BGB setzt keine Identität von Aussteller und Verwender der Bedingungen voraus, sodass auch **Drittbedingungen** AGB des Verwenders sein können.¹⁶

Eine vorformulierte Vertragsbedingung muss einer Vertragspartei zuzurechnen sein.¹⁷ § 305 Abs. 1 S. 1 BGB greift dieses Erfordernis mit dem Tatbestandsmerkmal des „**Stellens**“ auf. Damit wird eine **Abgrenzung zur Individualvereinbarung** iSd § 305b BGB sichergestellt, wo die Vertragsbedingung nicht das Ergebnis der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht ist. Gestellt ist eine Vertragsbedingung, wenn eine Partei sie in die Verhandlungen einbringt und ihre Einbeziehung in den Vertrag verlangt, ohne dass der andere Teil tatsächliche eine Entscheidungsmöglichkeit hat.¹⁸ Dabei ist die Entscheidungsfreiheit nicht etwa dadurch hergestellt, dass der Darlehensnehmer zwischen zwei **alternativ vorformulierten Vertragsformularen** wählen kann.¹⁹ Eine einvernehmliche Verwendung von AGB schließt die AGB-Kontrolle nicht aus.²⁰ Von einer echten Individualver-

⁸ Palandt/*Grüneberg*, § 310 Rn. 51.

⁹ Bülow/*Artz/Bülow*, VerbrKrR, § 491 BGB Rn. 49.

¹⁰ So ursprünglich BGH Urt. v. 10.3.1999 – VIII ZR 204/98 (Vorleistungsklausel in einem Warenkaufvertrag).

¹¹ BGH Urt. v. 23.8.2016 – VIII ZR 23/16 (Kündigungsausschlussklausel in einem Wohnraummietvertrag); hierzu: *Graf v. Westphalen*, NJW 2017, 2237.

¹² BGH Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09.

¹³ *Strube/Fandel* BKR 2014, 133, 134.

¹⁴ *Schulze-Schulte-Nölke*, Handkommentar zum BGB, § 305 BGB Rn. 3.

¹⁵ Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 8; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 1, § 305 Rn. 35; speziell für Darlehensverträge: OLG Stuttgart Urt. v. 3.12.2009 – 2 U 30/09; LG Heilbronn Urt. v. 12.3.2009 – 6 O 341/08.

¹⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 1, § 305 Rn. 31.

¹⁷ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 1, § 305 Rn. 31.

¹⁸ BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15; BGH Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 170/13; BGH Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09; Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 1, § 305 Rn. 26; Staudinger/*Schlosser*, § 305 Rn. 27; *Graf v. Westphalen* NJW 2017, 2237.

¹⁹ OLG Düsseldorf Urt. v. 28.4.2016 – I-6 U 152/15.

²⁰ BGH Urt. v. 28.6.2016 – XI ZR 319/14; BGH Urt. v. 20.1.2016 – VIII ZR 26/15 (Auswahlmöglichkeit in einem Arzneimittellieferungsvertrag); BGH Urt. v. 17.2.2010 – VIII ZR 67/09.

einbarung iSd § 305 Abs. 1 S. 3 BGB kann nur die Rede sein, wenn der vom Gesetz abweichende Kerngehalt einer Vertragsbedingung ernsthaft zur Disposition gestellt wurde.²¹ Allein dann kann von einem „Aushandeln“ gesprochen werden.

- 9 Bei **Verbraucherverträgen** wird gem. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB widerleglich vermutet, dass eine Vertragsbedingung gestellt ist, wenn sie nicht durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde. Bei Verbraucherdarlehen iSd § 491 Abs. 1 BGB ist diese Voraussetzung in der Regel erfüllt. Die Beweiserleichterung gilt uneingeschränkt für die aus dem Anwendungsbereich der §§ 491 ff. BGB nach § 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 5 BGB (bei Immobiliendarlehen iVm § 491 Abs. 3 S. 3) ausgenommen **Förderdarlehen**. Darlehensgeber ist auch hier Unternehmer iSd § 14 BGB, da er unabhängig davon, aus welchen Mitteln das Darlehen refinanziert wird, in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine Absenkung des Schutzniveaus bei der AGB-Kontrolle zugunsten von Förderdarlehen lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Selbst wenn ein Förderinstitut aufgrund der Förderrichtlinien zur Aufnahme bestimmter Vertragsbedingungen in den Darlehensvertrag verpflichtet wäre, hätte dies nur Auswirkungen auf die Prüfung, ob die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB wegen Vorliegens eines Erlaubnistatbestandes ausgeschlossen sein könnte.²² Es betrifft nicht die Frage, ob AGB iSd § 305 Abs. 1 S. 1 BGB einseitig gestellt wurden.

B. AGB-Banken

- 10 Die neben denjenigen im Vertragsformular enthaltenen Vertragsbedingungen des Darlehensgebers vereinbarten **AGB-Banken**²³ unterliegen ohne Einschränkung der Inhaltskontrolle. Bei den AGB-Banken handelt es sich um unverbindliche Musterbedingungen des Bundesverbandes Deutscher Banken e. V. (BdB) bzw. des Bundesverbandes deutscher Volks- und Raiffeisenbanken an ihre Mitglieder.²⁴ Im Sparkassensektor existieren dagegen eigene Muster-AGB (AGB-Sparkassen), die auf eine Empfehlung des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zurückgehen.²⁵ Nr. 1 Abs. 1 AGB-Banken setzt die wirksame Einbeziehung der AGB-Banken in den jeweiligen Vertrag als selbstverständlich voraus.²⁶ Tatsächlich aber hängt ihre Geltung von der Einbeziehung gem. § 305 BGB in den jeweiligen Darlehensvertrag ab. Selbst rein **bankinterne Anweisungen** etwa zur Berechnung bestimmter Entgelte fallen in den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB, wenn sie als Umgehung iSd § 306a BGB gewertet werden können.²⁷ Eine **Änderung der AGB-Banken** mittels Zustimmungsfiktion ist unter den Voraussetzungen des § 308 Nr. 5 BGB grundsätzlich möglich.²⁸ Lehnt der Darlehensnehmer allerdings die Änderung fristgerecht ab, so besteht kein Kündigungsrecht des Darlehensgebers.²⁹
- 11 Dasselbe gilt für die **Allgemeinen Bausparbedingungen** (ABB). Sie sind der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB nicht bereits deshalb entzogen, weil die Bundes-

²¹ BGH Urt. v. 22.11.2012 – VII ZR 222/12 (bring-or-pay-Klausel in einem Abfallentsorgungsvertrag); Palandt/*Grüneberg*, § 305 Rn. 21.

²² Hierzu → § 12 Rn. 29.

²³ Die Geschichte der AGB-Banken reicht bis in das Jahr 1937 zurück; vgl. zu den Entwicklungen SBL BankR-HdB/*Bunte*, § 4 Rn. 2 ff.; Derleder/Knops/Bamberger/*Caspar*, Bank- und Kapitalmarktrecht, § 4 Rn. 1 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen/*Fuchs*, AGB-Recht, Teil 2, (8) Banken Rn. 1 bis 5; umfassend: *Bunte*, AGB-Banken und Sonderbedingungen, Vorbem. Rn. 17 ff.; zu den neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung siehe *Niebling* NJ 2017, 133 ff.

²⁴ Abgedr. in *Bunte*, AGB-Banken/AGB-Sparkassen/Sonderbedingungen, 2. Teil.

²⁵ Abgedr. in *Bunte*, AGB-Banken/AGB-Sparkassen/Sonderbedingungen, 3. Teil.

²⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 2, (8) Banken Rn. 6.

²⁷ BGH Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 154/04; Palandt/*Grüneberg*, § 306a Rn. 2; *Nobbe* WM 2008, 185 ff.

²⁸ Ulmer/Brandner/Hensen/*Ulmer/Habersack*, AGB-Recht, Teil 2, (8) Banken, Rn. 7.

²⁹ OLG Köln Urt. v. 28.8.1995 – 16 W 45/95; LG Hamburg Urt. v. 7.6.1995 – 318 S 40/95.