

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum
Antrag der Fraktion der CDU/CSU

„Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in Zukunft rechtssicher gestalten“ (BT-Drucksache 20/4888)

Prof. Dr. Claire Feldhusen

*Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht und ein Grundlagenfach
Universität Rostock*

Inhaltsverzeichnis

ZUSAMMENFASSUNG	1
HINTERGRUND DES GESETZESANTRAGS	2
ZU DEN WIRKUNGEN IM EINZELNEN	3
I. GESETZLICHKEITSFIKTION	3
II. EU-RECHTSKONFORMITÄT	3
1. <i>Mindestharmonisierungspostulat der AGB-Richtlinie</i>	<i>3</i>
2. <i>Sanktionswirkungen bei unwirksamen Vertragsklauseln.....</i>	<i>4</i>
3. <i>Faktisch wirkende einseitige Vertragsanpassungsklauseln</i>	<i>5</i>
III. VERBRAUCHERSCHUTZ.....	5
1. <i>Ersatz der AGB-Inhaltskontrolle durch eine Ausübungskontrolle?.....</i>	<i>5</i>
2. <i>Schutz der Vertragsabschlussfreiheit durch Vertragsbeendigungsrecht?.....</i>	<i>6</i>
3. <i>Besserstellung von NichtverbraucherInnen?.....</i>	<i>6</i>
IV. RECHTSWIRKUNGSFOLGEN	7

Zusammenfassung

Nach dem Gesetzesantrag soll § 675g BGB durch eine Regelung ergänzt werden, wonach Zustimmungsfiktionsklauseln in Zahlungsdiensterahmenverträgen, die § 308 Nr. 5 und § 675g Abs. 1 und 2 BGB genügen, nicht als missbräuchlich i.S.d. § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB gelten, sofern durch die danach möglichen Vertragsänderungen der Vertragscharakter nicht grundlegend verändert wird. Eine solche Gesetzgebungstechnik passt nur schwer in das BGB. Sie ist überdies mit dem EU-Recht nicht vereinbar, stellt die Grundprinzipien des Verbraucherschutzes infrage und lässt die Rechtswirkungsfolgen unbeachtet.

Rechtswirkung: Eine dem Antrag entsprechende Regelung würde eine Gesetzlichkeitsfiktion für sachlich unbegrenzte Zustimmungsfiktionsklauseln bedeuten, die dem BGB fremd ist.

- Der BGH lässt mit Blick auf die aus § 307 BGB abzuleitenden Grundsätze nur einschränkend-konkretisierende Klauseln zu, sodass die neu formulierten Muster-AGB der Verbände eine Vertragsänderung per Zustimmung nur für bestimmte Fälle erlauben.
- Eine dem Gesetzesantrag entsprechende Regelung würde die Wirksamkeit sachlich unbegrenzter Zustimmungsfiktionsklauseln unabhängig davon anordnen, ob sie gemessen an § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam wären.
- Eine solche Gesetzlichkeitsfiktion kennt das BGB bislang nicht.

EU-Rechtskonformität: Das BGB erhielte eine Regelung, die nicht mit dem EU-Recht abgestimmt ist, obwohl der EuGH jüngst klargestellt hat, dass es für die Wirksamkeit von AGB in Zahlungsdiensterahmenverträgen auf das gesamte Verbraucherunionsrecht ankommt.

- Eine Regelung, die die Anwendung von § 307 BGB für einzelne Vertragsklauseln partiell ausschließt, verträgt sich nicht mit dem Mindestharmonisierungspostulat der AGB-Richtlinie (RL 93/13/EWG) und lässt das dem EU-Zahlungsdienstrecht zugrundeliegende Konzept der Vollharmonisierung unbeachtet.
- Sie könnte einen einseitigen Austausch unwirksamer Vertragsklauseln und damit eine Umgehung der von der AGB-Richtlinie geforderten Sanktionswirkungen ermöglichen.
- Klauseln, die (nur) in ihren Wirkungen einer nach der AGB-Richtlinie unzulässigen einseitigen Anpassungsklausel gleichkommen, könnten von der Gesetzesänderung profitieren, auch wenn dies von ihr nicht beabsichtigt ist.

Verbraucherschutz: Eine dem Antrag entsprechende Regelung schwächt die Funktion der AGB-Inhaltskontrolle als Korrektiv zur Verhinderung von Marktmissbrauch bei Informationsdefiziten der VerbraucherInnen.

- Die als präventive Kontrolle zur Sicherung der Vertragsfreiheit konzipierte AGB-Inhaltskontrolle wäre auf eine restitutive Ausübungskontrolle reduziert.
- Der Schutz der Vertragsabschlussfreiheit bei unzureichenden Informationen wäre zur Vertragsbeendigungsfreiheit verschoben.
- Der Gesetzesantrag könnte eine Besserstellung der Vertragspartner von Kreditinstituten bewirken, die keine VerbraucherInnen iSd BGB sind, weil die formalen Anforderungen für Zustimmungsfiktionsklauseln, deren Einhaltung die Missbräuchlichkeit ausschließen soll, nur für Verbraucherverträge zwingend sind.

Rechtswirkungsfolgen: Eine Gesetzlichkeitsfiktion lässt Vertragsänderungen zur Gewinnmaximierung auf der Grundlage einer Zustimmungsfiktionsklausel durch einzelne Zahlungsdienstleister befürchten, die im Widerspruch zu den zwingenden Regelungen und allgemeinen Grundsätzen für Entgeltklauseln stehen.

Hintergrund des Gesetzesantrags

Entgeltpraxis der Kreditinstitute in der Vergangenheit: In der Vergangenheit enthielten die AGB in Zahlungsdienstverträgen sog. Zustimmungsfiktionsklauseln, wonach die Zustimmung von VerbraucherInnen zu Vertragsänderungen als erteilt gilt, wenn sie ihre Ablehnung nicht rechtzeitig anzeigten. Parallel zu den negativen wirtschaftlichen Zinsentwicklungen wurden auf diese Weise Entgelte für u.a. Barein- und -auszahlungen, SMS-TAN-Verfahren, Echtzeitüberweisungen, die Aushändigung von Karten, Adressänderungen, Kontoauszüge und neue Geheimzahlen erhöht sowie Kontoführungsgebühren, Kündigungsrechte und Negativzinsen neu eingeführt.

Was der EuGH entschieden hat: In seiner Entscheidung vom 11.11.2020 (Rs. C-287/19 – „Deniz-Urteil“) hat der EuGH klargestellt, dass die Prüfung der Missbräuchlichkeit einer Zustimmungsfiktionsklausel i.S. der zweiten EU-Zahlungsdienstrichtlinie (ZD-Richtlinie 2015/2366), nicht nach Maßgabe dieser, sondern der AGB-Richtlinie vorzunehmen ist. Soweit sie „in der Praxis“ (so wörtlich der EuGH) eine einseitige Vertragsanpassung erlauben können, müssten auch solche Klauseln den dort aufgestellten Anforderungen sowohl an Transparenz als auch an Treu und Glauben sowie Ausgewogenheit genügen.

Was der BGH entschieden hat: Nach dem BGH-Urteil vom 27.04.2021 (Az. XI ZR 26/20 – „Postbank-Urteil“) führen sachlich unbegrenzte Zustimmungsfiktionsklauseln in Verbraucherverträgen zu einer unangemessenen Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 und 2 BGB, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB abweichen. Vertragsvereinbarungen erfordern danach zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Einem Schweigen im Rechtsverkehr soll daher (schon generell) nur konstitutive Wirkung zukommen, „wenn besondere Umstände zu Gunsten des anderen Teils dies rechtfertigen“. Hierzu reichen nach Auffassung des BGH Hinweise auf die Rechtssicherheit, bankbetriebswirtschaftliche Erwägungen und Vertrauensschutzargumente nicht aus. Er fordert „eine einschränkend-konkretisierende Formulierung der Klausel“ für ihre Wirksamkeit. Sie dürfen insbes. keine „einseitige, inhaltlich nicht eingegrenzte Änderungsbefugnis“ bewirken.

Was der BGH nicht entschieden hat: Sachlich begrenzten Zustimmungsfiktionsklauseln, die die formalen Anforderungen von § 675g BGB beachten, hat der BGH keine Absage erteilt. Konkrete Hinweise dazu, wann sie wirksam sind, hat er nicht formuliert.¹

Reaktion der Kreditwirtschaft: Die Kreditwirtschaft hat im September 2021 eine neue Fassung ihrer Muster-AGB vorgelegt (vgl. Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken² bzw. Nr. 2 AGB-Sparkassen). Eine Zustimmungsfiktion nach dem Rahmenvertrag greift danach grundsätzlich nur, wenn die Übereinstimmung mit einer veränderten Rechtslage hergestellt werden soll. Bei weitergehenden Zustimmungsfiktionsklauseln sollen Änderungen ausgenommen sein, die die Hauptleistungspflichten und die Entgelte für sie betreffen, über das Entgelt für die Hauptleistung hinausgehen, einem neuen Vertragsabschluss gleichkommen oder die das vereinbarte Äquivalenzverhältnis verschieben würden.

¹ Zu den Folgefragen u.a.: *Casper*, ZIP 2021, 2361; *Dieckmann*, BKR 2021, 657; *Edelmann*, BB 2021, 2451; *Habersack*, ZIP 2021, 1837; *Herresthal*, ZHR 186 (2022), 373; *Klanten*, BKR 2022, 211; *Kupfer/Weiß*, VuR 2021, 409; *Lang/Rösler*, ZIP 2022, 504; *Lang*, BKR 2022, 78; *Langner*, WM 2021, 1869; *Mäsch*, JuS 2021, 1184; *Omlor*, NJW 2021, 2243; *Pfeiffer*, LMK 2021, 809884; *ders.*, RdZ 2022, 18; *Rodi*, WM 2021, 1310 und WM 2021, 1357; *Schultess*, NJW 2022, 431; *Simon*, ZIP 2022, 13; *Vogel*, ZBB 2021, 312; *v. Westphalen*, NJW 2022, 288; *Willershausen*, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 4; *Wittmann*, MDR 2021, 1431.

² Abgedruckt in: *MüKoBGB/Casper*, 9. Aufl. 2023, BGB § 675g Rn. 13. Hierzu: *Rodi*, WM 2022, 1665.

Zu den Wirkungen im Einzelnen

I. Gesetzlichkeitsfiktion

§ 675g BGB soll durch eine Regelung ergänzt werden, wonach Zustimmungsfiktionsklauseln, die § 308 Nr. 5 und § 675g Abs. 1 und 2 BGB genügen, nicht der AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB unterliegen, wenn keine wesentlichen Änderungen betroffen sind, die den Vertragscharakter grundlegend verändern. Dies hätte eine Gesetzlichkeitsfiktion und keine Festschreibung eines ohnehin bestehenden Leitbildes zur Folge, wie es in der Begründung zum Gesetzesantrag formuliert ist. Soweit ein Verbrauchervertrag iSd § 310 Abs. 3 BGB vorliegt, ist § 675g BGB zwingend ausgestaltet (§ 675e BGB). § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB sind nur anwendbar bei Abweichungen vom dispositiven Vorschriften (§ 307 Abs. 3 BGB). Nur dispositiven Vorschriften kann daher ein sog. „Leitbildcharakter“ zugeschrieben werden, weil aus ihnen abgeleitet wird, dass Abweichungen vom dispositiven Recht in AGB als unangemessen zu behandeln sind, wenn sie nicht durch ein berechtigtes Interesse des Verwenders als gerechtfertigt angesehen werden können. **Allein im unternehmerischen Verkehr kann § 675g BGB eine Leitbildfunktion entnommen werden, weil diese Vorschrift nur dort dispositiv ist.**

§ 675g BGB gibt kein gesetzliches Leitbild für die AGB-Kontrolle bei Verbraucherverträgen vor, das im Wege einer Gesetzesänderung als maßgeblich für die Inhaltskontrolle bestimmt werden könnte. Die beabsichtigte Gesetzesänderung kann also nur so verstanden werden, dass § 675g Abs. 2 BGB für Zustimmungsfiktionsklauseln als abschließende Regelung zu verstehen sein soll, dessen Beachtung zum Ausschluss von § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB führt. Mit einer dem Gesetzesantrag entsprechenden Regelung wäre also die Wirksamkeit einer formalen Anforderungen entsprechende Klausel angeordnet, mit der abweichend vom Vertragsschlussmechanismus des BGB ein Schweigen für Vertragsänderungen generell ausreichen würde. Dies würde auch dann gelten, wenn sie gem. § 307 Abs. 1 BGB an sich als unwirksam anzusehen wäre. Eine solche Gesetzgebungstechnik bewirkt eine Gesetzlichkeitsfiktion in Bezug auf die Wirksamkeit einer vom Unternehmer vorformulierten Vertragsvereinbarung. Das Verbrauchervertragsrecht des BGB kennt eine Gesetzlichkeitsfiktion nur für die Einhaltung gesetzlicher Informationspflichten, wenn ein *vom Gesetzgeber* formuliertes Muster verwendet wird (vgl. zB Art. 246b § 3 Abs. 2 oder Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB). Richtigerweise kann es auch nur für die Einhaltung zwingenden Rechts nicht aber für die Abweichung von dispositiven Recht eine Gesetzlichkeitsfiktion geben, weil andernfalls Erlaubnistatbestände ins BGB geschrieben würden, die ebenso erhebliche Rechtsunsicherheiten mit sich bringen können, wie dies für die aktuelle Rechtslage im Gesetzesantrag angenommen wird. Es ist aber auch nicht die Aufgabe der Rechtsprechung und erst recht nicht der Legislative, Verwendern von AGB aufzuzeigen, wie sie das dispositive Recht zulasten der VerbraucherInnen am besten modifizieren können.

II. EU-Rechtskonformität

1. Mindestharmonisierungspostulat der AGB-Richtlinie

Richtig ist, dass weder dem Deniz-Urteil des EuGH noch Art. 54 Abs. 1 oder Art. 52 Nr. 6 lit. a ZD-Richtlinie konkrete Vorgaben für die Wirksamkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln entnommen werden können. Gesetzliche Vorgaben finden sich im Zahlungsdiensterecht nur bezüglich der Ausgestaltung des Verfahrens (Form, Frist, Information und Vereinbarung). Auch Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie, dessen Vorgaben im deutschen Recht in § 307 Abs. 1 S. 1

und Abs. 2 BGB ihre Entsprechung finden, gibt nicht vor, was für die Wirksamkeit von Vertragsklauseln konkret zu gelten hat. Erlaubnistatbestände passen auch nur schwer zur Systematik des AGB-Rechts. Das gilt generell für sämtliche Vertragsklauseln. Die Vorgabe in Art. 3 Abs. 1 AGB-Richtlinie regelt allein die Frage, wann eine Vertragsklausel als missbräuchlich anzusehen ist. Soweit der Anwendungsbereich der AGB-Richtlinie eröffnet ist, erlaubt Art. 8 AGB-Richtlinie des EU-Mitgliedstaaten aber nur, strengere Bestimmungen zu erlassen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

Nach Auffassung des EuGH bleiben die Anforderungen der AGB-Richtlinie beachtlich, auch wenn eine Vertragsanpassungsregelung den Anforderungen in Art. 54 i.V.m. Art. 52 ZD-Richtlinie genügt. Daraus leitet er ab, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht nur dem Transparenzgebot, wie es in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB umgesetzt wurde, entsprechen muss und das durch den Gesetzesantrag nicht ausgeschlossen wird, sondern dass es auch materiellrechtlichen Anforderungen der AGB-Richtlinie entsprechen muss, wie es § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB bestimmt, dessen Anwendbarkeit der Gesetzesantrag ausschließen will. Zustimmungsfiktionsklauseln sind damit keineswegs generell als missbräuchlich anzusehen. **Wenn aber Zahlungsdiensteverträge mit VerbraucherInnen nach der Rechtsprechung des EuGH uneingeschränkt dem Anwendungsbereich der AGB-Richtlinie unterfallen, wäre eine Gesetzlichkeitsfiktion, mit der eine nach Art. 3 AGB-Richtlinie möglicherweise missbräuchliche Klausel für wirksam erklärt wird, mit großer Wahrscheinlichkeit auch nach Auffassung des EuGH EU-rechtswidrig.** Ob der EuGH für die Wirksamkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln konkrete Anforderungen aus der ZD-Richtlinie herleiten wird, kann zwar nicht prophezeit werden. Einer Rechtsprechungsanpassung müsste für den Fall einer Gesetzlichkeitsfiktion allerdings eine Gesetzesänderung vorausgehen.

Art. 54 ZD-Richtlinie ist zudem als vollharmonisierende Regelung gedacht (Art. 107 ZD-Richtlinie), nicht als abschließende Regelung. **Weil nach Auffassung des EuGH auf das Verbraucherunionsrecht, zurückzugreifen ist, kann die von der ZD-Richtlinie angestrebte Vollharmonisierung nur erreicht werden, wenn den Vorgaben der AGB-Richtlinie entsprochen wird. Der deutsche Gesetzgeber kann daher keinen Sonderweg gehen, indem er die AGB-Richtlinie für unanwendbar erklärt.** Staatshaftungsansprüche wären nicht auszuschließen, wenn dem Gesetzesantrag entsprochen würde.

2. Sanktionswirkungen bei unwirksamen Vertragsklauseln

Problematisch sind nach aktueller Rechtslage Klauseln, die einen Austausch unwirksamer Vertragsklauseln durch wirksame Bedingungen per Zustimmungsfiktion erlauben. Der Gesetzesantrag würde geradezu dazu auffordern, für diese Fälle eine unbegrenzte Anpassungsoption zu eröffnen, weil sie danach bei Einhaltung der formalen Anforderungen des § 675g Abs. 2 BGB der Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB entzogen wäre. Eine solche Praxis ließe sich mit dem EU-Recht nicht vereinbaren. Gem. Art. 6 Abs. 1 AGB-Richtlinie soll ein Gericht missbräuchliche Klauseln unangewendet lassen, weil eine Abänderungsbefugnis dazu beitragen würde, den mit der Unwirksamkeit der Klauseln verbundenen Abschreckungseffekt zu beseitigen.³ Die Richtlinienkonformität des deutschen Rechts ist daher nur gewährleistet, wenn eine missbräuchliche Klausel grundsätzlich ersatzlos entfällt, sodass selbst das nationale dispositive Recht nicht zur Anwendung gelangen darf.⁴

³ EuGH, Urt. v. 3.3.2020 - Rs. C-125/18 (Guasch); vgl. auch EuGH, Urt. v. 5.6.2019 - Rs. C-38/17 (GT/HS).

⁴ EuGH, Urt. v. 21.1.2015 - verb. Rs. C-482/13, C-484/13 und C-485/13, C-487/13 (Unicaja Banco); 7.8.2018 - verb. Rs. C-96/16 und C-94/17 (Demba); 27.1.2021 - verb. Rs. C-229/19 und C-289/19 (Dexia).

Hierzu hat der EuGH jüngst klargestellt, dass dies deswegen zu gelten hat, weil kaum von der Verwendung unwirksamer Klauseln Abstand genommen würde, wenn der Verwender wüsste, dass seinem Interesse zumindest im angepassten Umfang entsprochen würde.⁵ Könnte ein Zahlungsdienstleister, der zB eine nicht mehr angemessene und damit unwirksame Beschränkung der Kartennutzung auf der Grundlage einer Zustimmungsfiktion in den Vertrag eingeführt hat, diese durch eine ebenfalls per Zustimmungsfiktion noch angemessene Begrenzung ersetzen, wäre dies jedenfalls dann EU-rechtswidrig, wenn eine solche Klausel für die Vertragsdurchführung nicht notwendig ist. Auch der BGH⁶ hat eine dem entsprechende, weit gefasste Anpassungsklausel bereits als Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB) gewertet.

3. Faktisch wirkende einseitige Vertragsanpassungsklauseln

Wenn, wie es mit dem Gesetzesantrag beabsichtigt ist, Zustimmungsfiktionsklauseln von der AGB-Inhaltskontrolle ausgenommen würden, bestünde das Risiko, dass Anpassungsklauseln, die (nur) in ihren Wirkungen dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichkommen, davon profitiert. Dies wäre EU-rechtswidrig. Anh. Nr. 1 lit. j AGB-Richtlinie lässt einseitige Vertragsänderungen auf der Grundlage von AGB ausschließlich dann zu, wenn sie nach der Klausel anlassbezogen sind. Solche Klauseln können nur für Änderungen mit einem „triftigen“ Grund vereinbart werden, der überdies im Vertrag genannt werden muss. Hierzu gehören Gesetzesänderungen oder die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Eine Vertragsänderungsmechanismus mittels Zustimmungsfiktion darf zwar nicht mit einer einseitigen Änderungsbefugnis verwechselt werden, der EuGH⁷ hat jedoch hervorgehoben, dass eine Zustimmungsfiktion nur für „Änderungen“ der Bedingungen des Rahmenvertrags vereinbart werden kann. Es dürfen nur Vertragsanpassungen erfasst werden, die sich nicht in einem solchen Maße auswirken, dass der Vorschlag des Dienstleisters in Wirklichkeit dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichkommt, weil sonst die Grenze zu einer einseitigen Vertragsänderung verwischt wäre. Die im Gesetzesantrag vorgeschlagene Beschränkung des Anwendungsbereichs in § 675g Abs. 1 BGB, wonach das Vertragsgefüge oder Hauptleistungspflichten nicht auf der Grundlage einer Zustimmungsfiktionsklausel geändert werden können, reicht aber ebenso wenig aus, um eine klare Unterscheidung mit Gewissheit für die Zukunft sicherzustellen, wie der Hinweis, dass die Klausel die Regelung des § 308 Nr. 5 BGB beachten muss. Die Geltung des Transparenzgebots gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann eine solche Abgrenzung nicht allein sicherstellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss eine Zustimmungsfiktionsklausel jedenfalls diese Informationen selbst enthalten.

III. Verbraucherschutz

1. Ersatz der AGB-Inhaltskontrolle durch eine Ausübungskontrolle?

Die verfassungsrechtlich gebotene AGB-Inhaltskontrolle dient dem Ausgleich strukturell bedingter Vertragsdisparität, wenn mit einseitig vorformulierten Vertragsbedingungen von den Wertungen des dispositiven Recht abgewichen wird und dies nicht durch ein berechtigtes Interesse des Verwenders gerechtfertigt ist.

⁵ EuGH, Urt. v. 27.1.2021 - verb. Rs. C-229/19 und C-289/19 (Deixa).

⁶ BGH, Urt. v. 17.03.1999 - IV ZR 218/97.

⁷ EuGH, Urt. v. 11.11.2020 - Rs. C-287/19 (Deniz) Rn. 47.

In systematischer Hinsicht knüpft die AGB-Kontrolle daher an diejenigen Wertungen an, die der parlamentarisch legitimierte Gesetzgeber als interessengerecht mit dem dispositiven Recht festgelegt hat. Nicht das Interesse der Vertragsparteien, sondern dispositives Recht ist der Maßstab dafür, ob eine Benachteiligung mittels AGB vorliegt. Das berechnete Interesse des Verwenders entscheidet darüber, ob die Benachteiligung unangemessen ist. Darauf, ob der Unternehmer von den aus einer Klauseln resultierenden Rechten oder Einwendungen Gebrauch macht, kommt es für die Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB nicht an. Andernfalls wäre eine Verbandsklage nach dem UKlaG auch nicht sehr eingeschränkt möglich. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Implementation einer Generalklausel in § 307 BGB damit eine Gesetzgebungstechnik gewählt, die den Gerichten seit knapp 50 Jahren eine präventive wertungsgebundene Kontrolle erlaubt, um künftigen Marktmissbrauch zu verhindern und setzt ihn nicht voraus. Dies entspricht den Vorgaben der AGB-Richtlinie. Auch dort ist eine § 307 Abs. 1 und 2 BGB entsprechende Generalklausel enthalten (Art. 3 AGB-Richtlinie), die eine präventive Kontrolle ermöglicht. Gesetzlichkeitsfiktionen stehen daher generell im Widerspruch zum Schutzkonzept der AGB-Kontrolle. **Sie stellen als Rückausnahme zu den §§ 307 ff. BGB das mit der Inhaltskontrolle präventiv gegen Marktmissbrauch abgesicherte Prinzip der Privatautonomie in Frage, weil sie den Schutz der VerbraucherInnen auf eine restitutive Ausübungskontrolle beschränken.**

2. Schutz der Vertragsabschlussfreiheit durch Vertragsbeendigungsrecht?

Die Instrumente des Verbrauchervertragsrechts bauen auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit auf. Sie greifen insbes. ein, wenn ein strukturell bedingtes Informationsungleichgewicht anzunehmen ist. Über die ihnen immanente Warnfunktion hinaus sollen Informationspflichten VerbraucherInnen einen Anbieter- und Produktvergleich ermöglichen. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein gut funktionierendes Finanzsystem aktive VerbraucherInnen als MarktteilnehmerInnen voraussetzt. Neben Aspekten der Überschuldungsprävention ist es daher vor allem das Ideal „informierter VerbraucherInnen“, weswegen die Vertragsabschlussfreiheit in besonderem Maße gesichert ist. Gesetzlichkeitsfiktion für Musterinformationen (vgl. zB Art. 246b § 3 Abs. 2 oder Art. 247 § 6 Abs. 2 S. 3 EGBGB) lassen sich daher damit begründen, dass die dort genannten Informationen nach Auffassung des (europäischen) Gesetzgebers zur Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit ausreichen. Eine Gesetzlichkeitsfiktion dient hier dazu, die Vertragsabschlussfreiheit der VerbraucherInnen sicherzustellen. **Eine Gesetzlichkeitsfiktion für unbegrenzte Zustimmungsfiktionsklauseln verlagert den Schutz der Vertragsabschlussfreiheit hingegen in eine Vertragsbeendigungsfreiheit.** Die für Zahlungsdiensterahmenverträge im Gesetz verankerten vorvertraglichen Informations- und Transparenzpflichten gem. Art. 248 § 4 EGBGB i.V.m. § 675d BGB würden bei unbegrenzten Zustimmungsfiktionsklauseln schließlich nahezu sinnentleert, weil die Vertragsbedingungen zeitnah zum Vertragsschluss wieder geändert werden könnten, ohne dass VerbraucherInnen Inhalt und Umfang der Änderungen absehen können. Zur Absicherung der Vertragsfreiheit reicht daher jedenfalls auch nicht aus, wenn nur die Kontrollfähigkeit der Vertragsänderung selbst besteht, weil auf diesem Wege die Vertragsabschlussfreiheit nicht mehr hergestellt werden kann.

3. Besserstellung von NichtverbraucherInnen?

Eine Gesetzlichkeitsfiktion für Zustimmungsfiktionsklauseln ist schon problematisch, weil die gem. § 675e BGB zwingend ausgestaltete Verbraucherschutzvorschrift des § 675g BGB zum Nachteil der VerbraucherInnen wirken würde. Die Einhaltung der zum Schutz von VerbraucherInnen geschaffenen formalen Anforderungen in seinem Abs. 2 würde nach dem

Gesetzesantrag die Anwendung von § 307 BGB ausschließen. VerbraucherInnen müssten also hoffen, dass die formalen Anforderungen missachtet werden, wenn eine Zustimmungsfiktionsklausel eine unangemessene Benachteiligung beinhaltet. Andernfalls wäre sie nicht justiziabel. Der Gesetzesantrag könnte daher auch eine Besserstellung der Vertragspartner von Kreditinstituten bewirken, die keine VerbraucherInnen i.S.d. § 13 BGB sind. Problematisch ist ferner, dass mittels einer Gesetzlichkeitsfiktion die Beweislast für die Wirksamkeit einer Zustimmungsfiktionsklausel umgekehrt wird, weil eine Prüfung von Amts wegen, wie sie für die Inhaltskontrolle von AGB in Verbraucherverträgen gilt⁸, nicht greifen würde. Während wegen § 675e Abs. 4 BGB bei Unternehmerverträgen grundsätzlich Zustimmungsfiktionsklauseln in Abweichung zu § 675g BGB möglich sind, sodass für sie die §§ 307 ff. BGB uneingeschränkt einschließlich der Beweislastumkehr gelten, würde eine Gesetzlichkeitsfiktion die Anwendung jedenfalls von § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB hindern.

IV. Rechtswirkungsfolgen

Zu bedenken gilt ferner, dass es bei Entgelterhöhungen auf der Grundlage von Zustimmungsfiktionsklauseln in Zahlungsdiensterahmenverträgen nicht um die Weitergabe von Kostensteigerungen gegenüber Dritten wie in Energielieferungsverträgen geht. An schwankende Weltmarktpreise ist der Aufwand bei Dienstleistungen nicht gebunden. Überlegungen zur Risikoverteilung spielen keine Rolle. Das Interesse an Zustimmungsfiktionen ist vorrangig auf eine kostenoptimierte Vertragsänderung im Massengeschäft gerichtet. Einem Entgelt bei Zahlungsdiensten steht aber eben kein Risiko gegenüber, sondern ein tatsächlicher Aufwand, dessen Entgeltfähigkeit die Rechtsprechung durch allgemeine Grundsätze und der Gesetzgeber in den §§ 675f ff. BGB beschränkt hat. Das Gesetz erlaubt also keine unbegrenzten Zustimmungsfiktionen zu Vertragsänderungen auf der Ausübungsebene. Die entscheidende rechtspolitische Frage ist daher in der Tat, ob das Gesetz eine Praxis befördern soll, die unbegrenzte Zustimmungsfiktionsklauseln erlaubt. **Die Folge könnte ein Missbrauch zur marktfreien Gewinnmaximierung im Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen und den zwingenden Vorschriften des Zahlungsdiensterechts für Entgeltklauseln sein.** § 675g Abs. 2 BGB gilt schließlich für sämtliche „Zahlungsdienstleister“ iSd § 1 Abs. 1 ZAG (vgl. § 675c Abs. 3). Dazu gehören neben CRR-Kreditinstitute iSd § 1 Abs. 3d S. 1 KWG, die im Inland zum Geschäftsbetrieb berechtigt sind (sog. Einlagenkreditinstitute) eben auch E-Geld-Institute sowie sämtliche Unternehmen, die Zahlungsdienste erbringen (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZAG). Nur dann aber, wenn VerbraucherInnen die für ein tatsächliches Einverständnis notwendigen Informationen verschafft werden müssen, ließe sich das Risiko minimieren, dass „schwarze Schafe“ von der Möglichkeit für Zustimmungsfiktionsklauseln in rechtswidriger Weise profitieren. Der Gesetzesantrag lässt dies außen vor.

⁸ BGH, Urt. v. 7.4.2022 - I ZR 212/20.