



Deutscher**Anwalt**Verein

Sachverständigen- Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch

**Rechtsanwalt Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec.,
Magdeburg, Mitglied des Ausschusses Bank- und
Kapitalmarktrecht des Deutschen Anwaltvereins**

für die öffentliche Anhörung am 29. März 2023 vor
dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
zum Antrag der Fraktion der CDU/CSU

**"Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in
Zukunft rechtssicher gestalten" ([BT-Drs. 20/4888](#))**

Berlin, im März 2023

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin

Tel.: +49 30 726152-0

Fax: +49 30 726152-190

E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B

1000 Brüssel, Belgien

Tel.: +32 2 28028-12

Fax: +32 2 28028-13

E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de

EU-Transparenz-Registernummer:

87980341522-66

www.anwaltverein.de

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Zusammenfassung

Seitdem der BGH am 27. April 2021 für AGBs der Kreditwirtschaft den – bis dato üblichen und seit Jahrzehnten praktizierten – AGB-Änderungsmechanismus aufgrund seiner Reichweite wegen Verstoßes gegen § 307 BGB für unwirksam erklärt hat, sucht die Kreditwirtschaft nach einer für alle Marktbeteiligten rechtssicheren und möglichst praktikablen Lösung für Anpassungen der AGB.

Derzeit hat sich u.a. das sog. „Postbank“-Modell etabliert. Danach spricht das Kreditinstitut eine ordentliche Kündigung des Zahlungsdiensterahmenvertrages aus, verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines neuen Zahlungsdiensterahmenvertrages, in den die neuen AGB einbezogen werden. Der Kunde kann widersprechen oder das Änderungsangebot annehmen.

Das praktische Problem besteht darin, dass der Kunde nicht versteht, weshalb ihm seine Bank kündigt. Er widerspricht dieser reflexartig, ohne zu sehen, dass er hierdurch bei Fristablauf ohne Konto dasteht. Oder er verhält sich rational apathisch und tut nichts. Dann stellt sich das Folgeproblem, unter welchen Voraussetzungen in dem „Nichtstun“ eine Annahme des Änderungsangebots erblickt werden kann.

Nach der hier vorgeschlagenen Lösung sind die Verwender von AGB aufgerufen, eine wirksame Regelung für einen Änderungsmechanismus zu erarbeiten, der den Anforderungen des BGH nach seiner Entscheidung vom 27.04.2021 genügt. Demgemäß wird der Anwendungsbereich nur auf unwesentliche Vertragsänderungen anwendbar sein. Der Kunde kann weiterhin einer Einbeziehung der zu ändernden AGB widersprechen oder von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen. Sollte sich unter der Anwendung einer solchen wirksamen Regelung später erweisen, dass eine einbezogene Vertragsklausel mittels des Änderungsmechanismus hätte nicht vereinbart werden dürfen, sollte es durch eine gesetzgeberische Regelung nicht mehr möglich sein, sich auf den Anwendungsfehler zu berufen, wenn die Klausel eine gewisse Zeit von den Vertragspartnern, also auch den Kunden, unwidersprochen angewandt wurde. Die geänderte AGB gilt als eingezogen. Die inhaltliche Überprüfung einer solchen AGB-Regelung sollte unberührt bleiben. Die favorisierte Lösung macht die derzeitige Praxis nach dem „Postbank“-Modell obsolet und wahrt die Rechte der Kunden angemessen.

b.w.

Im Einzelnen
(in ausführlichen Stichworten)

Überblick

1. Rechtliche Anforderung und Rahmen
2. IST-Zustand nach BGH-Urteil vom 27.04.2021
3. Problemlage
4. Lösungsvorschlag
5. Regelungsvorschlag für § 675g Abs. 2 BGB, neu: Sätze 4 und 5

1. Rechtliche Anforderung und Rahmen

- Trennung zwischen den Anforderungen an die Einbeziehung von AGB-Regelung nach § 675g BGB von der inhaltlichen Wirksamkeit solcher geänderten AGB nach § 307 ff. BGB nötig.
- Trennung zwischen der gesetzlichen, auf Art. 52 Nr. 6 lit. a), 54 RL 2015/2366 beruhenden Regelung des § 675g BGB von einer AGB, die Gleiches zum Inhalt hat, und die nach § 307 BGB zu beurteilen ist, der wiederum auf Art. 3 RL 93/16 (AGB-RL) beruht, nötig.
- Denizbank-Urteil des EuGH vom 11.11.2020, RS C 287/19, legt aus, dass Art. 52 Nr. 6 lit. a), 54 RL 2015/2366 nur und ausschließlich die Rahmenbedingungen harmonisieren, unter denen ein Unternehmen (gleichgültig, ob gegenüber anderem Unternehmen oder Verbraucher) eine AGB-Änderung durchführen kann. Die Regelungen betreffen nicht den Inhalt einer solchen Änderung, der nach RL 93/16 zu beurteilen ist (vgl. EuGH, aaO. Tz. 58 (nicht nur Verbraucher), Tz. 64, 66 (Änderungsmechanismus differenziert nicht nach Klauselinhalten „wesentlich vs. unwesentlich“).
- Art. 52 Nr. 6 lit. a) RL 2015/2366 setzt **wirksame Vereinbarung** eines Änderungsmechanismus voraus.
- Der Regelungsinhalt des Änderungsmechanismus in AGB unterliegt Art. 3 RL 93/16, d.h. 307 ff. BGB.
- Weil Art. 52 einerseits eine Vereinbarung verlangt „soweit vereinbart“ (= § 675g Abs. 2 Satz 1 BGB), andererseits der Änderungsmechanismus in AGB der Inhaltskontrolle nach Art. 3 RL 93/16 (= § 307 BGB) unterliegt, ist insoweit a) die Entscheidung des BGH vom 27.04.2021 folgerichtige Rechtsanwendung, weil eine undifferenzierte Anwendung des Mechanismus auf denkbar weit gefasste Vertragsanpassungen eine unangemessene Benachteiligung von Kunden darstellt, b) die Denizbank-Entscheidung des EuGH der Leitfaden zur Problemlösung.

2. IST-Zustand nach dem BGH-Urteil vom 27.04.2021

- Die Vereinbarung jeglicher, auch tiefgreifender Änderungen des Vertragsinhalts durch Änderungsmechanismus benachteiligt im Rechtsverkehr mit Verbrauchern (wg. Art. 3 RL 93/16) unangemessen, weshalb die **Änderungsmechanismus-klausel unwirksam** ist (BGH, Urt. v. 27.04.2021, XI ZR 26/20).
- Daher ist auch § 675g Abs. 2 BGB nicht anwendbar, weil es an der „Vereinbarung“ des Änderungsmechanismus fehlt.
- Das Merkmal der „Vereinbarung“ ist unverzichtbar, da Mindestharmonisierung durch Art. 52 Nr. 6 lit. a) RL 2015/2366.

3. Problemlage

- Die Kreditwirtschaft muss zunächst selbstständig einen wirksamen Änderungsmechanismus in AGB vereinbaren – d.h. hier kein Regelungsbedürfnis des Gesetzgebers.
- Eine solche Klausel darf nach dem BGH vom 27.04.2021 nicht anwendbar sein, wenn es sich um wesentliche Vertragsänderungen in der Rechtsbeziehung zwischen Kunde und Kreditinstitut handelt. Diese können nur mit (ausdrücklich oder konkludenter Zustimmung) des Kunden vereinbart werden.
- Leitbild: Art. 3 RL 93/16: „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht“.
- Dementsprechend kann das Kreditinstitut einen Änderungsmechanismus vereinbaren, wenn (im Rechtsverkehr mit Verbrauchern) die vorstehende Beschränkung beachtet wird; im Rechtsverkehr mit Unternehmen gibt es zwar keine Anwendung der RL 93/16, aber über § 310 BGB findet § 307 BGB entsprechend Anwendung, so dass im Ergebnis auch hier von einem hohen Schutzniveau wie für Verbraucher auszugehen ist.
- Hat das Kreditinstitut dies getan, dann wird der BGH die Änderungsmechanismusklausel als solche nicht mehr beanstanden (können).
- BGH kann aber beim Nur-Vorhandensein eines AGB-Änderungsmechanismus weiterhin prüfen, ob im Einzelfall die **Anwendung des Änderungsmechanismus** ausgeschlossen war, weil es sich um eine Vertragsänderung handelt die wesentlich in das Vertragsgefüge eingreift.
- Wäre das dem BGH weiterhin gestattet, würde er zwar die Änderungsmechanismusklausel als solche nicht mehr beanstanden, aber entscheiden, dass die durchgeführte Änderung nicht auf diese Klausel gestützt werden kann, und damit auch nicht auf § 675g Abs. 2 BGB, weil die Änderung wesentlich ist.
- Folge: Die Vertragsparteien haben nichts gekonnt, weil es nicht gelungen ist, die beabsichtigte Vertragsänderung wirksam zu vereinbaren, d.h. „einzubeziehen“. Die Rechtsunsicherheit bleibt, weil der BGH dieses Ergebnis im Zweifel erst nach Jahren feststellen würde und es sich bei der „Wesentlichkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Betroffen wäre das gesamte auf diese Weise einbezogene Änderungswerk. Das Kreditinstitut würde bei jeder Änderung, wegen der Gefahr, diese werde als „wesentlich“ beurteilt, nicht den Änderungsmechanismus anwenden, sondern das Postbank-Modell der Änderungskündigung.
- Dieses Modell ist zwar nach der aktuellen Instanzrechtsprechung rechtlich tragfähig, weil dem Modell des Rechts der Willenserklärungen entsprechend und damit dem gesetzlichen Leitbild des BGB, aber **die Kunden verstehen nicht, warum eine Änderungskündigung erfolgen muss**; das Annahmeprozedere ist umständlich, aufwändig, unökonomisch und unökologisch.
- Warum: AGB sind Vertrauensgüter, niemand liest sie, niemand muss sie lesen, weil eine **Inhaltskontrolle der Einzelregelung** stattfindet (ökonomische Analyse des Rechts). Das Kreditinstitut muss viel Papier produzieren, Ressourcen binden, nacharbeiten, nochmals Papier produzieren. Der Verbraucher versteht das Ganze nicht, verhält sich deshalb entweder rational apathisch oder nutzt die öffentliche Contra-Stimmung und widerspricht der Änderung ohne zu sehen, dass er hierdurch sein Konto verliert.

4. Lösungsvorschlag

Wenn es eine valide Vereinbarung des Änderungsmechanismus in AGB (gegenüber Verbrauchern) gibt, dann muss gesetzlich regelt werden, dass sich nach einer bestimmten Zeit der Anwendung der geänderten Regelung der Verbraucher, oder allgemein der Kunde, nicht mehr darauf berufen darf, dass die **Einbeziehung** nach dem Änderungsmechanismus unwirksam sei, weil es sich um eine wesentliche Vertragsänderung handelt.

Dies kann durch eine gesetzliche Regelung erfolgen, durch die fingiert wird, dass nach einer bestimmten Anwendungszeit die Klausel als **wirksam** in die Vertragsbeziehung **einbezogen** gilt (gesetzliche Fiktion).

Damit ist jedoch **nicht das Recht** des Vertragspartners gegenüber dem Verwender **abgeschnitten**, sich auf eine unangemessene Benachteiligung der Klausel zu berufen und diese deshalb der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB zu unterziehen. Dieser Mechanismus wird bereits von der Rechtsprechung in langfristigen Lieferverträgen angewandt, bspw. BGH, Urt. v. 10.03.2021, VIII ZR 200/18, Tz. 29).

Demgegenüber wäre eine gesetzliche Regelung, durch die fingiert würde, eine bestimmte Klausel (bspw. Änderungsmechanismusklausel oder die hierdurch geänderte Vertragsregelung) sei mit dem gesetzlichen Leitbild vereinbar und daher § 307 BGB nicht anzuwenden, m.E. europarechtlich bedenklich, weil man damit jegliche Inhaltskontrolle abschneiden würde. Dazu besteht m.E. kein Regelungsbedürfnis, weil es Sache der Vertragspartner ist, eine wirksame, einer Inhaltskontrolle standhaltende Änderungsmechanismusklausel zu vereinbaren. Es geht lediglich darum, die nachteiligen Folgen bei einer irrtümlichen Anwendung („wesentlich vs. „unwesentlich“) einer solchen, für sich wirksamen Klausel abzuwenden, wenn die auf diese Weise einbezogene Regelung eine gewisse Zeit von den Vertragsparteien widerspruchslos angewandt wurde.

6. Regelungsvorschlag

§ 675g Abs. 2 BGB: neue Sätze 4 und 5:

„Sind seit dem vorgeschlagenen Zeitpunkt gemäß Absatz 1 sechs Monate verstrichen, gilt die Änderung des Zahlungsdiensterahmenvertrages als wirksam in die Vertragsbeziehung zwischen dem Zahlungsdienstleister und dem Zahlungsdienstenutzer einbezogen, wenn der Zahlungsdienstenutzer nicht zuvor von seinen Rechten gemäß Sätzen 1 und 2 Gebrauch gemacht hat, unabhängig davon, ob es sich bei der einbezogenen Regelung um eine wesentliche oder unwesentliche Änderung des Zahlungsdiensterahmenvertrages handelt. Die Anwendung der Vorschriften über die Inhaltskontrolle solcher einbezogenen Regelungen nach Abschnitt 2 des Zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches bleibt unberührt.“