



## Wortprotokoll der 48. – öffentlichen – Sitzung

### Rechtsausschuss

Berlin, den 29. März 2023, 11:02 Uhr  
Berlin, Paul-Löbe-Haus, Saal 2.600

Vorsitz: Elisabeth Winkelmeier-Becker, MdB, und  
Dr. Thorsten Lieb, MdB

### Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

#### Einziger Tagesordnungspunkt

#### Seite 7

Antrag der Fraktion der CDU/CSU

**Federführend:**  
Rechtsausschuss

**Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in  
Zukunft rechtssicher gestalten**

**Mitberatend:**  
Finanzausschuss  
Wirtschaftsausschuss  
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit  
und Verbraucherschutz  
Ausschuss für Digitales

**BT-Drucksache 20/4888**

**Berichterstatter/in:**  
Abg. Luiza Licina-Bode [SPD]  
Abg. Ingmar Jung [CDU/CSU]  
Abg. Dr. Till Steffen [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]  
Abg. Dr. Thorsten Lieb [FDP]  
Abg. Tobias Matthias Peterka [AfD]  
Abg. Susanne Hennig-Wellsow [DIE LINKE.]



**Teilnehmende Abgeordnete** Seite 3

**Sprechregister Abgeordnete** Seite 5

**Sprechregister Sachverständige** Seite 6

**Anlagen:**  
**Stellungnahmen der Sachverständigen** Seite 27

**Mitglieder des Ausschusses**

	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Unter-schrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>	<b>Unter-schrift</b>
SPD	Dilcher, Esther Eichwede, Sonja Fechner, Dr. Johannes Fiedler, Sebastian Karaahmetoğlu, Macit Licina-Bode, Luiza Limbacher, Esra Mansoori, Kaweh Martens, Dr. Zanda Plobner, Jan Wegge, Carmen	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Dieren, Jan Döring, Felix Echeverria, Axel Esken, Saskia Müller, Bettina Roloff, Sebastian Scheer, Dr. Nina Schieder, Marianne Schisanowski, Timo Wiese, Dirk N.N.	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
CDU/CSU	Heveling, Ansgar Hierl, Susanne Jung, Ingmar Krings, Dr. Günter Mayer (Altötting), Stephan Müller, Axel Müller (Braunschweig), Carsten Oellers, Wilfried Plum, Dr. Martin Ullrich, Dr. Volker Winkelmeier-Becker, Elisabeth	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>	Amthor, Philipp Gutting, Olav Hoffmann, Alexander Hoppenstedt, Dr. Hendrik Lehrieder, Paul Lindholt, Andrea Luczak, Dr. Jan-Marco Santos Wintz, Catarina dos Thies, Hans-Jürgen Warken, Nina Weiss, Maria-Lena	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	Bayram, Canan Benner, Lukas Künast, Renate Limburg, Helge Steffen, Dr. Till Tesfaiesus, Awet	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Aeffner, Stephanie Beck, Katharina Kraft, Laura Notz, Dr. Konstantin von Schönberger, Marlene Steinmüller, Hanna	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
FDP	Fricke, Otto Hartewig, Philipp Helling-Plahr, Katrin Lieb, Dr. Thorsten Skudelny, Judith	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Kubicki, Wolfgang Kuhle, Konstantin Lindemann, Lars Schröder, Ria Thomae, Stephan	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>



	<b>Ordentliche Mitglieder</b>	<b>Unter-schrift</b>	<b>Stellvertretende Mitglieder</b>	<b>Unter-schrift</b>
AfD	Brandner, Stephan Jacobi, Fabian Peterka, Tobias Matthias Seitz, Thomas	<input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Beckamp, Roger Haug, Jochen Miazga, Corinna Wirth, Dr. Christian	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>
DIE LINKE.	Bünger, Clara Hennig-Wellsow, Susanne	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>	Gohlke, Nicole Mohamed Ali, Amira	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/>

**Weitere Mitglieder des Deutschen Bundestages**

		<b>Unter-schrift</b>
SPD	Heiligenstadt, Frauke	<input checked="" type="checkbox"/>
CDU/CSU	Hauer, Matthias	<input checked="" type="checkbox"/>
CDU/CSU	Müller (Erlangen), Stefan	<input checked="" type="checkbox"/>
FDP	Herbrand, Markus	<input checked="" type="checkbox"/>
FDP	Mordhorst, Maximilian	<input checked="" type="checkbox"/>

**Sprechregister Abgeordnete**

	Seite
<b>Markus Herbrand (FDP)</b>	<b>20</b>
<b>Ingmar Jung (SPD)</b>	<b>14, 20</b>
<b>Dr. Günter Krings (CDU/CSU)</b>	<b>15, 16</b>
<b>Luiza Licina-Bode (SPD)</b>	<b>13, 15, 20, 25</b>
<b>Stellvertretender Vorsitzender Dr. Thorsten Lieb (FDP)</b>	<b>13, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26</b>
<b>Axel Müller (CDU/CSU)</b>	<b>15, 20</b>
<b>Dr. Till Steffen (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)</b>	<b>14</b>
<b>Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU)</b>	<b>15</b>
<b>Vorsitzende Elisabeth Winkelmeier-Becker (CDU/CSU)</b>	<b>7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18</b>



## Sprechregister Sachverständige

Seite

**Prof. Dr. Claire Feldhusen** **7, 19, 21, 26**

Universität Rostock

Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und ein Grundlagenfach

**Wulf Hartmann** **8, 21**

Bundesverband deutscher Banken e. V., Berlin

Director

**Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec.** **9, 18, 25**

Deutscher Anwaltverein e. V., Berlin

Rechtsanwalt und Mitglied des Ausschusses Bank- und Kapitalmarktrecht

**Prof. Dr. Katja Langenbucher** **10, 17, 23, 24, 25**

Goethe-Universität Frankfurt am Main

Professur für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Bankrecht, House of Finance

**Prof. Dr. Olaf Langner** **10, 17, 23, 25, 26**

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V., Berlin

Leiter Recht, Steuern und Verbraucherpolitik

Chefsyndikus

**Dorothea Mohn** **11, 16, 24**

Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Berlin Leiterin Team

Finanzmarkt

Geschäftsbereich Verbraucherpolitik

**Prof. Dr. Martin Schmidberger** **12, 16**

ING-DiBa AG, Frankfurt am Main

Generalbevollmächtigter und Bereichsleiter Produkt- und Zielgruppenmanagement



Die Vorsitzende **Elisabeth Winkelmeier-Becker**: Es ist 11:00 Uhr und ich bitte alle an ihre Plätze zu gehen, damit wir mit einer interessanten Anhörung zum Antrag der Fraktion der CDU/CSU namens „Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in Zukunft rechtssicher gestalten“ starten können. Dazu begrüße ich Sie, die Sachverständigen, die sich aufgemacht haben, um uns hier an Ihrer Expertise teilhaben zu lassen. Eine Sachverständige wird zugeschaltet: Seien auch Sie herzlich begrüßt. Dann begrüße ich das interessierte Publikum mit dem Hinweis, dass das hier zwar eine öffentliche Anhörung ist, aber keine Störungen, weder Beifallsstürme noch Kritik, zulässig sind. Ich grüße auch das Justizministerium, vertreten durch Frau Bartodziej. Seien Sie uns alle herzlich begrüßt.

Gegenstand der heutigen Anhörung ist der Antrag der Unionsfraktion anlässlich eines Urteils des Bundesgerichtshofs (BGH) aus dem Jahr 2021. Damals hat der BGH entschieden, dass die Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Kreditinstituts, wonach die Zustimmung zu einer Änderung der AGB als erteilt gilt, wenn der Kunde innerhalb der gesetzten Frist nicht widerspricht, unwirksam ist. Dann hat sich aber herausgestellt, dass das in der Praxis für die Banken einige Probleme aufwirft und möglicherweise auch aus Sicht der Verbraucher nicht optimal ist. Jetzt geht es darum, eine bessere Anschlussregelung zu finden. Wir starten in die Beratungen gleich damit, dass Sie, liebe Sachverständige, die Gelegenheit haben, hier im Zusammenhang ein Statement vorzutragen. Dafür haben Sie jeweils vier Minuten Zeit. Die vier Minuten sind schon auf dem Bildschirm angezeigt. Die Uhr läuft rückwärts und wenn es klingelt, steht die Uhr bei null. Es wäre gut, wenn Sie dann auch schnell zum Schluss kommen, damit alle zu Wort kommen und wir danach in Fragerunden einsteigen können. Die Abgeordneten haben dann Gelegenheit für Fragen. In jeder Runde immer zwei Fragen, egal ob an einen oder an zwei Sachverständige gerichtet. Wir werden heute nicht aufgezeichnet, aber es wird ein Wortprotokoll im Nachgang zur Anhörung geben, sodass alles festgehalten wird. Wir beginnen jetzt alphabetisch und bei der ersten Antwortrunde geht es andersherum. Nur damit sie

sich schon einmal darauf einstellen, wer dann wann dran ist. Jetzt beginnen wir alphabetisch mit Frau Professorin Feldhusen. Sie haben das Wort für Ihr Statement.

SVe Prof. Dr. Claire Feldhusen: Danke für die Einladung. Das EU-Recht und das nationale Recht der Zahlungsdienste genauso wie das AGB-Recht lassen Zustimmungsfiktionsklauseln bei Zahlungsdiensterahmenverträgen zu. Auch der BGH und der Europäische Gerichtshof (EuGH) sagen nichts anderes. Schweigen kann auch in AGB als Zustimmung vereinbart werden. Ob es jetzt den einzelnen Zahlungsdienstleistern gelingt, ihre AGB so zu formulieren, dass die Vertragsfreiheit der Verbraucher trotzdem noch gewährleistet bleibt, wird die Rechtsprechung zeigen. Dieses in dem Gewaltenteilungsprinzip angelegte Verfahren zur Konkretisierung abstrakt generellen Rechts will die beantragte Gesetzesänderung umkehren. Gesetzestechnisch ist mit dem Antrag eine Gesetzlichkeitsfiktion gewählt. Zustimmungsfiktionsklauseln enthalten immer eine Benachteiligung des Verbrauchers gegenüber dem dispositiven Recht. Sie sollen für nicht missbräuchlich im Sinne des Gesetzes erklärt werden. Das wäre eine Zustimmungsfiktion mit Gesetzlichkeitsfiktion. Materiellrechtlich sprechen im Wesentlichen zwei Punkte gegen die Gesetzesänderung. Erstens: Eine entsprechende Regelung wäre mit dem EU-Recht nicht zu vereinbaren. Zweitens: Eine solche Regelung stellt die Grundprinzipien des Verbrauchervertragsrechts in Frage.

Zum EU-Recht: Der EuGH hat in seiner Deniz-Entscheidung (Rs. C-287/19) bereits klargestellt, dass die Vorgaben aus der AGB-Richtlinie auch für Zustimmungsfiktionsklauseln gelten. Wenn also Vorschriften, die der Umsetzung der AGB-Richtlinie dienen, ausgeschlossen werden, widerspricht dies dem EU-Recht und der Rechtsprechung des EuGH. Und: Die PSD2<sup>1</sup> ist eine Vollharmonisierungsrichtlinie. Wenn nur in Deutschland die AGB-Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich nicht beachtet wird, ginge Deutschland damit einen Sonderweg. Außerdem wären Zustimmungsfiktionsklauseln erlaubt, die einen Austausch von unwirksamen Klauseln

<sup>1</sup> Payment Service Directive 2-Richtlinie.



durch wirksame Klauseln ermöglichen würden, und auch das widerspricht dem EU-Recht.

Zum Verbraucherschutz: Beschränkt man die AGB-Kontrolle bei Zustimmungsfiktionen auf eine Ausübungskontrolle, würde letztlich die Vertragsabschlussfreiheit in eine Vertragsbeendigungsfreiheit umfunktioniert. Nur Zustimmungsfiktionsklauseln, die § 307 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) standhalten können, lassen vermuten, dass der Verbraucher bei Vertragsschluss ausreichend informiert wurde. Dann ist die Vertragsabschlussfreiheit gesichert. Der Antrag widerspricht daher auch dem Informationsmodell, wie es dem gesamten Verbraucherschutzrecht zugrunde liegt, stellt die Vertragsabschlussfreiheit infrage und würde eine wertungswidersprüchliche Regelung innerhalb des BGB bedeuten. Gesetzlichkeitsfiktionen gibt es nur für die Verwendung von Musterinformationen des Gesetzgebers. Eine Gesetzlichkeitsfiktion für AGB, die der Unternehmer formuliert hat, verteilt diese Kompetenz neu.

Mein Fazit lautet: Anwendung, Auslegung und Fortentwicklung des Gesetzes und damit die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten sind in unserem Rechtssystem originär der Rechtsprechung als Aufgaben zugewiesen. Nur im grundrechtsrelevanten Bereich besteht die Notwendigkeit einer Nachregulierung. Die hier beantragte Gesetzesänderung macht für künftige Anpassungen an die Entwicklungen in der Praxis eine Gesetzesänderung erforderlich. Ist das wirklich das bessere Konzept zur Marktregulierung mittels Privatrecht als dasjenige, das sich in den letzten 60 Jahren bewährt hat? Vielen Dank.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank, Frau Professorin Feldhusen. Es geht dann weiter mit Herrn Hartmann vom Bundesverband Deutscher Banken e. V.

**SV Wulf Hartmann:** Vielen Dank. Sehr geehrte Damen und Herren, zunächst bedanken auch wir uns auch für die Einladung zu dem für die Kreditwirtschaft äußerst wichtigen Thema. Die Deutsche Kreditwirtschaft unterstützt die rechtspolitische Initiative im vorliegenden Antrag der Unionsfraktion. Die Problemanalyse ist zutreffend und der Gesetzgeber hat die Chance, im

Interesse von Kreditinstituten, aber auch ihren Kunden, Rechtssicherheit bei der Anpassung von Dauerschuldverhältnissen in der Kreditwirtschaft wiederherzustellen. Zur Begründung möchte ich Folgendes ausführen: Erstens die Problemanalyse. Das Urteil, es ist ja schon genannt worden, hat den Vertragsänderungsmechanismus per vereinbarter Zustimmungsfiktion in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken und Sparkassen für unzulässig bewertet. Dies war für die Kreditwirtschaft mehr als überraschend, denn dieser vertragliche Anpassungsmechanismus galt über 70 Jahre unangefochten. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur war dieser weitgehend akzeptiert und mit der Umsetzung der EU-Zahlungsdiensterichtlinie in deutsches Recht ist sogar ein § 675g BGB geschaffen worden, der identisch ist zu unserer früheren AGB-Norm. Was ein Wechsel vom Modell einer vereinbarten Zustimmungsfiktionslösung zum Modell der ausdrücklichen Zustimmung bedeutet, haben wir alle im letzten Jahr als Kunde eines Kreditinstituts sehr deutlich erfahren müssen. Die Institute mussten ihren Kunden nicht nur alle eigentlich schon bekannten Bedingungstexte zuschicken, sondern jeder Kunde war auch gehalten, per ausdrücklicher Zustimmung zu reagieren, um die Geschäftsbeziehung zu einem Kreditinstitut fortsetzen zu können. Der enorme Aufwand und die beim Kunden entstandene Reaktionslast zeigen, dass eine vereinbarte Zustimmungsfiktionslösung deutliche Vorteile hat. Die Nachteile der ausdrücklichen Zustimmungen zeigen sich daran, dass etliche Kunden auch bei mehrfachen Nachfragen nicht reagieren und dadurch gefahrläufen, dass sich das Kreditinstitut als Ultima Ratio gezwungen sieht, die Geschäftsbeziehung durch Kündigung zu beenden. Um es auf den Punkt zu bringen: Ohne AGB-Zustimmungsfiktion muss der Kunde handeln, mit AGB-Zustimmungsfiktion kann der Kunde handeln.

Kommen wir zur Rechtssicherheit: Nun wird teilweise vorgebracht, wie das eben Frau Professorin Feldhusen gemacht hat, die Kreditwirtschaft hätte selbst eine tragfähige Nachfolgelösung für vereinbarte Zustimmungsfiktionsklauseln entwickeln können. Unsere sorgfältige Analyse hat aber ergeben, dass ohne Unterstützung des Gesetzgebers eine rechtssichere Nachfolgeregelung, die über Vertragsanpassungen



auf Grund einer Änderung der Rechtslage hinausgeht, nicht möglich ist, denn der BGH konnte sich darauf beschränken festzustellen, was nicht geht. Der Gesetzgeber hat hingegen die Chance, Leitplanken aufzustellen, was geht und was nicht geht. Aufgrund dieser Analyse hatten wir uns bereits vor geraumer Zeit an die Bundesregierung gewandt. Das Justizministerium hatte uns für die weitere Diskussion aufgefordert, ein rechtswissenschaftliches Gutachten mit einem Gesetzgebungsvorschlag einzuholen, das mit dem Gutachten von Herrn Professor Casper vorliegt und unserem Positionspapier beigelegt ist. Der Regelungsvorschlag von Professor Casper sieht eine Ergänzung der Vertragsanpassungsregelung in § 675g BGB mit folgenden Zielrichtungen vor: Einerseits die Klarstellung, dass Zustimmungsfiktionsklauseln, die den Vorgaben in § 308 Nr. 5 sowie § 675g BGB genügen, grundsätzlich der Inhaltskontrolle entzogen sind. Dem liegt eine umfassende Interessenabwägung zugrunde. Ganz wichtig: Das Risiko der unbeabsichtigten Beendigung der Geschäftsbeziehung wird dem Kunden genommen, falls er nicht reagieren sollte. Was teilweise auch in den Stellungnahmen übersehen wird ist, dass wir ja für Schranken sind. In dem Gesetzesvorschlag sind mehrere Schranken vorgesehen, was nicht gehen soll. Das ist sehr wichtig für die Praxis. Eine grundlegende Umgestaltung des Vertrages und die Einführung völlig neuer Entgelte sollen nicht möglich sein. Andererseits eben sollen bestehende Entgelte unter Nutzung der Zustimmungsfiktion nach oben und nach unten angepasst werden können. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank. Dann geht es jetzt weiter mit Herrn Dr. Heinze vom Deutschen Anwaltverein e. V. (DAV).

**SV Dr. Stephan Heinze:** Guten Tag, meine Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung. In der Praxis, die ich hier als Anwalt präsentieren darf, der unter anderem Rechtsabteilungsfunktionen bei Kreditinstituten wahrnimmt, haben wir uns eine vermittelnde Lösung überlegt, die die beiden Pole, die wir heute hier schon gehört haben, versucht zusammenzuführen. Und zwar ist der Ansatz zunächst, dass neben den Modellen, die gerade mein Vorsprecher erwähnte, ein weiteres Modell in der Praxis angewandt wird. Das ist das sogenannte Postbank-Modell, das auch in der

Instanz-Rechtsprechung bisher gehalten hat. Das Modell ist aber bei Lichte betrachtet nur eine praktische Krücke, weil es keiner Partei nutzt. Es geht beim Postbank-Modell immer zunächst eine Kündigung an den Verbraucher, das heißt, seine Geschäftsverbindung wird aus heiterem Himmel gekündigt, und gleichzeitig wird ihm ein Angebot unterbreitet, einem neuen Zahlungsdienstrahmenvertrag mit angepassten AGB zuzustimmen. Meine Erfahrung, die sich statistisch jedenfalls bei den Kreditinstituten, die wir betreuen, gut belegen lässt, ist die, dass der Kunde entweder in eine Kontrahaltung geht – er versteht nicht, warum er in einer funktionierenden Geschäftsverbindung eine Kündigung bekommt, lehnt das ab und widerspricht der Kündigung, ohne die Folge zu sehen, dass er nach Ablauf der Frist seine Geschäftsverbindung verliert – oder sich rational apathisch verhält und nichts tut, sodass also in der Praxis ein ganz hoher Nachbearbeitungsaufwand besteht, den Kunden zu überzeugen, doch noch das unterbreitete Angebot anzunehmen. Das ist, finde ich, für keine der Vertragsbeteiligten eine befriedigende Lösung. Die mag zwar juristisch funktionieren, aber sie nutzt weder dem Kontoinhaber noch dem Kreditinstitut, sodass also der Ansatz war, hier eine tatsächlich rechtsbefriedende Lösung zu entwickeln. Die liegt meines Erachtens nicht auf der Ebene der Inhaltskontrolle, die hier erwähnt wurde, sondern auf der Ebene der Einbeziehung einer AGB. Das Modell möchte ich kurz skizzieren. Zunächst ist es so, dass meines Erachtens die Kreditwirtschaft aufgerufen ist, eine valide Änderungsmechanismusklausel in den AGB zu vereinbaren, die den Anforderungen des Bundesgerichtshofes genügt. Das heißt, sie muss sich grundsätzlich auf unwesentliche Vertragsänderungen beschränken, wenn ich das verkürzt zusammenfassen darf. Das Problem dieser Rechtsprechung, mein Vorredner erwähnte es auch schon, ist die mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der Rechtswesentlichkeit oder der -unwesentlichkeit einhergehende Unsicherheit. Diese Unsicherheit lässt sich dadurch ausräumen, dass wenn eine Klausel einbezogen wurde und danach eine gewisse Zeit lang angewandt wurde, sie als einbezogen gelten soll. Ungeachtet davon bleibt es natürlich, und das muss man wohl auch europarechtlich so einordnen, unbenommen, so wie bisher die einbezogene Klausel einer



Inhaltskontrolle zu unterziehen und sie dann möglicherweise zu beanstanden, so wie es auch bisher gute Praxis der Rechtsprechung war. Also, unser Ansatz setzt bei einer Fiktion für die Einbeziehung an. Vielen Dank.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank Ihnen. Dann geht es nun weiter mit Frau Professorin Dr. Katja Langenbucher.

**SVe Prof. Dr. Katja Langenbucher:** Vielen Dank, dass ich hier auch meine Stellungnahme abgeben darf. Vieles davon, was gesagt wurde, kann ich unterschreiben. Ich unterschreibe auch den Antrag der CDU/CSU mit Blick darauf, dass eine Vertragsänderung im Wege einer Zustimmungsfiktion eingeführt werden kann. Dabei handelt es sich natürlich um einen zweiseitigen Vertrag, fingiert wird die Zustimmung. Das gibt es schon lange, § 308 Nr. 5 BGB wurde bereits erwähnt, das ist etabliert. Bei Dauerschuldverhältnissen lässt es sich meines Erachtens, insbesondere auch mit Blick auf Papier- und Ressourcenschonung, nicht anders herstellen. Davon zu trennen scheint mir, was ich Kontrollblockadewirkung genannt habe. Man kann nicht auf diese Weise eine sachlich unangemessene Klausel in den Vertrag einführen. Das ergibt meines Erachtens schon die einfache Kontrollüberlegung eines Vergleichs der Bestandskunden mit den Neukunden. Es käme ja zu dem absurdem Ergebnis, dass ich den Bestandskunden auf diese Weise eine sachlich unangemessene Klausel präsentieren kann, die ich den Neukunden nicht präsentieren kann. Das haben EuGH und BGH in der Sache völlig zu Recht so entschieden. Das ist unproblematisch, wenn man die Inhaltskontrolle zulässt mit Blick auf Nebenabreden, Beispielsfall Haftung, darum ging es ja unter anderem in dem österreichischen Fall. Ich kann nicht plötzlich eine Haftungsreduzierung einführen. Die prüfe ich völlig unproblematisch anhand der §§ 305 ff. BGB. Das heißt, dass eigentliche Problem liegt darin, dass der § 307 Absatz 3 BGB die Inhaltskontrolle blockiert. Ich kann also Preis- und charakteristische Hauptleistungspflicht eben nicht auf diesem eleganten Weg im Nachhinein schlicht und einfach noch einmal überprüfen. Das hat der BGH richtig gesehen und deswegen ist die Entscheidung des BGH im Ergebnis und für diesen Fall auch zutreffend. Der Gesetzgeber ist in der privilegierten Situation, dieses Problem mit

einem oft zitierten Federstrich aus der Welt zu schaffen, indem nämlich der § 307 Absatz 3 BGB für die nachträgliche Anpassung der dort angeprochenen charakteristischen Hauptleistungspflichten verändert wird mit Blick darauf, dass die Teleologie des § 307 Absatz 3 BGB

Sinn ergibt für den erstmaligen Vertragsschluss. Hier gibt es kein gesetzliches Leitbild, deswegen wollen wir den Richter nicht dazu aufrufen, Entgelt und charakteristische Hauptleistungspflicht zu kontrollieren. Mit Blick auf die nachträgliche Anpassung ergibt das keinen Sinn. Warum nicht der Vergleich zwischen Bestandskunden und Neukunden? Das heißt, hier müsste man adjustieren und dafür haben wir in der Rechtsprechung wie in der Literatur schon Vorarbeiten. Der BGH kontrolliert ja bekanntlich seit langem im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Entgeltnabenabreden, Preisnebenabreden. Wir kennen das zum Beispiel aus dem Strombereich und ähnlichen Dauerschuldverhältnissen, ob und inwieweit angepasst werden kann. Da gibt es auch Vorarbeiten, die man in der Praxis der Banken durchaus verwenden könnte. In der Stellungnahme des Positionspapiers, das ja von Matthias Casper mitverfasst wurde, wird außerdem noch darauf hingewiesen, eine Art Marktkontrolle für die Entgelte einzufügen. Das heißt, man könnte diesen Bestands-/Neukunden-Vergleich dadurch in der Sache heranziehen, dass man sagt, was ich mit dem Neukunden wirksam vereinbaren kann, kann ich auch den Bestandskunden zumuten. Und auf diese Weise scheint mir das Problem zur Freude aller eigentlich aus der Welt zu schaffen zu sein. Danke schön.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank. Dann geht es bei uns weiter mit Professorin Langner vom Deutschen Sparkassen- und Giroverband e. V.

**SV Prof. Dr. Olaf Langner:** Vielen Dank. Sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank für die Einladung zu der Anhörung heute im Rechtsausschuss. Das Thema AGB-Änderungsmechanismus hat eine sehr, sehr große Relevanz für die Bankpraxis in Deutschland. Aus der BGH-Entscheidung vom 27. April 2021 resultieren Vertragslücken in der Kundenbeziehung zu Verbrauchern, deshalb mussten die Institute in den letzten zwei Jahren alle Kundinnen und Kunden anschreiben und um jeweils individuelle Zustimmung bitten. Diese Aktion hat gezeigt, dass



der Weg über individuelle Zustimmungen im Massengeschäft dauerhaft nicht möglich ist. In Deutschland bestehen 110 Millionen Girokonten. Es werden rund 26 Milliarden Zahlungsverkehrstransaktionen abgewickelt. Diese Riesenaufgabe kann aber nur erfüllt und organisiert werden, wenn es verlässliche, und das ist ganz wichtig, gleiche Vertragsregelungen für die Kunden einer Bank gibt. In dem Prozess, millionenfach aktive, individuelle Zustimmungen einzuholen, wird deutlich, dass das wegen der schieren Anzahl nicht möglich ist. Der Prozess ist ganz offensichtlich sehr aufwendig. Er ist sehr ressourcenintensiv und er ist sehr teuer. Aber vor allem ist der Prozess nicht kundenfreundlich. Denn was passiert, wenn ein Kunde nicht zustimmt? Er wird in eine Kündigungssituation hineingedrängt, in die er ganz oft gar nicht reingedrängt werden möchte, die ihm vielleicht auch nicht bewusst ist. Das Problem wird in Zukunft immer mehr auftreten. Es wird auch auftreten bei nebensächlichen oder rein technischen AGB-Anpassungen. Tatsächlich kann nur der Gesetzgeber hier Abhilfe schaffen. Und dazu gibt es einen Vorschlag der Deutschen Kreditwirtschaft (DK), Herr Hartmann hat ihn gerade schon vorgestellt.

Da jetzt schon mehrfach das EU-Recht angesprochen worden ist und auch der BGH auf das EU-Recht eingeht, möchte ich an dieser Stelle auch kurz auf das EU-Recht eingehen. Hier sind zwei Richtlinien maßgeblich. Einmal die sogenannte Klauselrichtlinie aus dem Jahr 1993 und die zweite Zahlungsdiensterichtlinie (PSD2) aus dem Jahr 2015. In der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie ist der AGB-Änderungsmechanismus nahezu wortgleich zu § 675g BGB enthalten. Dass § 675g BGB irgendwie europarechtswidrig sein könnte, darauf kommt wirklich niemand. Aber auch die ältere Klauselrichtlinie, die einen viel größeren Anwendungsbereich hat, steht der Regelung nicht entgegen. Denn, das wird offensichtlich immer übersehen, die Klauselrichtlinie privilegiert gerade ausdrücklich Finanzdienstleistungen. Selbst 1993 hat man das Problem nämlich gesehen und geregelt. Es wird aber irgendwie nicht beachtet. Privilegiert sind nämlich Erbringer von Finanzdienstleistungen, die sich das Recht vorbehalten, einseitig Zinssätze oder Entgelte zu ändern. Das ist genau das, worüber wir hier

gerade sprechen. Und das steht ausdrücklich in der Richtlinie drin. Ebenso privilegiert sind Änderungen von unbefristeten Verträgen, sofern der Verbraucher davon rechtzeitig in Kenntnis gesetzt wird und es ihm freisteht, den Vertrag zu kündigen. Auch das ist der Regelungsgehalt von § 675g BGB. Es ist ganz eindeutig, dass diese Regelung europarechtskonform ist. Es steht ausdrücklich in den Richtlinien drin. Der Gesetzgebungsvorschlag der DK, der heute hier diskutiert wird, hat insbesondere im Sinn, die Interessen aller Beteiligten auszutarieren. In diesem Sinne freue ich mich natürlich auf die Anhörung und auf die Diskussion mit Ihnen und vor allem auf Ihre Anregungen, wie Sie sich einen Interessenausgleich vorstellen können. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Vielen Dank. Dazu hören wir dann jetzt Frau Dorothea Mohn vom vzbv (Verbraucherzentrale Bundesverband).

**SVe Dorothea Mohn:** Sehr geehrte Frau Vorsitzende, vielen Dank für die Einladung und die Möglichkeit, hier zu sprechen. Ich möchte mit der Schlussfolgerung starten: Die von der CDU/CSU-Fraktion vorgeschlagene Gesetzesänderung ist nach Ansicht des vzbv abzulehnen. Die vorgeschlagenen Änderungen wären der Rechtssicherheit nicht dienlich, da der BGH ja gerade eine rechtssichere Lage herbeigeführt hat, an die sich die Institute und auch die Bankkunden bereits anpassen, und, weil der Vorschlag neue unbestimmte Rechtsbegriffe ins Gesetz einführen würde, die wiederum auslegungsbedürftig wären. Aus unserer Sicht entsteht vielmehr der Eindruck, als könnten sich insbesondere die Sparkassen, aber auch die sonstigen Banken, mit dem Urteil nicht abfinden. Es entsteht zusätzlich der Eindruck, als würden sie versuchen, ihr nicht rechtskonformes Verhalten aus der Vergangenheit für die Zukunft per Gesetz legalisieren zu lassen. Dazu behaupten sie, die herbeigeführte Rechtslage sei verbraucherfeindlich, was wir als Verbraucherschutzverband nicht unterstützen können. Das Gegenteil ist der Fall. Dass Änderungen am Preis-Leistungs-Verhältnis nicht willkürlich ohne ausdrückliche Zustimmungen möglich sind, ist für die Bildung eines angemessenen Marktpreises, durch Angebot und Nachfrage, unerlässlich und dient daher den Verbraucher/-innen. Entgegen der Darstellung im



Antrag wurde der Zustimmungsfiktion keineswegs eine allgemeine Absage erteilt, sondern sie wurde in ihrer Reichweite eingeschränkt. Technische und gesetzliche Änderungen können weiterhin per Zustimmungsfiktion erfolgen. Auch vorhersehbare notwendige Preiserhöhungen können mit Wirkung für die Zukunft beim originären Vertragsschluss mit einbezogen werden, wie das bei anderen Dauerschuldverhältnissen auch geschieht. Dass Verbraucher/-innen nunmehr aufgefordert sind, Änderungen im Preis-Leistungs-Verhältnis aktiv zuzustimmen, stärkt also den Wettbewerb und passt zu den Zielen, die auch der europäische Gesetzgeber normiert hat und die für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt gelten sollen. Der Wettbewerb im Zahlungsverkehr sollte durch die PSD2 gestärkt werden. Das Bild sollte nicht mehr sein, dass man bei Volljährigkeit bei seiner Bank im Dorf einen Kontovertrag abschließt und bei dieser ein Leben lang bleibt, ganz egal, wie sich die Vertragsbedingungen und -umstände ändern. So findet kein Wettbewerb statt.

Entsprechend ist der Kontowechsel heute einfacher und grundsätzlich sollte die Kontoauswahl eigentlich mit Hilfe einer Zahlungskontenvergleichswebsite, die es leider nur bislang nicht gibt, unterstützt werden. Nur wenn Verbraucher/-innen Preis-Leistungs-Verhältnisse auch wirklich mitbekommen, liegt dem Behalten des Kontos bei derselben Bank eine aktive Entscheidung zugrunde. Reine Passivität führt nur zur unreflektierten Annahme möglicherweise unerwünschter Bedingungen. Das verzerrt den Wettbewerb, da so leichter höhere Preise in Kauf genommen werden als bei einer aktiven Entscheidung.

Nochmal zusammengefasst: Banken scheinen ihr nicht rechtskonformes Verhalten für die Zukunft legalisieren zu wollen. Aus Verbrauchersicht besteht für eine solche Legalisierung kein Anlass. Die Gesetzesänderung, die hier diskutiert wird, ist daher abzulehnen. Die durch den BGH herbeigeführte Rechtslage ist verbraucherfreundlich und der CDU/CSU-Vorschlag würde die Rechtssicherheit nicht verbessern, sondern verschlechtern. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Dann geht es weiter mit Professor Schmidberger von der ING-DiBa.

**SV Prof. Dr. Martin Schmidberger:** Guten Tag zusammen, ich vertrete die ING-DiBa AG, eine der großen Privatbanken mit rund 9 Millionen Kunden, und bringe hier mal einen Blick in die Praxis, also keine juristischen Ausführungen, sondern den Blick in den Maschinenraum, was wir im letzten Jahr für Erfahrungen mit der Umsetzung der AGB gemacht haben. Konkret ging es um eine Gebührenerhöhung im Centbereich, pro Monat 99 Cents. Wir haben vier Erkenntnisse mitgebracht, die wir gerne teilen würden.

Das Erste ist, dass es uns immerhin gelungen ist, 95 Prozent unserer Kunden davon zu überzeugen, den neuen AGB zuzustimmen. Der ganz große Anteil macht das also, allerdings mit einem erheblichen Aufwand. Auch nicht immer nur digital. Da muss auch schon mal die Post ran. Aber wir haben einen großen Teil der Kunden tatsächlich erreichen können und man würde vielleicht sagen, passt doch, 95 Prozent ist ja schon sehr viel. Aber der Blick geht eigentlich auf die Verbleibenden. Das ist unser zweiter Punkt.

Diese Nichtzustimmungen sind bei uns 5 Prozent. Im Wettbewerb eher etwas mehr, etwa 10 Prozent, wo das nicht gelungen ist. Das sind ganz selten Leute, die sich wirklich aktiv gegen diese AGB ausgesprochen haben, also sich damit beschäftigt haben und das sozusagen ablehnen. Das sind ganz überwiegend, und wir haben wirklich viele Befragungen durchgeführt, Kunden, die sich damit nicht auseinandergesetzt haben, die das wegklicken, die das weglegen, die das vertagen, die passiv sind, das vielleicht auch nicht ganz verstehen, was wir von ihnen wollen. Und dann liegt eben keine Zustimmung vor.

Drittens: Diese fehlende Zustimmung ist für Banken schon ein Problem, weil sich natürlich perspektivisch ein Flickenteppich aus unterschiedlichen AGB-Beständen ergibt. Das kann man einmal vielleicht noch aushalten. Wenn man das mal weiterdenkt, dann hätten wir potentiell die Situation, dass es sehr viele unterschiedliche Stände von Zustimmungen gibt, mit der Situation, dass es unterschiedliche Gebühren für die gleichen Leistungen gibt, je nachdem, wo der Kunde zugestimmt hat. Und das ist etwas, was Banken nicht können und auch nicht wollen. Wir wollen den Fairnessgedanken weiter haben. Eine Leistung muss für alle Kunden das Gleiche kosten. Und damit laufen wir in die



Situation rein, dass als Ultima Ratio, als letzte Möglichkeit, Kündigungen nicht ausgeschlossen werden können. Um den Bestand an Geschäftsgrundlage mit dem Kunden einfach zu halten, in unserem Fall hoch standardisiert zu halten, kostengünstig zu halten, brauchen Sie eine Grundlage für den Kunden. Das heißt, wir werden über Kündigungen perspektivisch nicht umhinkommen, um den Bestand einigermaßen übersichtlich zu halten. Und da spreche ich nicht nur für unser Institut, sondern ich glaube für den ganzen Markt. Das ist sozusagen die Problematik für die Banken.

Viertens: Für die Kunden, die das sozusagen sehenden Auges getan und nicht zugestimmt haben, weil sie das nicht möchten, ist das kein Problem, weil man jetzt schon mit Kontowechsel-services usw. jederzeit sein Girokonto wechseln kann. Problematisch wird es für Kunden, die von alledem nichts so richtig mitbekommen haben, die das nicht gelesen haben. Und es wird auch am Ende einer langen Erinnerungskette so sein, dass Kunden in die Kündigung gehen, ohne dass sie das so richtig realisiert haben. Davor möchten wir warnen. Das Girokonto ist ein so sensibles Produkt für die Kunden. Das können sie nicht einfach mal kündigen, ohne dass sie erheblichen Schaden haben, keine Mietzahlungen, keine Gehaltszahlungen. Damit stören sie den Kunden wirklich ganz empfindlich, und das sollten wir vermeiden, dass sozusagen unerwünscht, unbedacht und ohne das bewusst verstanden zu haben, wirklich eine ganz große Anzahl Kündigungen eintreten werden. Danke schön.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank an die Sachverständigen für die Statements. Ich habe jetzt schon die ersten Fragen vorliegen. Als Erster hat Herr Dr. Lieb das Wort.

Abg. **Thorsten Lieb** (FDP): Vielen herzlichen Dank, Frau Vorsitzende, ganz herzlichen Dank an die Sachverständigen für die Einführung. Der Bereich des AGB-Rechts ist ein besonders sensibles Thema, gerade wenn es wie hier Verbrauchergeschäfte betrifft, weil wir uns bewegen zwischen wirksamem Verbraucherschutz und der Informationspflicht, aber auch zu erörtern haben, was das für Kosten, für Aufwand bedeutet. Denn am Ende des Tages wissen wir alle in diesem Raum, dass je größer der Aufwand ist, am Ende die Verbraucherinnen und Verbraucher die

Rechnung zahlen. Deswegen ist das gut, dass wir über das Thema, auch vor dem Hintergrund der BGH-Entscheidung, sprechen.

Ich habe zwei Fragen an Frau Professorin Langenbucher für den Auftakt. Von Ihnen stammt der Vorschlag, durch Anpassung von § 307 BGB das Problem etwas globalgalaktisch anzugehen. Mein Eindruck ist jedenfalls der, auch aus meiner anwaltlichen Praxis – einen Änderungsmechanismus haben wir nicht nur im Bankenverkehr, sondern es gibt viele andere Alltagsgeschäfte, wo wir auch per AGB Änderungsbedarfe regeln. Deswegen würde ich Sie bitten, das ist die Frage eins an der Stelle, noch einmal zu konkretisieren, wie Sie das sehen, was die Allgemeingültigkeit und die sozusagen praktische Wirksamkeit einer Änderung in dem Bereich und weniger spezifisch beim § 675g BGB betrifft.

Dann zur zweiten Frage: Sie haben in Ihrer Stellungnahme angedeutet und haben es gerade noch einmal ausgeführt, dass die Rechtsprechung, gerade auch des Bundesgerichtshofes, zu Preisnebenabreden eine ganze Menge an Anhaltspunkten dafür gibt, wie man bei einer etwaigen weiteren Diskussion über den § 307 Absatz 3 BGB vertieft reingehen könnte. Da bitte ich Sie, uns noch ein paar Stichworte zu liefern, an welche Richtung Entscheidungspraxis Sie dabei besonders denken und wo man besonders in der Diskussion noch einmal hinschauen kann. Vielen herzlichen Dank.

Die **Vorsitzende**: Vielen Dank. Ich darf bei der Gelegenheit erwähnen, dass Dr. Thorsten Lieb auch gleich die Leitung der Sitzung übernehmen wird. Frau Licina-Bode hat dann das Wort.

Abg. **Luiza Licina-Bode** (SPD): Auch von meiner Seite vielen Dank für Ihre Erläuterungen. Verbraucherschutz – die europäische Rechtsprechung ist in dem Zusammenhang in den letzten Jahren immer sehr konsequent gewesen und hat in quasi jedem Urteil, das gesprochen wurde, den Verbraucherschutz weiter gestärkt. Jetzt haben wir hier einen Antrag vorliegen, der im Prinzip einen kleinen Rückschritt machen möchte und bei dem wir am Ende quasi vor der Frage stehen, ob die Inhaltskontrolle überhaupt noch in dem Zusammenhang bei AGB möglich ist. Meine erste Frage dazu geht an Sie, Herr Dr. Heinze vom Anwaltverein: Aus Ihrer anwaltlichen



Praxis heraus, besteht aufgrund des BGH-Urteils zum AGB-Änderungsmechanismus hier konkret gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um Rechtssicherheit für Kunden oder Banken zu schaffen? Vielleicht erläutern Sie dann, wie, warum und aus welchen Gründen dieser Handlungsbedarf besteht, denn wenn man das BGH-Urteil im Lichte von § 675g BGB auslegt, frage ich mich in dem Zusammenhang, wieso die Banken nicht rechtsichere Klauseln selber oder in eigener Regie formulieren können, warum der Gesetzgeber das machen soll. Vielen Dank.

**Die Vorsitzende:** Danke schön. Dann Dr. Steffen.

**Abg. Dr. Till Steffen** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Vielen Dank an alle Sachverständigen für die interessanten Ausführungen, die Sie hier gemacht haben. Ich fand die Differenzierung, die Frau Mohn vorgenommen hatte, jetzt noch einmal sehr zielführend, nämlich noch einmal deutlich zu machen, dass tatsächlich von dieser Rechtsprechung nur ein Teil der AGB-Anpassungen betroffen ist. All die Dinge wie, „Sie müssen jetzt eine andere Postanschrift bedenken, wenn sie Beschwerden bei uns einreichen wollen.“ und soweas, das geht ja alles weiterhin. Eigentlich geht es ja um die Frage „Was kostet das?“ Wenn man sich andere Dauerschuldverhältnisse anschaut, dann sehen wir, es gibt durchaus in solchen Fällen, also etwa im Mietrecht, Mechanismen, wo man dafür sorgt, dass nicht beliebig die Preise verdoppelt werden können. Deswegen fand ich die Ausführungen von einigen hier, die gesagt haben, es müsste einfach so sein wie früher, nicht ganz zielführend, weil die Frage wäre ja, wenn es eigentlich im Kern um den Preis geht, wie man das dann hinkriegen kann.

Deswegen würde ich jetzt an Frau Feldhusen konkret noch einmal die Frage richten, was würde denn eigentlich passieren, wenn wir das so machen würden, wie es im Antrag der Unionsfraktion steht, welche Wirkungen hätte das und welche Risiken hätte das aus Ihrer Sicht? Was könnte gerade in diesem entscheidenden Bereich der Preisanpassung dann passieren? Auch die Frage der Kombination verschiedener Preisanpassungen in der Summe. Auch hatten Sie eingehend gesagt, dass Sie eine Kollision mit dem europäischen Recht sehen. Herr Langner hatte das gemessen an zwei Richtlinien und sah diese

Kollision nicht. Vielleicht können Sie daraufhin noch einmal spezifisch erwidern, damit wir wissen, was unser europarechtlicher Handlungsspielraum ist.

**Die Vorsitzende:** Gut, dann hat das Wort Ingmar Jung.

**Abg. Ingmar Jung** (SPD): Ich will mal entgegen der Übung anfangen, bei von den anderen Fraktionen benannten Sachverständigen etwas nachzufragen. Je eine Frage an Dr. Heinze und an Frau Mohn.

Herr Dr. Heinze, Sie haben hier ein Modell vorgestellt, das ich ganz interessant finde, bei dem ich nur eine Frage aus dem Stand nicht beantwortet kriege. Wenn ich Sie richtig verstanden haben, sagen Sie, wir fingieren die Einbeziehung quasi gesetzlich, wenn eine Klausel über einen angemessenen Zeitraum unbestritten angewandt wurde. Für die Vergangenheit, was da passiert ist, das kriegen wir eh nicht gelöst, das ist klar. Für die Zukunft dann möglicherweise schon. Aber was passiert jetzt mit dem Zwischenraum? Jetzt haben wir Verbraucher, die zumindest zu 95 Prozent, wie wir gehört haben, zustimmen, die wieder in einem gültigen Vertragsverhältnis sind, auf beiden Seiten unbestritten. Und jetzt kommt eine Bank mit einer neuen Klausel, die sie möglicherweise ändern muss, macht das über eine Fiktion. Ist die dann zunächst einmal schwedend unwirksam, oder was passiert eigentlich bis dann dieser angemessene Zeitraum eingetreten ist? Das bekomme ich noch nicht so ganz hin. Ansonsten finde ich das sehr interessant.

Zum Zweiten, Frau Mohn, wollte ich Sie noch einmal fragen: Sie haben dargestellt, warum es gerade aus Verbrauchersicht sehr benachteiligend war. Wenn ich Sie richtig verstehe, konnten viele gar nicht sehen, was alles geändert wurde und wie sie einseitig die Bedingung aufgedrückt bekommen haben. Ich frage mich, ob wir hier isoliert ein Problem betrachten, dass es vielleicht auch noch in anderen Bereichen gibt. Es gibt ja noch mehr Dauerschuldverhältnisse im Massengeschäft. Ich sage mal das Stichwort Streamingdienste, die dauernd ihre AGB verändern. Sehen Sie da dieselbe Problematik? Müssten wir da auch gesetzgeberisch was tun, oder ist es eher zulässig, wie dort AGB geändert werden?



**Die Vorsitzende:** Dann kann Axel Müller noch fragen.

**Abg. Axel Müller (CDU/CSU):** Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Dass es eine Einschränkung gibt bei den wesentlichen Vertragsgrundlagen, die nicht über eine Zustimmungsfiktion geändert werden können, dass beinhaltet unser Antrag. Ich habe eine Frage an Frau Mohn als Verbraucherschützerin, eine ganz praktische Frage: Was mache ich denn jetzt? Jetzt habe ich ein Schreiben von einer Bank bekommen, die mir sagt: „Wir nehmen Bezug auf die vorangegangenen Schreiben, in denen wir Sie um die Erteilung Ihrer Zustimmung zu den geänderten Vertragsunterlagen gebeten haben. Damit wir die Geschäftsbeziehung auch in Zukunft führen, erteilen Sie uns bitte zeitnah Ihre Zustimmung zu den neuen Vertragsunterlagen. Falls Sie den Vertragsunterlagen zwischenzeitlich schon zugestimmt haben, betrachten Sie dieses Schreiben bitte als gegenstandslos. Wie können Sie zustimmen? 1. per QR-Code, 2. Legitimation über Geburtsdatum, 3. Sie können auch schriftlich zustimmen.“ Dieses Schreiben muss ich herunterladen. Ich bin Verbraucher, sie sind Verbraucherschützerin. Sie haben gesagt, dass diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbraucherfreundlich ist. Und das ist die Konsequenz aus dieser Rechtsprechung. Ist das jetzt verbraucherfreundlich? Welchen Rat geben Sie mir jetzt, was soll ich tun? Das Konto wird jetzt gekündigt und dann bekomme ich meine Fonds in einer Pappschachtel zugesandt.

**Die Vorsitzende:** Danke schön. Volker Ullrich.

**Abg. Dr. Volker Ullrich (CDU/CSU):** Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine Damen und Herren, ich will zunächst einmal auf die Praxis der verbraucherschützenden Vorschriften rekurrieren. Es gibt solche, bei denen die Verbraucher vor allen Dingen vor überraschenden Klauseln, auch solchen, die wesentliche Vertragsinhalte betreffen, geschützt werden sollen. Das ist auch weiter notwendig. Und es gibt jene, die zumindest in der Laienwertung unter eher belanglose Vor- schriften fallen. Die Frage ist doch, inwieweit durch die Rechtsprechung des BGH nicht auch ein Kostenaufwand entsteht, der dann wiederum auf die Verbraucher umgelegt wird, sodass sich tatsächlich ein preislicher Effekt ergibt, der zumindest aus wirtschaftlicher Sicht die

verbraucherschützenden Normen ein Stück weit konterkariert. Deswegen wäre die Frage an Herrn Professor Schmidberger, inwieweit eine Konzentration der Zustimmungsfiktion auf tatsächlich wesentlich vertragsändernde Inhalte zu einer möglichen Kostenreduktion führen könnte, weil der Arbeitsaufwand dann weniger erheblich wird und wir nur das abbilden, was ohnehin in der Laien- und Verbrauchersphäre entsprechend gewertet wird.

**Die Vorsitzende:** Dann hat Frau Licina-Bode noch einmal das Wort. Sie hatte nur eine Frage gestellt und darf eine weitere Frage in dieser Runde stellen.

**Abg. Luiza Licina-Bode (SPD):** Vielen Dank, Frau Vorsitzende, das mache ich sehr gerne. Und zwar geht meine Frage an Herrn Dr. Heinze vom DAV im Hinblick auf das gerade formulierte Kostenrisiko, das natürlich Kreditinstitute irgendwo auch haben, wenn sie die ganzen Vertragsänderungen mitteilen müssen. Das ist auf der einen Seite natürlich sicherlich ein unternehmerisches Risiko, das der Gesetzgeber jetzt nicht wirklich lösen kann. Meine Frage wäre in dem Zusammenhang eher in die Richtung: Wie sieht das denn aus? Diese Gesetzesänderung, die hier vorgeschlagen wird, hebelt meiner Ansicht nach die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB aus und spricht für eine nicht europakonforme Regelung. Das muss man ja einfach mal im Auge behalten. Wenn wir da den Banken was an die Hand geben wollen, muss es ja europarechtskonform sein. So wie ich die Angelegenheit hier sehe, steht mindestens eine Richtlinie dem entgegen. Das wäre die zweite Frage. Vielen Dank.

**Die Vorsitzende:** Dann hat sich Dr. Krings gemeldet.

**Abg. Dr. Günter Krings (CDU/CSU):** Ich hätte eine Frage, die ich an Herrn Langner und Herrn Schmidberger stellen möchte. Weiß nicht, ob ich es wörtlich zitiere, aber ziemlich nah bin ich hoffentlich dran. Frau Feldhusen hat eben im Nebensatz gesagt, es geht hier um die Rechtslage, die der BGH geschaffen hat. Das hat mich noch einmal zu der Frage gebracht: Wenn wir die einschlägige BGB-Norm de lege artis mit juristischem Handwerkszeug auslegen, müssten wir dann eher davon sprechen, dass unser Antrag die Änderung der Gesetzeslage intendiert oder die



Wiederherstellung der gesetzlichen Geltung? Da würde mich noch einmal eine rechtsdogmatische Einschätzung interessieren, verbunden mit der Frage, ob wir da in Konflikt mit europarechtlichen Vorgaben, wie eben behauptet worden ist, kämen.

**Die Vorsitzende:** Gut. Weitere Fragen liegen mir in der ersten Runde nicht vor. Deshalb beginnen wir jetzt mit der Antwortrunde und da hat als Erster das Wort Professor Schmidberger. Sie hatten Fragen von Dr. Ullrich und von Dr. Krings.

**SV Prof. Dr. Martin Schmidberger:** Danke. Da ging es um die Frage, wie wir eigentlich kleinere Änderungen durchführen und wie wir unwesentliche Änderungen von wesentlichen Änderungen unterscheiden. In der Tat können wir kleinere Änderungen heute schon vornehmen. Das sind Dinge wie Postanschrift ändert sich, Vorstand ändert sich, Portoersatz ändert sich. Was würden wir erwarten in der Zukunft? Natürlich ist der Aufwand, den wir jetzt hier hatten, schon erheblich und am Ende ist es auch etwas, das der Kunde zahlt. Das muss uns auch klar sein. Das sind nun mal Kosten, die anfallen, und die werden am Ende umgelegt. Man würde jetzt in der Situation erwarten, dass es seltener aber größere AGB-Änderungssprünge gibt. Einfach auf Grund des Aufwandes hätte man einmal im Jahr vielleicht einen Lauf, den man durch die Kunden machen und dabei versuchen würde, Dinge zu bündeln. Man muss dazu sagen, das sind ja ohnehin jetzt im Girokonto-Bereich keine ganz großen Beträge, über die wir da reden. Wenn jetzt eine Kontoführungsgebühr von fünf Euro auf sechs Euro im Monat erhöht wird, dann wäre das derzeit komplett zustimmungspflichtig. Wir müssten durch alle zehn Millionen Kunden durchgehen. Man würde es vielleicht seltener tun und dafür größere Sprünge haben. Insgesamt führt das zu steigenden Kosten. Ganz klar.

**Die Vorsitzende:** Herr Dr. Krings, wollen Sie noch einmal nachfragen?

**Abg. Dr. Günter Krings (CDU/CSU):** Die Frage war, ob es um die Wiederherstellung des Gesetzeswortlautes oder wirklich um eine materielle Rechtsänderung aus Ihrer Sicht geht, und wie es mit dem Europarecht aussieht. Da habe ich beide gefragt, Herrn Langner und Herrn Schmidberger.

**SV Prof. Dr. Martin Schmidberger:** Jetzt bin ich kein Jurist, aber was ich auf jeden Fall sagen kann: Wir brauchen eine Lösung, die der Sensibilität des Girokontos gerecht wird, wo eine Kündigung eigentlich nicht wirklich eine Lösung ist. Das unterscheidet uns von einem Netflix-, von einem Zeitungsabo und so weiter. Ein Zustand ohne Girokonto ist vor allem für den Kunden ein Problem. Und das ist, glaube ich, die Besonderheit dieses Produkts, die wir jetzt nicht mehr wiederfinden in der aktuellen Rechtslage.

**Die Vorsitzende:** Es geht weiter mit Frau Mohn. Sie hatten Fragen von Ingmar Jung und von Axel Müller.

**SVe Dorothea Mohn:** Vielen Dank für die beiden Fragen. Sonstige Dauerschuldverhältnisse in anderen Bereichen sind nicht Gegenstand des Antrags, deswegen möchte ich allgemein darauf antworten. Aus Verbrauchersicht ist es grundsätzlich bei allen Verträgen, aber insbesondere bei Zahlungskontenverträgen relevant, dass sich der Verbraucher bei Abschluss des Vertrages darauf einstellen kann, wie dieser Vertrag weiterlaufen wird. Das heißt, er sollte bei Vertragsabschluss erkennen können, nach welchen Maßgaben sich Dinge und auch Preise verändern können. Unser Ansatz ist, dass das in den AGB entsprechend deutlich gemacht wird. Wenn dann darüber hinaus davon abgewichen werden soll, dann entspricht das faktisch einem neuen Vertrag und natürlich muss nach unserem Verständnis dann der Verbraucher entsprechend gefragt werden, ob er dem seine Zustimmung erteilen möchte oder nicht.

Die zweite Frage von Herrn Müller, der ein Beispiel einer Bankenkommunikation vorgetragen hat: Dazu möchte ich sagen, dass wir auf Einladung der Bundesregierung eine Runde mit allen Bankenverbänden hatten, und da wurde deutlich, dass die Zustimmungsquoten der Kunden tatsächlich von Bankengruppe zu Bankengruppe stark variiert haben. Es gab Banken mit sehr hohen Zustimmungen und Banken mit schlechten. Und ich glaube, es ist sehr relevant dahin zuschauen, wie die Kundenkommunikation aussieht. Ich gehe davon aus, dass es gute Kundenkommunikation gibt, mit der man dem Kunden sehr gut erklären kann, was jetzt erfolgen soll, und es gibt sicherlich, und da haben Sie,



glaube ich, ein gutes Beispiel gefunden, schlechte Kundenkommunikation. Da liegt natürlich ein relevanter Spielraum der Banken, in verständlicher Weise mit ihren Kunden zu kommunizieren, und da wird es Bankengruppen geben, bei denen Luft nach oben ist. Vielen Dank.

**Die Vorsitzende:** Es geht jetzt weiter mit Professor Langner. Sie hatten eine Frage nach der Rechtsdogmatik von Dr. Krings.

**SV Prof. Dr. Olaf Langner:** Vielen Dank für die Frage. Ich muss ein wenig ausholen. Ich hatte jetzt schon die Klauselrichtlinie aus dem Jahr 1993 zitiert, in der explizit AGB-Änderungsmechanismen erlaubt sind. Das ist erst einmal der Ausgangspunkt. Herr Hartmann hat gesagt, seit 70 Jahren wird dieser Mechanismus schon genutzt. 1993 hat man sich eben überlegt, den müssen wir auch auf europarechtlicher Ebene legalisieren. Das hat man 1993 gemacht. 2015 gab es die zweite Zahlungsdiensterichtlinie. Da hat sich der Gesetzgeber wiederum gesagt: Jetzt machen wir es noch enger. Wir machen ganz klar, was geht und was nicht geht. Das wurde dann vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt mit dem klaren Ziel, das kann man ja in der Gesetzesbegründung nachlesen, den Änderungsmechanismus zu ermöglichen, auf gesetzliche Basis zu setzen. Jetzt hat der BGH schon etwas Spannendes gemacht: Er hat ein Gesetz, den § 675g am § 307 BGB gemessen. Da gibt es eine kritische Diskussion in der Literatur dazu, aber es ist schon atemberaubend. Tatsächlich wird durch den Antrag der jetzt vorliegt, genauso durch den DK-Antrag, einfach nur das wiederhergestellt, was im § 675g BGB ja ohnehin drin steht. Nichts anderes passiert. Man muss noch sagen, der Antrag spezifiziert den Anwendungsbereich des AGB-Änderungsmechanismus noch konkreter und sagt: Jeder Vertragseingriff, der den Vertrag ändert, ist nicht erlaubt. Unseres Erachtens war das vorher auch schon der Fall. Insofern, ist Ja die Antwort. Genau das passiert. Es wird einfach nur noch einmal klargestellt, dass das, was schon vorher Gesetz war, auch jetzt Gesetz sein sollte.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank. Dann hatte Frau Professorin Langenbucher zwei Fragen von Dr. Lieb.

**SVe Prof. Dr. Katja Langenbucher:** Die erste Frage betraf den § 307 BGB und ob man das globalgalaktisch anpassen sollte. Meines Erachtens ist die Antwort darauf Ja. Denn der § 307 Absatz 3 BGB hat schon in der Vergangenheit zu ganz anderer Rechtsprechung des BGH geführt, Beispiel Energielieferungsverträge. Zu Dauerschuldverhältnissen passt der schlicht und einfach nicht. Warum passt er nicht? Nicht, dass man beim ersten Vertragsschluss Preis- und charakteristische Hauptleistungspflichten der Kontrolle durch den Richter entziehen soll. Das ist klar und fein. Er passt nicht mit Blick auf Änderungen. Man mag da sagen, das Girokonto hat eine besondere Stellung. Ganz anders ist es bei den Energielieferverträgen aber vielleicht auch nicht. Da mag man sich über differenzierende Lösungen Gedanken machen. Und mit Blick auf den EuGH: Auch der EuGH hat ausdrücklich gesagt, dass für Änderungen die Klauselrichtlinie insoweit nicht passt.

Zur zweiten Frage von Herrn Lieb: wie soll denn so ein Modell dann aussehen, wenn man tatsächlich den § 307 Absatz 3 BGB anfasst? Da schien mir am Antrag der CDU/CSU nicht ganz überzeugend, den § 675g BGB als Leitbild zu übernehmen. Ich will da in den Streit gar nicht mehr einsteigen, ob das jetzt gemeint war mit dem Wortlaut des § 675g BGB – jedenfalls nach der EuGH-Entscheidung ist das meines Erachtens nicht mehr haltbar. Der EuGH hat klar gesagt, die Klauselrichtlinie gilt daneben, und die PSD2 sagt, wenn in einem Mitgliedstaat eine solche Zustimmungsfiktion überhaupt gilt, dann muss Transparenz hergestellt werden. Die europarechtlichen Vorgaben zur Klauselrichtlinie kamen auch schon zur Sprache mit den Besonderheiten für die Finanzdienstleister. Ich habe die in meiner Fußnote 76 aufgelistet. Klar ist aber natürlich, dass die Klauselrichtlinie mindestharmonisierend ist. Und derzeit jedenfalls geht Deutschland darüber hinaus. Das soll nicht heißen, dass man nicht darüber sprechen kann, ob man den derzeit gewährten Rahmen wieder zurückschneidet, aber das wäre noch einmal eine andere Frage. Meines Erachtens ist die Kontrollblockadewirkung, das heißt also die Einschränkung der Inhaltskontrolle durch eine Zustimmungsfiktion, sachlich nicht geboten, anders als die Einführung der neuen



Klausel im Wege einer Zustimmungsfiktion. Mir scheint diese Unterscheidung wirklich grundlegend zu sein.

Ich habe mir eben noch einmal die BGH-Rechtsprechung zu Energielieferverträgen runtergezogen, dann gibt es auch die Internetstreaming-Dienste und so weiter. Das Gericht spricht davon, keine grundlegende Umgestaltung des ursprünglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses zuzulassen. Ich zitiere: Für den Vertragspartner müssen nachvollziehbar Voraussetzungen und Umfang der Preisänderung klargestellt werden. Es darf kein unbeschränktes Recht zur Preiserhöhung geben. Weitere Zitate: keinen unkontrollierten Spielraum für den Verwender mit Blick auf Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung; Anlass und Umfang konkretisieren; keine nachträgliche Erhöhung der Gewinnspanne.“ Alles Zitate aus der BGH-Rechtsprechung. Ich glaube, das gibt einem Gesetzgeber ziemlich handfeste Kriterien dafür vor, wie man einen solchen § 307 BGB formulieren könnte. Noch einmal der ergänzende Hinweis auf das Positionspapier, das von gut 30 Wissenschaftlern unterzeichnet wurde. Auch hier bitte der Hinweis, es stammt nicht aus meiner Feder, sondern von Kollegen. Dort wird noch einmal auf ein Marktmodell verwiesen, das heißt, man könnte bezogen auf den Preis und charakteristische Hauptleistungspflichten eventuell sagen, was im Neugeschäft als angemessen gilt. Es muss natürlich auch gegenüber Bestandskunden für angemessen gehalten werden.

**Die Vorsitzende:** Vielen Dank, Frau Professorin Langenbucher. Bei uns geht es weiter mit Dr. Heinze. Sie haben zwei Fragen von Frau Licina-Bode und eine von Herrn Jung.

(Vorsitzwechsel an den stellvertretenden Vorsitzenden, Dr. Thorsten Lieb)

**SV Dr. Stephan Heinze:** Vielen Dank. Ich würde die Fragen im Zusammenhang beantworten, weil sich das ganz gut fügt, glaube ich. Also, wozu sollte man hier als Gesetzgeber über eine ergänzende Regelung nachdenken? Nun, die Antwort liefert der § 675g BGB selbst. Er redet nämlich als Umsetzungsgesetz von PSD2 von „soweit vereinbart“. Das heißt, wir brauchen im ersten Schritt in jedem Fall eine Vereinbarung

eines Änderungsmechanismus. An der fehlt es nach der Rechtsprechung des BGH, weil die bisherige Regelung unwirksam ist. Nun könnte man sagen, dann sollen die Kreditinstitute eine solche Vereinbarung treffen und die müsste halt den Anforderungen genügen. Sie müsste sich also auf nicht wesentliche Änderungen beziehen. Löst das aber das Problem? Ich meine Nein, und das führt jetzt zu dem Regelungsbedürfnis hin. Der BGH grenzt nach unbestimmten Rechtsbegriffen ab. Das heißt, wir müssen hier unterscheiden, was eine wesentliche Änderung und was eine unwesentliche Änderung ist. Diese Entscheidung treffen die Vertragsparteien in dem Moment, indem sie eine Vertragsänderung über den Mechanismus oder eben außerhalb des Mechanismus laufen lassen. Sie können sich aber naturgemäß irren. Hier setzt sozusagen unsere Lösung an. Wie gehen wir mit einem möglichen Irrtum um? Es ist schon mehrfach in der Runde die Rechtsprechung des 8. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes erwähnt worden, die zu Energielieferverträgen ergangen ist. Dort wird unter anderem auch gesagt, nach Jahr und Tag soll es einer Vertragspartei, zu einer Klausel, die praktiziert wird, die nicht beanstandet wurde, wo der Kunde nicht Nein gesagt hat, nicht widersprochen hat, nicht aktiv Ja gesagt hat – das sind ja die Vorfragen, die sich schon aus dem Gesetz ergeben, die als Hürden überwunden werden –, sondern wo der Kunde sich, wie ich das formuliere, rational apathisch verhält und nichts tut, nicht mehr gestattet sein, zu sagen: „Die Klausel hat eine wesentliche Vertragsänderung herbeigeführt, liebes Kreditinstitut, du hast dich geirrt.“ Eine solche Regelung ist natürlich der Disposition der Parteien entzogen, und daraus resultiert der gesetzgeberische Regelungsbedarf den man hat, indem man nämlich sagt: Wenn eine Klausel eine gewisse Zeit angewandt worden ist und nicht beanstandet wurde, dann soll man sich auf einen Fehler bei der Anwendung des Änderungsmechanismus nicht mehr berufen können. Was aber bleibt, und das ist entscheidend, ist die Inhaltskontrolle einer solchen dann nicht mehr als einbezogen geltenden Vertragsänderung. Diese Inhaltskontrolle muss auch bleiben – ich meine, da geht vielleicht der Antrag der CDU/CSU etwas zu weit –, denn jedenfalls im Verhältnis zu Verbrauchern haben wir natürlich die Klauselrichtlinie und die



sagt in Artikel 3, wir können nur nach Treu und Glauben angemessene Bedingungen vereinbaren. Dieses Recht, das auch vor dem 27. April 2021 galt, dieses Recht ist Hoheitsgebiet der Rechtsprechung. Das hat auch gut funktioniert über Dekaden, sodass es meines Erachtens nur um die Frage gehen kann: Kommt man zu einer Einbeziehungsifiktion oder nicht? Was passiert in der Zwischenzeit? Naja, sie müssen halt den gewissen Zeitraum definieren, den sie überstehen müssen. Aus praktischer Sicht hätte ich gesagt, ist ein halbes Jahr bis ein Jahr ein angemessener Zeitraum, in dem sich zeigen dürfte, ob eine Klausel hält, ob sie von den Kunden praktisch akzeptiert wird. Der Kunde sieht ja was passiert, wenn zum Beispiel eine Preisanpassung in irgendeinem Punkt erfolgt. Das sieht er ja. Und er kann sich die Frage stellen: Ist das in Ordnung oder nicht? Und er kann auch seine Rechte wahrnehmen. Eine gewisse Zeitspanne muss man ja auch nach der Rechtsprechung aushalten. Daran setzt man an.

Jetzt zum Schluss: Was wäre, wenn man nichts täte? Naja, wenn man nichts täte, habe ich ja das Problem nicht gelöst, nämlich das des unbestimmten Rechtsbegriffes. Und was wird der Verwender tun? Er wird den sicheren Weg beschreiten. Den sicheren Weg haben wir heute schon zweimal gehört. Die Ultima Ratio ist, dass wenn man die Zustimmung des Kunden nicht erlangen kann, er gekündigt wird. Er verliert also ein ganz wichtiges Instrument für den Alltag, nämlich ein Konto. Oder aber, so wie es auch praktiziert wird, das Postbank-Modell, man beginnt mit der Kündigung. Man kündigt einfach die Geschäftsverbindung, das nennt sich Änderungskündigung, und verbindet das mit einem Angebot auf Neuabschluss eines Zahlungsdiensterahmenvertrages zu geänderten Bedingungen. Da kann der Kunde Ja sagen, er kann Nein sagen. Wenn er Nein sagt, ist er raus. Wenn er nichts tut, schweigt, keine Willenserklärung abgibt, ist er auch raus. Er verliert auch sein Konto. Deswegen mag das Modell zwar funktionieren, es ist aber meines Erachtens keine Lösung, weil es nämlich nicht im Kundeninteresse liegt. Und eigentlich auch nicht im Bankeninteresse, weil die ja ihren Kunden nicht verlieren, sondern ihn behalten will.

Der stellvertretende Vorsitzende **Dr. Thorsten Lieb**: Vielen herzlichen Dank, Herr Dr. Heinze. Dann hat jetzt Frau Professorin Feldhusen das Wort auf zwei Fragen von Herrn Dr. Steffen. Bitte sehr.

**SVe Prof. Dr. Claire Feldhusen:** Ich würde gerne noch einmal kurz klarstellen: Zustimmungsfiktionsklauseln sind möglich. Die Rechtslage hat sich auch nicht geändert. Der BGH hat gesagt, sie sollen nicht mehr unbegrenzt möglich sein. Ich bin nun natürlich nicht blind und habe auch verstanden, dass die Unsicherheit für Banken darin besteht, wie sie denn ihre AGB formulieren. Das ist ja hier auch schon angeklungen. Was kann man ändern? Aus der Kreditwirtschaft kam ein Vorschlag, der explizit die Neueinführung von Entgelten ausschließt. Das heißt, dieser Vorschlag würde sich begrenzen auf Vertragsänderungen, also alles das, was in den AGB steht. Ich frage mich nun, warum lassen sich Einschränkungen denn in AGB dann nicht konkretisieren, wenn alles schon da ist, das geändert werden kann?

Ich bin aber nicht dazu gefragt worden, sondern vielmehr zu den Wirkungen. Ich frage mich, was passiert eigentlich, wenn man vor einem französischen Gericht klagt und dieses die Missbräuchlichkeit einer solchen Klausel feststellt. Wie würde man dann hier damit umgehen? Ich hätte mir im Vorfeld gewünscht, dass es einen Rechtsvergleich gibt. Mir fehlt nämlich in diesem harmonisierten Bereich die Überlegung, wie wir eigentlich wirklich dahin kommen, was die PSD2 möchte. Die möchte im Bereich des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs, dass wir uns mit den anderen Mitgliedstaaten abstimmen. Und angedacht ist im Moment eine Diskussion, die womöglich auch in den anderen Mitgliedstaaten stattfindet, die aber hier noch nicht angekommen ist und wo auch kein Austausch stattfindet. Ich finde das gefährlich, wenn man hier einen eigenen Weg geht. Für die Preisanpassung selbst haben wir ja Vorschriften. § 675f Absatz 5 BGB sagt ganz klar, dass nur am Aufwand bemessene Entgelte zulässig sind. Eine Nachjustierung in § 307 BGB halte ich für ein bisschen gefährlich, um das auszugleichen. Vielleicht das zu meiner Antwort auf die Frage, welche Wirkung das haben könnte.



Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Frau Professorin Feldhusen. Dann sind wir mit der ersten Fragerunde am Ende und steigen in die zweite Runde ein. Dazu liegen hier auch schon Wortmeldungen vor. Der Kollege Jung hat das Wort.

Abg. **Ingmar Jung** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich will noch einmal auf das von Herrn Dr. Heinze vorgeschlagene Modell eingehen und würde mir jetzt erlauben, Herrn Hartmann und Herrn Professor Langner dazu zu fragen. Vielen Dank für die Ausführungen. Ich gebe zu, ich hatte einen längeren Zeitraum befürchtet, als ich eben fragte. Ein halbes bis ein Jahr scheint mir ein Zeitraum zu sein, der noch händelbar ist. Jetzt würde mich interessieren: Einfach so durch konkludentes Handeln, wenn man das vereinbart, würde es ja wohl nicht reichen. Ein halbes Jahr oder ein dreiviertel Jahr oder ein Jahr, das scheint mir für die Praxis, wenn man danach Rechtssicherheit hat, vielleicht noch akzeptabel. Deswegen würde mich interessieren, Herr Hartmann und Herr Professor Langner, wäre das etwas, bei dem Sie sagen würden, es ist auch eine Lösung? Wie würde Sie da die Rechtssicherheit einschätzen? Glauben Sie, dass das ein Model wäre, das am Ende hält, oder sehen Sie eine Gefahr, dass die Gerichte uns dann sagen, das ist quasi doch nur konkludentes Handeln über einen längeren Zeitraum, und das hält am Ende dann möglicherweise doch nicht?

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kollege Jung. Markus Herbrand hat dann das Wort. Bitte.

Abg. **Markus Herbrand** (FDP): Vielen Dank, Herr Vorsitzender, vielen Dank liebe Kolleginnen und Kollegen, dass ich hier in diesem Ausschuss zu Gast sein darf. Ich bin kein Jurist und kein Rechtspolitiker, aber Verbraucher- und Finanzpolitiker und als Finanzpolitiker haben wir natürlich auch mit diesem Bereich zu tun. Ich hätte zunächst eine weiterführende Frage an Frau Professorin Feldhusen. Sie sprachen eben davon, es sei gefährlich, den § 307 Absatz 3 BGB nachzubessern. Könnten Sie das noch einmal etwas präzisieren? Aus meiner Sicht ist das ein sehr pragmatischer Vorschlag, der da unterbreitet wird. Vielleicht habe ich Ihre Argumente da nicht ganz verstanden. An Herrn Hartmann hätte ich stehen lassen die Frage, was die Nachschärfung

des § 307 Absatz 3 BGB angeht. Wie schätzen Sie das insgesamt ein, könnten Sie mit dieser Lösung gut leben? Das ist die erste Frage, die ich hätte.

Die zweite Frage: Könnten Sie uns noch einmal kennzeichnen, welcher Aufwand derzeit damit verbunden ist, wie die derzeitige Regelung ist? Könnten Sie auch darauf eingehen, ob die Kunden tatsächlich heute und aktuell besser geschützt sind, wenn sie auf uralte AGB zurückfallen oder gar ihr Konto verlieren? Ist das aus Ihrer Sicht pragmatischer Verbraucherschutz? Das wären meine Fragen insgesamt, die anderen sind schon gestellt. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kollege Herbrand. Dann hat Axel Müller die nächste Frage. Bitte sehr.

Abg. **Axel Müller** (CDU/CSU): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich habe noch eine Frage an Herrn Hartmann. Wir haben ja in unserem Antrag Einschränkungen vorgenommen, was möglich ist und was nicht möglich ist. Deshalb aus Sicht der Banken bitte eine Aussage dazu, was Sie denn für wesentliche Änderungen oder nicht so wesentliche Änderungen erachten, um einen Maßstab zu finden, der sich dann vielleicht im Konsens aller Beteiligten wiederfindet. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Herr Kollege Müller. Dann haben wir noch eine Meldung von Frau Kollegin Licina-Bode. Bitte sehr.

Abg. **Luiza Licina-Bode** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine erste Frage in dieser Runde geht an Frau Mohn. Zwei Jahre sind seit dem BGH-Urteil schon vergangen und zwei Jahre lang hatten die Banken Zeit, das Ganze umzusetzen. In Anbetracht der geschilderten Situation, wenn Sie als Verbraucherzentrale jetzt einen Lagebericht machen müssten, wie sieht das aus Ihrer Sicht aus, ist die Umsetzung gelungen? Sehen Sie diesen Änderungsbedarf auf Grundlage des Antrages?

Die zweite Frage würde ich mal in die Runde stellen. Wir haben ja einen ganz interessanten Vorschlag von Herrn Dr. Heinze. Vielleicht mag jemand mal ganz kurz dazu was sagen. Ich gehe davon aus, dass die Europarechtskonformität im Hinblick auf die im CDU/CSU-Antrag angestrebte



Regelung eher schwierig ist. Wie wäre es dann mit dieser Kompromisslösung? Vielleicht kann Frau Professorin Katja Langenbucher oder jemand anderes da spontan etwas zu sagen. Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank. Weitere Fragen liegen im Augenblick nicht vor. Dann gehen wir in der zweiten Antwortrunde wieder in alphabetischer Reihenfolge vor. Frau Professorin Feldhusen hat als Erste die Gelegenheit, auf die Frage von Markus Herbrand zu antworten. Bitte sehr.

**SVe Prof. Dr. Claire Feldhusen:** Im Moment sprechen wir ja nur über Zahlungsdiensterahmenverträge. Wenn wir an § 307 Absatz 3 BGB herumdoktern, dann erwischen wir sämtliche Verträge. Wir erwischen Mietverträge, Bürgschaftsverträge, Darlehensverträge, Kaufverträge mit Ratenzahlungsoption, Bezugsverträge, Reiseverträge, Telefonverträge, Kapitalanlageverträge. Wir erwischen sie dann irgendwie alle. Ist die Reichweite jetzt schon so geprüft, dass wir einen Missbrauch in diesem Bereich auf jeden Fall ausschließen können, sodass wir mit dieser Nachjustierung den Gerichten vorgeben, wie sie zu entscheiden haben? Ich finde das gefährlich.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Vielen Dank, Frau Professorin Feldhusen. Dann geht es weiter mit Herrn Hartmann. Es gibt drei Fragen von Herrn Jung, Herrn Herbrand und von Herrn Axel Müller. Sie haben das Wort. Bitte sehr.

**SV Wulf Hartmann:** Vielen Dank für die Fragen. Ich versuche mal, nach und nach abzuarbeiten. Es geht erst einmal um den Vorschlag von Herrn Dr. Heinze, wie wir den als Kreditwirtschaft beurteilen. Ich glaube, das Wichtigste ist erst einmal, dass das Problem anerkannt wird. Das wäre auch ein wesentliches Ergebnis, wo man wirklich in der Problemanalyse sagt, das ist heute kein guter Zustand. Das ist ja auch in mehreren Fragen zum Ausdruck gekommen, und das ist auch ein Lösungsweg, den Herr Dr. Heinze hier beschreibt. Richtig ist, dass natürlich der § 307 BGB breiter wirkt als unser Vorschlag. Warum hatten wir den § 675g BGB favorisiert? Wir, als Kreditwirtschaft, haben erst einmal das Problem und das ist auch der Ansatzpunkt, wie Herr Professor Langner schon erläutert hatte, dass wir da ein Leitbild haben. Das war eigentlich unsere

Idee. Hier im Raum schwirrt auch immer so ein bisschen herum, es gebe gar keine Inhaltskontrolle mehr. Das ist nicht zutreffend. Das ist wirklich nicht zutreffend, ich muss das unterstreichen. Wir beschreiben im Grunde genommen einen Korridor, wann diese vertraglich vereinbarten Zustimmungsfiktionsklauseln – völlig richtig, die sind immer zu vereinbaren – kontrollfähig und wann nicht kontrollfähig sind. Und wir setzen besondere Schranken, das ist ja auch angesprochen worden. Diese Schranken sind gerichtlich überprüfbar. Wenn also eine Vertragsfiktionsklausel, die vereinbart worden ist, nicht diese Schranken einhält, kann das jedes Gericht überprüfen. Also, dieser Vorwurf nach dem Motto Carte blanche, der stimmt so nicht. Der zweite Punkt ist zwar ein wichtiger Punkt, und das fand ich auch bei Frau Professorin Langenbucher in den Erläuterungen, aber dieser Abgleich zwischen Neukunden und Bestandskunden: Wir wollen eigentlich einen Gleichlauf, wir wollen einen Gleichlauf sogar bei der Inhaltskontrolle. Wenn wir eine schlechte Klausel einführen sollten, unzulässige Haftungsbegrenzung hatten Sie erwähnt, gilt da natürlich eine Inhaltskontrolle sowohl im Neu- als auch im Bestandskundengeschäft. Das wird durch die Lösung nicht abgeschnitten. Wenn eine Klausel schlecht ist, kann sie jeder Richter überprüfen. Sie machen nur nicht, und da bin ich wieder bei Herrn Dr. Heinze, diese Kernschmelzen. Das ist genau das, was Herr Heinze beschreibt. Wir haben mit dem BGH-Urteil als Kreditwirtschaft ein Worst-Case-Szenario gehabt. Bis 1977 sind alle AGB-Änderungen ungültig, egal was für eine Qualität die inhaltlich gehabt haben. Die Texte müssten wunderbar gewesen sein. Herr Herbrand, Sie hatten das gerade angesprochen, ist das Klausel-Niveau 1977 schlechter gewesen? Vielleicht, aber da gab es auch schon AGB-Recht. Ich bin jetzt schon über 20 Jahre beim Verband und wir haben natürlich kontinuierlich versucht, unsere AGB so zu gestalten, dass sie auch gerichtsfest sind. Ungebührliche Haftungsklauseln machen wir nicht mehr. Die gab es vielleicht noch 1977. Das ist wieder der Gedanke, der auch bei Herrn Dr. Heinze durchspringt. Die Frage ist, wie weit so etwas zurückgeht – das ist natürlich das Risiko der abstrakten Inhaltskontrolle, die der BGH vorgenommen hat. Das Verjährungsrecht hat da bisher nicht geholfen. Das läuft leer. Das



Einige, was einem bleibt, ist im Grunde genommen die Rechtskonstruktion, die der 8. Zivilsenat des BGH bei den Energiepreisen gewählt hat, weil die gesagt haben, irgendwann muss auch mal Rechtsfrieden sein. Mit Verjährungsrecht können wir das nicht machen. Wir machen praktisch eine ergänzende Vertragsauslegung, so ist ja das Modell. Und das kann man natürlich auch für alle in Gesetzesform gießen. Irgendwann ist mal Frieden. Dieses Irrtumsrisiko, das Sie beschrieben haben, das ist natürlich da. Mit einer § 307 BGB-Anpassung könnten wir auch leben.

Wie ist die derzeitige AGB-Banken-Regelung? Hat auch Frau Feldhusen angesprochen. Richtig ist, dass wir in Folge des BGH-Urteils natürlich die unzulässigen Klauseln streichen mussten. Sonst hätte ein hohes Abmahnrisiko bestanden. Wir haben natürlich überlegt, ob es ein Nachfolgemodell gibt. Ich habe persönlich an diesen Diskussionen mitgewirkt und wir hätten uns gewünscht, wir hätten ein breiteres Nachfolgemodell etablieren können. Sie haben gefragt, warum es keine Preisänderungsklausel mehr wie Nummer 12 Absatz 5 AGB-Banken gibt. Der BGH hat uns schlichtweg durch seine Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten den Weg verbaut und praktisch angemessene Entgeltanpassungen ausgehebelt. § 675f BGB haben Sie erwähnt. Das sind Nebenentgelte, Benachrichtigungsentgelte, wenn eine Überweisung nicht funktioniert, kostenbasierte Entgelte. Die Kostenlage kann sich ändern. Wir haben aber derzeit nicht den Weg, über den Zustimmungsfaktionsmechanismus zu gehen. Und da sind wir auch bei Herrn Professor Schmidberger: riesiger Aufwand. Ich muss die ausdrückliche Zustimmung auch für so eine Petitesse einholen. Bei den sogenannten Textänderungen, wenn sie sich heute die Nummer 1 Absatz 2 AGB-Banken anschauen, ist es deutlich länger geworden, es ist deutlich mehr zu schreiben, es sind viele, sage ich mal, Angstklauseln drin, weil wir natürlich die Befürchtung hatten, dass uns das relativ schnell wieder um die Ohren fliegt, wenn wir nicht genau die Punkte aus dem BGH-Urteil abschreiben. Das Einige, was wir dort schaffen, ist ein Änderungsmechanismus, wo im Grunde genommen der auslösende Faktor die Rechtsänderung ist. Gesetz, Rechtsprechung,

vielleicht sogar ein anderes Aufsichtsrecht. Das ist total eng und entspricht nicht der Lebenswirklichkeit. Deswegen komme ich auch zu der Frage, wie die Abgrenzung von Haupt- und Nebenleistung ist. Das sind Steine statt Brot, was der BGH da aufgeschrieben hat. Das Leben ist anders. Wir haben ja auch Regelbeispiele an unsere Stellungnahme angefügt. Ich sage Ihnen mal ganz klassische Beispiele, die Sie alle erlebt haben. Einführung des SEPA-Zahlungsverkehrs – ich mache auch ganz viel Zahlungsverkehr bei uns –, Etablierung der SEPA-Basislastschriftbedingungen, eine Ergänzung des bisherigen Produktpportfolios einer Bank – wohl eine Hauptleistung. Haben wir damals über den Änderungsmechanismus auch etabliert, es gab gar keine Widersprüche. Leute nutzen gern die SEPA-Lastschrift und der BGH hat sogar in einer Entscheidung von 2010 nicht ausdrücklich, aber inzident gesagt: So müsst ihr das machen, damit ihr es im Massenkundengeschäft überhaupt geregelt bekommt. Oder nehmen wir mal die Ergänzung von Dienstleistungen im Girocard-Bereich: Die NFC-Funktion kennen Sie, Nahfeldkommunikation in Corona-Zeiten ganz wichtig. Oder die digitale Girocard. Das sind alles Dinge, wo wir meinen, dass wir das über die Zustimmungsfaktionslösung einführen können. Wenn der Kunde es nicht mag, nutzt er es nicht oder lehnt es ausdrücklich ab. Aber ausdrücklich die Zustimmung zu einer Dienstleistungsverbreiterung, zu einer Qualitätsverbesserung einzuholen, ist eigentlich etwas schräg. Der Blick nach vorne, Echtzeit-Überweisungen, das „New Normal“ – gerade auf europäischer Ebene verhandelt –, auch da werden wir die Überweisungsbedingungen ergänzen müssen. Müssen wir dazu die ausdrückliche Zustimmung eines Kunden einholen? Ich muss sagen, das ist unnötig in Anbetracht von Aufwand und Nutzen und Kundenerwartung. Der Kunde ist generell, wenn er ausdrückliche Einwilligungen dazu abgeben muss. Das ist unser Feedback, das wir bekommen haben, und ich glaube, das kann man mit unserem Weg vermeiden. Zu sagen, es gibt gar keine Inhaltskontrolle mehr, ist nicht richtig, glaube ich.

Ich versuche jetzt noch einmal kurz zu schauen, die Regelbeispiele habe ich dargelegt. Die Einschränkungen, die Schranken die wir beschrieben haben, sind möglich. Vielleicht da



noch einmal ganz zuletzt: Wir haben immer noch ein Risiko mit der Norm, dass wir, und das hat Herr Dr. Heinze ja auch betont, praktisch nicht richtig abgrenzen. Dann kann das Gericht auch diese vertragliche Zustimmungsfiktionsklausel kassieren, um das mal so klar zu sagen. Danke.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Herr Hartmann. Dann ist als Nächste Frau Professorin Langenbucher auch auf eine Frage von Frau Licina-Bode hin dran. Bitte sehr, Sie haben das Wort.

**SV Prof. Dr. Katja Langenbucher**: Vielen Dank. Zum einen die Stellungnahme zum Vorschlag von Herrn Heinze: In 50 Prozent stimmt der Vorschlag mit dem überein, was auch ich selbst für richtig halte, nämlich dass man es ermöglicht, eine Einbeziehungslösung gesetzlich festzuschreiben. Was am Vorschlag von Herrn Heinze von meinem eigenen Vorschlag abweicht, ist die Inhaltskontrolle. Er sagt zwar, mit seinem Vorschlag sei eine Inhaltskontrolle ohne weiteres möglich, aber das Problem ist ja, dass § 307 Absatz 3 BGB genau diese Inhaltskontrolle für Preis- und charakteristische Hauptleistungspflicht abschneidet. Genau darin liegt ja das Problem des BGH, weswegen er dieses Argument in seiner Entscheidung zurückgewiesen hat. Das halte ich in der Sache für richtig. Aus diesem Grund mein Vorschlag, § 307 Absatz 3 BGB anzupassen. Gerade eben noch ein Beispiel, das verwendet wurde mit Blick auf die Einführung neuer Angebote, zum Beispiel Near-Field-Communication: Lustigerweise war ja genau das unter anderem der Anlass für die EuGH-Vorlage des österreichischen Gerichts. Wenn nur etwas positives Neues eingeführt wird, ist das fein. Wenn damit aber eine angepasste Haftung eingeführt wird – in Deutschland ist die gesetzlich sowieso unzulässig, aber in Österreich wurde eine Haftungsregelung damit eingeführt –, dann ist es natürlich nicht so einfach. Dann muss man sagen, naja, vielleicht ist der neue Dienst in Ordnung, aber die Haftung müssen wir trotzdem separat beurteilen und deswegen auch eine Inhaltskontrolle durchführen können.

Dann hat Frau Kollegin Feldhusen die Rechtsvergleichung angesprochen. Ich habe mich im Vorfeld aus der Bankenwirtschaft erkundigt und kann hier Folgendes zum Besten geben – nicht meine eigene Recherche, sondern eine aus

der Bankenwirtschaft eingeholte Recherche: In den Niederlanden, Belgien und Rumänien bestehen im Wesentlichen die gleichen Bedingungen, die wir vor dem Gerichtsurteil in Deutschland hatten. In Belgien müssen die Preisänderungen zwei Monate im Voraus kommuniziert werden. In Polen darf eine Bank Gebühren nur dann erhöhen, wenn bestimmte Bedingungen im Vertrag mit dem Kunden erfüllt sind, sogenannte wichtige Gründe. Das können dann zum Beispiel Anstieg der Inflationsrate, regulatorische Änderungen und Ähnliches sein, die Erhöhung darf nicht mehr als 200 Prozent betragen und die Bank muss ihre Kunden zwei Monate vorher informieren. In Italien bedarf es zur Änderung der Preise grundsätzlich der ausdrücklichen Zustimmung des Kunden. Einseitige Preisänderungen können nur vorgenommen werden, wenn ein berechtigter Grund vorliegt und das im Vertrag so vereinbart ist. In Spanien müssen Gebührenanpassungen zwei Monate im Voraus angekündigt werden. Der Kunde hat in dieser Zeit ein Sonderkündigungsrecht. Also auch nicht ganz anders als bei uns. Macht der Kunde davon keinen Gebrauch, gilt die Änderung als angenommen. Diese Rechtsvergleichung finde ich auch immer gut, wenn man die durchführt. Hier nur die Antwort darauf, was ich in diesem Zusammenhang hören durfte.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank. Dann hat als Nächster Herr Dr. Langner das Wort auf die Frage von Herrn Jung.

**SV Prof. Dr. Olaf Langner**: Vielen Dank. Die Frage war ja, wie wir zu dem Vorschlag von Herrn Heinze stehen. Vielleicht darf ich ihn erst einmal qualifizieren: Der Vorschlag ist weitergehend als der Vorschlag, den Sie eingebracht haben, sodass wir den Vorschlag gut finden. Der gibt uns ja mehr als das, was Sie jetzt vorgeschlagen haben. Insofern könnten wir dem zustimmen. Der einzige Unterschied sind die sechs Monate zu den zwei Monaten, die wir jetzt haben, aber da würden wir mitgehen. Ganz einfach. So wie ich den Vorschlag verstehe, ist der Änderungsmechanismus als solches akzeptiert und jede Änderung, die wir darüber eingespielt haben, ist nach sechs Monaten wirksam. Allerdings besteht eine Inhaltskontrolle. Aber das ist kein Unterschied zu Ihrem Vorschlag, weil die besteht bei Ihnen ja auch. Das wird hier,



ich weiß nicht wieso, immer missverstanden, aber Ihr Vorschlag schließt eine Inhaltskontrolle der über den AGB-Änderungsmechanismus eingeführten Regeln keinesfalls aus. Es wird hier so getan, als ob das so wäre, ist aber nicht so. Hier steht jetzt ausdrücklich drin, dass die Inhaltskontrolle eröffnet ist. Gut, kann man machen, dagegen würde sich keiner wehren. Natürlich sollen die über den AGB-Änderungsmechanismus eingeführten Klauseln, wie zuvor auch, der gerichtlichen Kontrolle unterliegen. Insofern könnten wir das mitmachen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Langner. Dann bitte ich Frau Mohn um die Beantwortung der Fragen von Frau Licina-Bode. Bitte sehr.

SVe **Dorothea Mohn**: Vielen Dank für die Frage nach der Lage von Verbrauchern. Hierzu ist zu sagen, dass einige Banken und insbesondere Sparkassen recht medienwirksam darauf aufmerksam gemacht haben, dass sie Massenkündigungen ausgesprochen haben. Hier lohnt sich ein genauerer Blick auf die Situation, denn wichtig ist natürlich erst einmal zu sagen, dass nicht jedes Kündigungsschreiben auch tatsächlich zu einer Kündigung des Kontos führt. Hier ist zu differenzieren. Zum einen haben sehr viele Banken die Änderungskündigung mit dem Angebot verbunden, der Änderung doch noch zuzustimmen. In dem Moment nimmt die Bank ihre Kündigung zurück. Andererseits muss man natürlich auch davon ausgehen, dass Verbraucher ganz bewusst nicht zugestimmt haben und damit eine Kündigung letztendlich wollen, weil sie schon längst in Bewegung sind, sich ein neues Girokonto zu suchen, das stärker ihren Bedürfnissen und ihren Preisvorstellungen entspricht. Unbekannt ist, wie viele Konten, die gar nicht mehr aktiv genutzt werden, von den Kündigungsschreiben betroffen sind. Wichtig ist aber erst einmal, dass alleine die Zahl der Kündigungsschreiben keine Aussage darüber zulässt, wie viele Konten tatsächlich gekündigt worden sind. Wichtig ist zu erkennen, dass die Verbraucherzentralen für Verbraucher die erste Anlaufstelle sind, wenn sie Probleme mit Unternehmen haben. Und insbesondere bei unerwarteter Kontoschließung wären wir die erste Anlaufstelle. Bundesweit liegt uns aber nur ein einziger Fall vor, wo ein Konto unerwünscht

geschlossen worden ist. Ein einziger Fall. Ich frage regelmäßig unter den Verbraucherzentralen nach, wie die Lage ist. Es ist ein einziger Fall. Und wir gehen davon aus, wenn es anders wäre, wenn viele Konten unerwünscht geschlossen werden würden, dass das bei uns ankäme. Das ist aber nicht der Fall. Demnach können wir diese vermeintliche Problemlage definitiv nicht bestätigen. Damit komme ich zum zweiten Teil Ihrer Frage. Wir sehen an der Stelle keinen Änderungsbedarf. Der Mechanismus, der durch den BGH ausgedrückt worden ist, ist aus unserer Sicht ein funktionierender und verbraucherfreundlicher Mechanismus.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Frau Mohn. Dann hatte Frau Licina-Bode ja ihre Frage in die Runde gestellt. Deswegen wollte ich fragen, weil wir gut in der Zeit liegen und im Augenblick niemand Weiteres auf der Frageliste steht, ob noch jemand anderes aus der Runde dazu konkret etwas sagen möchte. Frau Langenbucher vielleicht?

SVe **Prof. Dr. Katja Langenbucher**: Ich hatte ja vorhin in der Stellungnahme schon gesagt, dass ich diesen Vorschlag von Herrn Dr. Heinze gut finde, nämlich Einführung einer Vertragsänderung per Zustimmungsfiktionsklausel. Ob man das beschränken möchte auf die Dauerschuldverhältnisse im Bankenbereich, so schlägt es ja der § 675g BGB mit seiner Änderung vor, kann man sehen wie man will. Ich selber würde es breiter machen, das wissen Sie inzwischen. Ich möchte aber noch einmal betonen, weil es gerade eben in der Antwort noch einmal gesagt wurde: Es besteht ein Unterschied zur BGH-Rechtsprechung darin, zu sagen, macht doch nichts, die Inhaltskontrolle bleibt ja weiter erhalten. Das ist schlicht und einfach nicht so. Die Inhaltskontrolle bleibt nicht weiter erhalten mit Blick auf Entgelte und charakteristische Hauptleistungspflichten. Warum? Weil sie in § 307 Absatz 3 BGB ausgeschlossen sind. Aus diesem Grund würde ich den zweiten Teil von Herrn Heinzes Vorschlag nicht mittragen, dass nämlich zugleich die Inhaltsänderung alle anderen Probleme abfrühstückt. Man könnte es aus meiner Perspektive vielleicht retten, wenn man sagt, die Inhaltskontrolle bleibt auch mit Blick auf Entgeltanpassung und die Änderung charakteristischer Hauptleistungspflichten



erhalten. Bei einer solchen Umformulierung wäre dann die „heinzische“ Position dieselbe wie meine. Aber bei der momentanen Formulierung fällt man eben in dieses Loch, das der BGH aufgezeigt hat, dass eben die Inhaltskontrolle nicht funktioniert für Entgelt und charakteristische Hauptleistungspflicht. Danke schön.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Frau Professorin Langenbucher. Herr Dr. Heinze hat sich noch einmal gemeldet. Dann haben wir jetzt gleich noch einmal ganz wunderbar dazu eine Komplementärposition.

**SV Dr. Stephan Heinze:** Ich will es ganz kurz machen. Man muss sich halt den § 307 Absatz 3 BGB gerade bei den Entgelten, ist vielleicht ein ganz gutes Beispiel, mal näher anschauen. Ich meine, so ganz gravierend wie es Frau Professorin Langenbucher formuliert hat, ist es am Ende gar nicht. Wir haben ja die Beschränkung, dass die §§ 307 ff. BGB nur gelten für Bestimmungen in AGB, durch welche von Rechtsvorschriften abgewichen wird. Gerade in den zentralen Bereichen, bei denen sich die Geister scheiden, zum Beispiel Entgeltregelung, haben wir gesetzliche Regelungen. Zum Beispiel der § 675f Absatz 5 BGB schreibt explizit vor, dass ich nur Entgelte vereinbaren und ändern darf, wenn sie angemessen sind und den tatsächlichen Kosten entsprechen. Wir haben doch gerade in dem Bereich, wo das EU-Recht weitgehend Mindeststandards oder Vollharmonisierungen vorschreibt, ganz zentrale Bereiche, die das praktische Leben betreffen. Und da haben wir gesetzliche Regelungen. Das heißt, ich sehe das gar nicht so gravierend, dass es dem BGH quasi genommen wäre, eine solche Überprüfung vorzunehmen. Gerade in dem Bereich der Entgelte, die vielleicht für den Kunden mit am relevantesten sind, ist es nicht so und das praktiziert der BGH bekanntermaßen ja auch in diversen Entscheidungen seit etwa 2008 regelmäßig. Deswegen wollte ich das noch kurz erwähnen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Herr Dr. Heinze. Frau Licina-Bode.

**Abg. Luiza Licina-Bode (SPD):** Wenn wir noch gut in der Zeit liegen, würde ich noch einmal eine Frage in den Raum stellen. Wir haben heute zwei

Varianten als mögliche Lösung dieser Situation besprochen. Wie sieht es denn aus bei beiden Varianten? Gehen Sie davon aus, vielleicht konkret die Juristen hier im Raum, dass das am Ende europarechtskonform wäre, wenn wir die eine oder andere Variante als Möglichkeit eines gesetzgeberischen Handelns betrachten würden? Vielen Dank.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank. Herr Professor Langner.

**SV Prof. Dr. Olaf Langner:** Die Antwort ist Ja, ganz eindeutig. Ich lese Ihnen, weil das übersehen wird, die hier immer zitierte Klauselrichtlinie vor, weil das ja manchmal hilft, wenn man guckt, was der Gesetzgeber sagt. Da gibt es einen Anhang und da ist in Nummer 1 Buchstabe j des Anhangs dieser Richtlinie erstmal gesagt: Verboten ist, wenn „der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann“. Damit wäre das, was wir hier gerade vorhaben, nicht möglich. Aber es gibt eben auch Nummer 2: „Buchstabe j) steht Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Erbringer von Finanzdienstleistungen das Recht vorbehält, den von dem Verbraucher oder an den Verbraucher zu zahlenden Zinssatz oder die Höhe anderer Kosten für Finanzdienstleistungen in begründeten Fällen ohne Vorankündigung zu ändern, sofern der Gewerbetreibende die Pflicht hat, die andere Vertragspartei oder die anderen Vertragsparteien unverzüglich davon zu unterrichten, und es dieser oder diesen freisteht, den Vertrag alsbald zu kündigen.“ Das ist § 675g BGB in Reinkultur. Wortwörtlich erlaubt es die Richtlinie, sodass ich glaube, dass die Antwort wirklich ganz einfach ist: Ja.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Herr Professor Langner. Dann Frau Professorin Langenbucher dazu bitte noch.

**SV Prof. Dr. Katja Langenbucher:** Ich sehe das genauso. Das ist europarechtlich zulässig, hatte ich auch auf dem letzten Blatt meiner Stellungnahme angesprochen. Der Antrag der CDU/CSU geht darüber hinaus. Das ist europarechtlich zwar nicht geboten, wohl aber zulässig. Noch einmal, die gerade erneut zitierten Teile aus dem Annex zur Richtlinie sind bei mir in Fußnote 67 aufgelistet. Ich selber würde es nicht so machen, weil ich finde, die Gründe, die



mit Blick auf Massenverkehr und Ressourcenschonung dafür sprechen, die Vertragsänderung per Zustimmungsfiktion zuzulassen, sprechen nicht in selber Weise und stets für eine vollständige Kontrollblockade-wirkung, also für ein Ausbremsen der Inhaltskontrolle. Aber europarechtlich ist das solange zulässig, wie man unter den Vorgaben der Klauselrichtlinie, die hinter den deutschen Vorgaben zurückbleiben, bleibt. Die Generalklausel heißt nämlich nur, kein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis vertraglicher Rechte und Pflichten entgegen dem Gebot von Treu und Glauben. Solange man damit in Einklang bliebe, wäre das okay.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ganz herzlichen Dank, Frau Professorin Langenbucher. Dann bitte Frau Professorin Feldhusen noch einmal.

**SVe Prof. Dr. Claire Feldhusen:** Wir sprechen ja nicht darüber, ob Zustimmungsfiktionsklauseln von der AGB-Richtlinie grundsätzlich erlaubt werden. Dort heißt es auch: „Die Mitgliedstaaten müssen dafür Sorge tragen, daß die mit den Verbrauchern abgeschlossenen Verträge keine mißbräuchlichen Klauseln enthalten.“ Da kann jetzt nicht der Gesetzgeber schreiben „Diese Klausel ist nicht missbräuchlich.“ und damit hat er dann sein Soll aus der AGB-Richtlinie erfüllt. Sie haben hier so schnell gesagt, der EuGH wird das sicherlich stützen. Ich bin da sehr skeptisch, es ist ein großes Risiko. Ich sage nicht, dass wir inhaltlich überhaupt keinen Support leisten sollten für AGB-Regelungen, aber nicht über eine Gesetzlichkeitsfiktion. Dabei bleibe ich und ich finde das einen sehr schwierigen Weg. Nachdem was ich vom EuGH bisher gelesen habe, lässt er sich das so nicht gefallen.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Wir werden es wahrscheinlich heute nicht abschließend entscheiden können, aber Herr Professor Langner dazu gern nochmal direkt.

**SV Prof. Dr. Olaf Langner:** Danke. Es ist natürlich genau andersrum. Frau Langenbucher sieht es auch so, wie ich es dargestellt habe. Artikel 3

Klauselrichtlinie sagt, was missbräuchlich ist. In der Anlage ist konkretisiert, was das ist und was es nicht ist. Artikel 3 Klauselrichtlinie spezifiziert, was missbräuchlich ist, und dann sagt er ausdrücklich, das ist nicht missbräuchlich. Da kann ich nicht sagen, jetzt muss ich prüfen, ob es missbräuchlich ist. Wenn der europäische Gesetzgeber sagt, missbräuchlich geht nicht, und dann ausdrücklich sagt, was nicht missbräuchlich ist, kann ich nicht noch einmal sagen, es ist vielleicht doch missbräuchlich. Es ist einfach nicht missbräuchlich. Ich habe es vorgelesen, ich kann es gerne noch einmal vorlesen. Ich glaube, es ist glasklar.

Der **stellvertretende Vorsitzende**: Ich glaube, wir haben alles verstanden, können es alle in der Runde auch noch einmal ausführlich nachlesen. „Der Blick ins Gesetz erleichtert die Rechtsfindung.“ ist ja so ein klassischer Grundsatz, hoffentlich auch im Parlament und bei der Entscheidungsfindung. Ich sehe jetzt keine weiteren Wortmeldungen, keine weiteren Fragen, will es auch nicht künstlich in die Länge ziehen. Es können alle ganz gut etwas mit ihrer Zeit im Laufe des weiteren Tages anfangen glaube ich. Deswegen sage ich ganz herzlichen Dank vor allem an Sie, liebe Sachverständige, dass Sie heute die Reise hier zu uns gefunden haben. Auch das Internet nach Paris ist heute stabil gewesen. Danke für das Dasein, für das Diskutieren, für die spannenden Einblicke. Wir freuen uns auf die gemeinsamen weiteren parlamentarischen Beratungen. Danke auch an die Kolleginnen und Kollegen für die Fragen, für die Diskussionen. Natürlich auch Dank an die Zuschauerinnen und Zuschauer und natürlich auch Danke an das Sekretariat für die Vorbereitung, das darf man ja auch nicht vergessen. Sonst würde das alles so nicht funktionieren. Ich wünsche noch einen schönen Nachmittag und schließe hiermit die Sitzung. Vielen Dank.

Schluss der Sitzung: 12:42 Uhr



**Anlagen:**

**Stellungnahmen der Sachverständigen**

<b>Prof. Dr. Claire Feldhusen</b>	<b>Seite 28</b>
<b>Wulf Hartmann</b>	<b>Seite 36</b>
<b>Dr. Stephan Heinze, LL.M.oec.</b>	<b>Seite 68</b>
<b>Prof. Dr. Katja Langenbucher</b>	<b>Seite 73</b>
<b>Prof. Dr. Olaf Langner</b>	<b>Seite 36</b>
<b>Dorothea Mohn</b>	<b>Seite 87</b>
<b>Prof. Dr. Martin Schmidberger</b>	<b>Seite 93</b>

# **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**

<b>ZUSAMMENFASSUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>HINTERGRUND DES GESETZESANTRAGS .....</b>	<b>2</b>
<b>ZU DEN WIRKUNGEN IM EINZELNEN .....</b>	<b>3</b>
I. GESETZLICHKEITSFIKTION .....	3
II. EU-RECHTSKONFORMITÄT .....	3
1. <i>Mindestharmonisierungspostulat der AGB-Richtlinie .....</i>	3
2. <i>Sanktionswirkungen bei unwirksamen Vertragsklauseln .....</i>	4
3. <i>Faktisch wirkende einseitige Vertragsanpassungsklauseln .....</i>	5
III. VERBRAUCHERSCHUTZ.....	5
1. <i>Ersatz der AGB-Inhaltskontrolle durch eine Ausübungskontrolle? .....</i>	5
2. <i>Schutz der Vertragsabschlussfreiheit durch Vertragsbeendigungsrecht? .....</i>	6
3. <i>Besserstellung von NichtverbraucherInnen? .....</i>	6
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 erhielt 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 Zahlungsdiensterahmenverträgen sog. Zustimmungsfiktionsklauseln, wonach die Zustimmung von VerbraucherInnen zu Vertragsänderungen als erteilt gilt, wenn sie ihre Ablehnung nicht rechtzeitig anzeigen. 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-Zahlungsdiensterichtlinie (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.<sup>1</sup>

**Reaktion der Kreditwirtschaft:** Die Kreditwirtschaft hat im September 2021 eine neue Fassung ihrer Muster-AGB vorgelegt (vgl. Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken<sup>2</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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 Verbraucherträgen 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 Verbraucherrecht 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 dispositivo 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 materiell-rechtlichen 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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 BGH<sup>6</sup> 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 „trifftigen“ 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 EuGH<sup>7</sup> 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.

---

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

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

<sup>7</sup> 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 berechtigte 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 das 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 justizierbar. 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 gilt<sup>8</sup>, 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“ i.S.d. § 1 Abs. 1 ZAG (vgl. § 675c Abs. 3). Dazu gehören neben CRR-Kreditinstitute i.S.d. § 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.

---

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



# Positionspapier

der Deutschen Kreditwirtschaft

## AGB-Anpassungen in Bankverträgen massengeschäftstauglich und kundengerecht gestalten

*Lobbyregister-Nr. R001459*

*EU-Transparenzregister-Nr. 52646912360-95*

Kontakt:

Dr. Rainer Siedler

Telefon: +49 30 2021-2314

Telefax: +49 30 2021-19 2300

E-Mail: r.siedler@bvr.de

Berlin, 7. Dezember 2022

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken

und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

[www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de)

Der Wirtschaftsstandort Deutschland ist traditionell geprägt durch ein hohes Maß an Rechtssicherheit. Diese resultiert aus einer intakten Rechtsprechung und einer praxisgerechten Rechtsordnung. Ein wichtiger Teil dieser Rechtsordnung ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht). Das AGB-Recht beweckt einen interessengerechten Ausgleich zwischen den Vertragsparteien. **Allerdings hat das BGH-Urteil vom 27. April 2021 (XI ZR 26/20) zur Unwirksamkeit von AGB-Anpassungen per Zustimmungsfiktion das Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Kreditinstitut erheblich beeinträchtigt.** Der Gesetzgeber sollte deshalb zur Schaffung von Rechtssicherheit die Rahmenbedingungen für massengeschäftstaugliche und kundengerechte AGB-Anpassungen in Bankverträgen per Zustimmungsfiktion setzen.

**Zusammenfassend stellt sich die Lage und der Handlungsbedarf wie folgt dar:**

#### **Situation vor dem 27. April 2021**

- AGB-Anpassungen per Zustimmungsfiktion (Information + Widerspruchsmöglichkeit) waren in der Kreditwirtschaft jahrzehntelang üblich und allgemein als rechtlich zulässig anerkannt. Dieses Modell war auch Vorbild für andere Branchen.
- Mit solchen Fiktionsklauseln konnten auf Dauer angelegte Bankverträge (z. B. Giroverträge) praxistauglich gepflegt und an aktuelle Verhältnisse angepasst werden.
- Kunden erhielten stets eine Widerspruchsmöglichkeit von mindestens zwei Monaten.
- Ein solches Anpassungsverfahren machte befristete Kettenverträge bzw. repetierende Kündigungen entbehrlich.

#### **Situation seit dem BGH-Urteil vom 27. April 2021**

- Das BGH-Urteil zur Unwirksamkeit des AGB-Änderungsmechanismus lässt weitgehend nur noch den Weg der ausdrücklichen Zustimmung zu. Kreditinstitute sind jedoch bei Dauerverträgen wiederkehrend veranlasst, ihre AGB den sich ändernden Marktfaktoren auch bezogen auf innovative und preisliche Aspekte anzupassen. Wenn sie dabei auf eine ausdrückliche Kundenzustimmung angewiesen sind und diese mangels Reaktion der Kunden ausbleibt, kann die Geschäftsbeziehung letztlich nicht auf einer belastbaren Grundlage fortgesetzt werden.
- Auch aus Kundensicht ist die Situation schwierig:  
**Ohne** AGB-Zustimmungsfiktion **muss** der Kunde handeln;  
**mit** AGB-Zustimmungsfiktion **kann** der Kunde handeln!
- Andere Wirtschaftszweige arbeiten weiterhin mit AGB-Zustimmungsfiktionen.

#### **Situation erfordert Handeln des Gesetzgebers**

- Die Deutsche Kreditwirtschaft fordert eine Verbesserung der Gesetzeslage zugunsten einer rechtssicheren und massengeschäftstauglichen AGB-Anpassung für auf Dauer angelegte Bankverträge (z. B. Giroverträge).
- Die Lösung sollte für Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen gelten.
- Bereits eine „kleine Lösung“ (Ergänzung von § 675g BGB) würde der aktuellen Misere bei bankrechtlichen Dauerschuldverhältnissen Abhilfe leisten und auch dem Verbraucherschutz Rechnung tragen.

Im Einzelnen:

#### **1. Situation vor dem 27. April 2021 - AGB-Anpassungen per Zustimmungsfiktion durchgehend möglich, üblich und akzeptiert**

Bankverträge in Form von Dauerschuldverhältnissen – wie z. B. das Girokontoverträge – sind unbefristet und laufen dementsprechend im Regelfall über viele Jahre (häufig Jahrzehnte). Ändern sich rechtliche und/oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen, ist eine Anpassung der einschlägigen AGB- und Entgeltklauseln in vielen Fällen unausweichlich. Anders als bei Zinsanpassungen im Einlagen- und Kreditgeschäft sind Gleit- oder Indexklauseln bei einem innovativen oder preislichen Anpassungsbedarf z. B. eines Girokontos ungeeignet.

Seit über 70 Jahren gab es in den AGB-Banken und AGB-Sparkassen für die Anpassung von AGB- und Entgeltklauseln einen vom Gesetzgeber akzeptierten, später sogar ausdrücklich normierten und stets mit den Kunden ausdrücklich vereinbarten Vertragsanpassungsmechanismus. Dieser hat im Jahr 2007 mit der EU-Zahlungsdiensterichtlinie<sup>1</sup> auch europa-rechtliche Unterstützung und sodann mit § 675g BGB (Änderung des Zahlungsdiensterahmenvertrags) Eingang ins Gesetz gefunden. Damit konnte das Kreditinstitut seinem Kunden Änderungen von AGB und Entgelten mit dem Hinweis anbieten, dass die Anpassung als vereinbart gilt, wenn der Kunde dem Änderungsangebot nicht binnen zwei Monaten widerspricht (sog. Zustimmungsfiktion). Vorteil für den Kunden war, dass er nur dann aktiv werden musste, wenn er mit der Änderung nicht einverstanden gewesen ist. Er konnte sofort widersprechen oder den betroffenen Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt kündigen.

## **2. Situation seit dem BGH-Urteil vom 27. April 2021 - AGB-Anpassungen per Zustimmungsfiktion sehr eingeschränkt möglich, im Ergebnis nicht verbraucherfreundlich**

Obwohl der bisherige AGB-Anpassungsmechanismus exakt dem gesetzlichen Leitbild des § 675g Abs. 2 BGB entsprach, erklärte der Bundesgerichtshof (BGH) diesen mit Urteil vom 27. April 2021 (XI ZR 26/20) für unwirksam, da er missbräuchlich eingesetzt werden könne, etwa um bestehende Verträge umfassend zu verändern. Wenn aber das BGH-Urteil mit dieser eher theoretischen Überlegung den AGB-Änderungsmechanismus für unwirksam erklärt, dann werden auch per Zustimmungsfiktion erfolgte AGB-Anpassungen der letzten Jahre erfasst, welche bei objektiver Betrachtung gar keinen Missbrauchsfall darstellen.

Die vom BGH verursachte enorme Rechtsunsicherheit hatte unter anderem zur Folge, dass Kreditinstitute in über 100 Millionen laufenden Bankvertragsbeziehungen ausdrückliche Zustimmungen ihrer Kunden einholen mussten, um die durch das BGH-Urteil entstandenen Vertragslücken zu schließen. Diese (teilweise noch nicht abgeschlossenen) Verfahren sind nicht nur in diesem Fall aufwändig und teuer, sondern werden auch in der Zukunft wiederkehrend immens viele Ressourcen der Kreditinstitute und ihrer Kunden binden.

Verbraucherschutz ist auch aus Sicht der DK ein wichtiges Ziel. Allerdings ist die aktuelle Situation entgegen der anfänglichen Deutung gerade kein Beispiel für vernünftigen Verbraucherschutz:

- Denn in der Zeit vor dem BGH-Urteil hatte der Kunde die Handlungshoheit ohne Nachteile: bei einer AGB-Änderung konnte er dieser widersprechen oder sogar – und das jederzeit – den ganzen Vertrag kündigen.
- Seit dem BGH-Urteil liegt die Reaktionslast beim Kunden: wenn er auf ein Änderungsangebot des Kreditinstituts – aus irgendeinem Grund – nicht reagiert und das Institut deshalb kündigen muss, ist er gezwungen zu handeln. Dadurch gewinnen Verbraucher aber letztlich nichts, da sie sich im Kündigungsfall ein anderes Kreditinstitut suchen müssen; sie müssen dann bei Vertragsabschluss auch die dort geltenden AGB und Preis- und Leistungsverzeichnisse akzeptieren.

Weitere nachteilige Auswirkungen des BGH-Urteils für die Vertragsparteien:

- Kunden mussten zur Wiederherstellung von Rechtssicherheit nach dem BGH-Urteil den ihnen bereits bekannten AGB zu Texten und Entgelten noch einmal ausdrücklich zustimmen, was viele Kunden als lästig und überflüssig empfunden haben.
- Kreditinstitute mussten für die Umsetzung des BGH-Urteils tausende von Tonnen Papier bedrucken und teure, komplizierte Prozesse aufsetzen ohne tatsächlichen Mehrwert für die Bank-Kunde-Beziehung.
- Kunden müssen auch zukünftig entgegen ihrer jahrelangen Gewohnheit grundsätzlich jeder Änderung der Vertragsbeziehung ausdrücklich zustimmen.

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt

- Kreditinstitute müssen auch zukünftig erhebliche wirtschaftliche und personelle Kapazitäten für die Einholung der Kundenzustimmung und deren Dokumentation bereitstellen. Während vor der BGH-Entscheidung nur die äußerst geringe Zahl von Widersprüchen zu dokumentieren war (Beispiel = 500 Datensätze bei einem Institut mit 100.000 Kunden), hat sich das Verhältnis des Aufwands vervielfacht, denn jeder einzelne ausdrückliche Zustimmungsprozess ist vom Kreditinstitut zu dokumentieren (Beispiel = 100.000 Datensätze bei einem Institut mit 100.000 Kunden).

Die beschriebenen Konsequenzen zeigen, dass ein Modell der ausdrücklichen Zustimmung zu Vertragsänderungen nicht massengeschäftstauglich und – ähnlich wie die im Internet ständig erforderliche Zustimmung zur „Cookie“-Verwendung – für die Kunden eher eine überflüssige Zumutung als eine Verbesserung ist.

### **3. Situation erfordert Handeln des Gesetzgebers**

#### **Erforderlichkeit einer gesetzlichen Lösung**

Die Erfahrungen der Kreditwirtschaft – aber auch anderer Branchen – zeigen: Das Modell der AGB-Zustimmungsfiktion hat aus Kundensicht deutliche Vorteile. Auch der BGH hat die Möglichkeit einer AGB-Zustimmungsfiktion nicht vollständig ausgeschlossen, ohne jedoch konkrete Vorgaben zu formulieren. Daher ist nunmehr der Gesetzgeber gefordert.

Die europarechtlichen Regeln sowohl der EU-Zahlungsdiensterichtlinie<sup>2</sup> als auch der EU-Klauselrichtlinie<sup>3</sup> stehen dem nicht entgegen. Denn der deutsche Gesetzgeber kann unter Beachtung des EU-Rechts selbst beschreiben, in welchen Fällen der Weg der Zustimmungsfiktion statthaft ist und in welchen Fällen die ausdrückliche Vereinbarung notwendig ist. Der Gesetzgeber ist hierbei auch in der Verantwortung, eine praxisgerechte Lösung für Vertragsanpassungen in Bankdauerschuldverhältnissen zu finden, um den Aufwand für Kunden und Unternehmen nicht unnötig zu vergrößern sowie den Rechts- und Finanzstandort Deutschland zu stärken.

#### **Folgende Ziele sollte eine gesetzliche Regelung beachten:**

- Die Kreditwirtschaft benötigt einen massengeschäftstauglichen AGB-Änderungsmechanismus, mit den Dauerschuldverhältnisse angemessen gepflegt werden können (sowohl bei Verträgen mit Verbrauchern als auch mit Nicht-Verbrauchern).
- Interessengerecht ist eine Regelung, die klarstellt, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung des Kunden auch zu Änderungen von bereits vereinbarten Entgelten als erteilt gilt, wenn der Kunde auf das eindeutige Änderungsangebot zwei Monate nicht reagiert.

#### **Regelungsvorschlag für eine „kleine Lösung“: Ergänzung in § 675g BGB**

Die Deutsche Kreditwirtschaft hat auf Anregung des Bundesministeriums der Justiz ein Rechtsgutachten eines renommierten Rechtswissenschaftlers eingeholt, das den gesetzgeberischen Handlungsbedarf wissenschaftlich herausarbeitet. Das Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Matthias Casper<sup>4</sup> (**Anlage 1**) enthält folgenden Regelungsvorschlag, den auch die Deutsche Kreditwirtschaft befürwortet:

---

<sup>2</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt

<sup>3</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen

<sup>4</sup> Direktor des Instituts für Unternehmens- und Kapitalmarktrecht sowie der Forschungsstelle Bankrecht an der Universität Münster

**In § 675g BGB ist folgender neuer Absatz 3 einzufügen:**

*„<sup>1</sup>Eine Vereinbarung im Sinne des § 675g Abs. 2 S. 1 stellt keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 dar, sofern sie den Anforderungen des § 308 Nr. 5 genügt und das Vertragsverhältnis durch die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erheblich umgestaltet werden kann. <sup>2</sup>Die erstmalige Einführung eines Entgelts bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers.“*

[ggf. ergänzende Aufnahme von Regelbeispielen (siehe **Anlage 2**)]

Dieser Vorschlag enthält die vom BGH geforderten Einschränkungen des Anwendungsbereichs. Er berücksichtigt damit die Verbraucherschutzinteressen und ist geeignet, der Kreditwirtschaft in Deutschland eine gesetzliche Grundlage zu geben, um einen rechtssicheren und massengeschäftstauglichen AGB-Änderungsmechanismus zu gestalten.

## Rechtsunsicherheit bei AGB-Änderungsmechanismen

### - Handlungsbedarf und Handlungsoptionen des Gesetzgebers\*

Matthias Casper, Universität Münster\*\*

*Unter Rückgriff auf die DenizBank-Entscheidung des EuGH vom 11.11.2020 hat der XI. Zivilsenat am 27.04.2021 den auf einer Zustimmungsfiktionsklausel basierenden und seit Jahrzehnten etablierten AGB-Änderungsmechanismus in Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken a.F. beanstandet. Seither müssen Kunden eines Kreditinstituts einer AGB-Änderung zustimmen. Dieses sog. Zustimmungsmodell führt in der Praxis zu einem erheblichen Aufwand und viel Frustration auch unter der Kundschaft von Kreditinstituten. Der nachfolgende Beitrag untersucht nicht die zahlreichen, hiermit verbundenen Folgeprobleme, sondern allein die Frage, ob für den Gesetzgeber Handlungsbedarf besteht und wie dieser regulierend eingreifen könnte. Damit stehen mögliche Schranken der Klausel-RL (93/13/EWG) und ihre zunehmend ausdifferenzierte Interpretation durch den EuGH im Vordergrund. Der Beitrag plädiert für die Einführung eines klarstellenden gesetzlichen Leitbildes in § 675g Abs. 3 BGB-E, das die vom BGH geforderten Grenzen zukünftiger Zustimmungsfiktionsklauseln berücksichtigt.*

### I. Ausgangslage und Anliegen dieses Beitrages

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 27.04.2021<sup>1</sup> die Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln durch Kreditinstitute in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) gegenüber Verbrauchern für unzulässig erklärt und damit den Vertragsanpassungsmechanismus in Nr. 1 Abs. 2 bzw. Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken (Fassung bis Ende April 2021) verworfen. Entsprechendes gilt für die vergleichbaren Klauseln in Nr. 2 und Nr. 17 Abs. 6 AGB-Sparkassen (Fassung bis Ende April 2021). Allerdings hat er Zustimmungsklauseln nicht grundsätzlich für unwirksam erklärt. Vielmehr hat der XI. Senat vor allem die unbegrenzte Reichweite der bisherigen Zustimmungsfiktionsklauseln beanstandet, da er fürchtete, dass die Kreditwirtschaft diese Klauseln dazu nutzen könnte, die Rechtsnatur des Vertrages zu ändern, den bestehenden Vertrag erheblich umzugestalten oder über Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken a.F. ganz neue, bisher nicht vereinbarte Entgelte einzuführen. Wie sich aus der mündlichen Urteilsbegründung ergibt, schwebten dem XI. Senat vor allem zwei Konstellationen vor Auge: Die Einführung von Verwahrentgelten bei Einlageverträgen und die erstmalige Einführung von

---

\* Der Aufsatz geht auf eine Anfrage der Deutschen Kreditwirtschaft (DK) zurück, führt aber im Kern Überlegungen fort, die Verf. bereits pro bono in ZIP 2021, 2361 ff. veröffentlicht hatte. Eine erste Fassung dieser Überlegungen wurde Ende August 2022 im BMJ vorgestellt. Die nun vorgelegte Fassung streicht die erforderlichen gesetzlichen Leitplanken einer möglichen Regelung noch deutlicher heraus.

\*\* Verf. dankt Herrn Wiss. Mit. Rasmus Christiansen für die Mitwirkung bei der Sichtung des Materials und erste Vorüberlegungen.

<sup>1</sup> BGH v. 27.04.2021 – XI ZR 26/20, – Postbank, BGHZ 229, 344 = ZIP 2021, 1262 = BKR 2021, 488 m. Anm. Arzt = BB 2021, 1488 m. Anm. Edelmann = GWR 2021, 209 (Baumann), dazu EWiR 2021, 483 (Berger/Nettekoven).

Entgelten bei Girokonten, die bisher kostenlos geführt und damit auch beworben wurden. Die Kreditwirtschaft hat inzwischen flächendeckend unter Nutzung des Zustimmungsmodells, also unter Einholung der ausdrücklichen Zustimmung, damit begonnen, mit ihren Kunden erneut einheitliche AGB zu vereinbaren.<sup>2</sup> Dies war jedoch (noch) nicht vollumfänglich erfolgreich und ist weiterhin mit einem erheblichen Aufwand verbunden.<sup>3</sup> Auch die seit September 2021 deutlich abgespeckte Zustimmungsfiktionsklausel in Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken n.F., die den Fiktionsmechanismus im Wesentlichen auf für den Kunden günstige Änderungen sowie solche beschränkt, die aufgrund einer Gesetzesänderung bzw. einer geänderten Rechtsprechung oder Aufsichtspraxis notwendig geworden sind, ist im Schrifttum bereits wieder in Zweifel gezogen worden.<sup>4</sup> Bereits dies zeigt, dass in diesem Kontext eine für die Praxis nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit besteht.

Vor diesem Hintergrund will der nachfolgende Beitrag zunächst aufzeigen, dass nach dem Urteil des XI. Senats vom 27.04.2021 gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht (II.). Daran anschließend werden verschiedene Handlungsoptionen des Gesetzgebers ausgeleuchtet und auf ihre europarechtliche Zulässigkeit untersucht. Da allen Möglichkeiten die Einführung bzw. Klarstellung eines gesetzlichen Leitbildes zugrunde liegen wird, soll der Fokus weniger auf den Regelungsstandort (dazu III. 1.) gelegt werden, sondern schwerpunktmäßig ausgelotet werden, ob der nationale Gesetzgeber überhaupt in der Lage ist, ein solches Leitbild – also eine Art Whitelist für Zustimmungsklauseln – europarechtskonform ins BGB aufzunehmen (III. 2.-4.). Sodann wird zu untersuchen sein, wie die vom BGH geforderten Grenzen in eine solche, ein gesetzliches Leitbild formulierende Vorschrift eingebettet werden können (IV.). Den Abschluss wird ein konkreter Gesetzgebungsvorschlag mit einer möglichen Begründung bilden (V.).

Nicht Gegenstand des Beitrags sind Reaktionsmöglichkeiten der Kreditinstitute, konkludente Zustimmungen des Kunden zu den neu angebotenen AGB oder die Verjährung von allfälligen Rückerstattungsansprüchen.<sup>5</sup>

## **II. Rechtspolitischer Handlungsbedarf**

### **1. Gegenstand der Entscheidung vom 27.04.2021**

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats bezog sich auf weite Zustimmungsfiktionsklauseln. Danach kam eine Änderung von AGB-Bestimmungen beziehungsweise von Entgelten zustande, wenn das Kreditinstitut dem Kunden die Änderung spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens anbot und der Kunde die Ablehnung der Änderung dem Kreditinstitut nicht vor diesem Zeitpunkt anzeigen. Auf diese

---

<sup>2</sup> Kritisch zur unbegrenzten Rückwirkung des Urteils bis ins Jahr 1977 und dem damit entstandenen Flickenteppich an AGB vgl. bereits *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2362 ff.

<sup>3</sup> Näher dazu unter II.4.

<sup>4</sup> *Rodi*, WM 2022, 1665, 1668 ff., ob dessen Kritik überzeugt, soll hier ausdrücklich offengelassen werden. Zumindest ist festzustellen, dass die Neufassung im Wesentlichen nur in der Entscheidung des BGH angelegte Kriterien aufgreift.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu etwa *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2362 ff.; *Langner*, WM 2021, 1869 ff.; *Rodi*, WM 2021, 1357 ff.; *Omlor*, NJW 2021, 2243 ff.; *Vogel*, ZBB 2021, 312 ff.; *Herresthal*, ZHR 186 (2022), 373, 386 ff.

Genehmigungswirkung einer Untätigkeit des Kunden hatte das Kreditinstitut in dem Angebot gesondert hinzuweisen. Derartige Zustimmungsfiktionsklauseln wurden in Banken-AGB seit deren erster Vereinheitlichung im Jahr 1937<sup>6</sup> verwendet und waren vor dem Urteil Bestandteil der AGB aller Kreditinstitute.<sup>7</sup> In der Literatur wurde vor der Entscheidung vom 27.04.2021 fast einhellig die Auffassung vertreten, derartige Klauseln mit einer Zustimmungsfiktion seien wirksam, wofür nicht zuletzt die Wertung aus § 308 Nr. 5 sowie aus § 676g Abs. 2 BGB streitet.<sup>8</sup> Auch literarisch aktive Mitglieder des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs gingen von einer Wirksamkeit aus.<sup>9</sup> Zudem hatten die Vorinstanzen die gegen die Postbank gerichtete Unterlassungsklage des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. abgewiesen.<sup>10</sup>

## 2. Kernargumente des BGH und Reaktionen im Schrifttum

Der Bundesgerichtshof urteilte hingegen, dass diese Klauseln im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam seien. Die Klauseln unterfielen, obwohl ihre Vereinbarung durch § 675g Abs. 2 S. 1 BGB ausdrücklich gestattet wird, der AGB-Kontrolle. Die These, dass die Vorschrift einen Rückgriff auf die Inhaltskontrolle sperre,<sup>11</sup> verneint der XI. Zivilsenat in Anschluss an die DenizBank-Entscheidung des EuGH<sup>12</sup>. Die Zustimmungsfiktionen hielten der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand, da sie von den wesentlichen Grundgedanken der § 305 Abs. 2, § 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB abwichen, aus denen ein ausdrückliches Zustimmungserfordernis folge. Der Kunde werde durch die Abweichung von diesem gesetzlichen Leitbild auch unangemessen benachteiligt, da die Abweichung auf Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung sachlich nicht gerechtfertigt sei. Ferner argumentiert der BGH maßgeblich mit der unbestimmten Weite der Klausel. Sie ermögliche es dem Kreditinstitut im Extremfall, den Vertragscharakter zu ändern<sup>13</sup> oder die Preisstruktur komplett zu ändern. Dass hinreichend bestimmte Fassungen von Zustimmungsfiktionen auch zukünftig möglich seien, hat der XI. Senat nicht ausgeschlossen.<sup>14</sup> Doch lässt sich dies durch

---

<sup>6</sup> Vgl. *Haupt*, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, 1937.

<sup>7</sup> *Rodi*, WM 2021, 1357, 1357; *Langner*, WM 2021, 1869, 1874.

<sup>8</sup> Ohne Anspruch auf Vollständigkeit vgl. nur MünchKomm/*Casper*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 675g Rn. 1; ders. in *Derleder/Knops/Bamberger*, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 13; *Staudinger/Omlor* (2020), § 675g BGB Rn. 6; *Fuchs* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 33; *Pfeiffer* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 307 BGB Rn. 340 jew. m. weit. Nachw.; *Habersack*, BKR 2020, 53, 57; *Grigoleit*, ÖBA 2021, 888, 889 f. Dezidiert a.A. erstmals *Feldhusen*, WM 2020, 397, 400 sowie *Feldhusen*, WM 2020, 441, der Beitrag geht auf ein Gutachten für eine Verbraucherzentrale zurück.

<sup>9</sup> *Pamp* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, Anh. § 310 Rn. B 9. Rüdiger Pamp war von 2011–2018 Mitglied des XI. Senats. Der heutige Vorsitzende des VII. Senats vertritt diese Auffassung auch weiterhin, vgl. *Pamp* in *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Anh. § 310 Rn. B 9.

<sup>10</sup> LG Köln v. 12.06.2018 – 21 O 351/17 -, juris; OLG Köln v. 19.12.2019 – I-12 U 87/18 = ZIP 2020, 114 ff. = BKR 2020, 101 ff.; vgl. auch zur Wirksamkeit des AGB-Änderungsmechanismus in Nr. 2, Nr. 17 Abs. 6 AGB-Sparkassen LG Berlin, Urt. v. 4.12.2018 – 16 O 428/17 = BKR 2020, 103 (dazu Anm. *Homberger* in EWiR 2019, 227). Weitere Entscheidungen sind nicht veröffentlicht, aber auch insoweit ist keine instanzgerichtliche Entscheidung bekannt, die von einer Unwirksamkeit ausgegangen ist.

<sup>11</sup> So vor allem *Habersack*, BKR 2020, 53, 57; ebenso etwa *Graf von Westphalen*, BB 2020, 2900; *Kropf/Habl*, BKR 2014, 145, 150; *Langner*, WM 2021, 1869, 1873 ff.

<sup>12</sup> EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 62 – DenizBank.

<sup>13</sup> Symptomatisch dürfte der Versuch weniger Kreditinstitute sein, für Giro- bzw. Tagesgeldkonten Verwahrentgelte im Wege der Zustimmungsfiktion über Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken zu vereinbaren.

<sup>14</sup> Vgl. BGHZ 229, 344 (Rn. 32) = ZIP 2021, 1262 – Postbank.

die Kreditwirtschaft kaum rechtssicher umsetzen.<sup>15</sup> Dies gilt sowohl für den Geschäftsverkehr mit Verbrauchern also auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr. Zudem ist diese Aussage einer möglicherweise hinreichend bestimmten Zustimmungsfiktionsklausel in der Entscheidung des BGH auf AGB-Änderungen begrenzt und erfasst nicht Anpassungen des Preis- und Leistungsverzeichnisses.<sup>16</sup>

Das Urteil ist in der Literatur ganz überwiegend kritisch aufgenommen worden.<sup>17</sup> Diese Kritik stützt sich insbesondere auf die Regelung des § 675g Abs. 2 S. 1 BGB. Aufgrund dieser Spezialregelung seien Zustimmungsfiktionsklauseln in Zahlungsdiensterahmenverträgen der Inhaltskontrolle entzogen.<sup>18</sup> Zudem sei die Vorschrift im Rahmen der Inhaltskontrolle als gesetzliches Leitbild zu berücksichtigen.<sup>19</sup> Auch unabhängig von § 675g Abs. 2 S. 1 BGB wird die Qualifikation von Zustimmungsfiktionsklauseln als unangemessene Benachteiligung kritisiert<sup>20</sup> und gegen die Annahme einer Abweichung von einem wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung plädiert<sup>21</sup>. Vielfach wird auf die Schwerfälligkeit und geringe Praktikabilität der nun erforderlichen Zustimmungslösung verwiesen.<sup>22</sup>

### **3. Zeitlich unbegrenzte Rückwirkung der Entscheidung; Vielzahl divergierender AGB-Fassungen**

Die Entscheidung bezieht sich auf alle nach dem 1. April 1977 – also dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes – geschlossenen Verträge.<sup>23</sup> Damit könnten sämtliche AGB-Änderungen, die über die Zustimmungsfiktion vorgenommen wurden, betroffen sein. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass damit alle Änderungen der AGB in Bankverträgen mit Verbrauchern in den letzten knapp 45 Jahren, also fast einem halben Jahrhundert, die mittels des in den Zustimmungsfiktionsklauseln geregelten Mechanismus angepasst wurden, unwirksam sein könnten. Bei langjährigen Kunden könnten damit auf einmal völlig veraltete AGB gelten. Für Kunden, die ihr Konto bei einem Kreditinstitut Anfang der 1990er Jahre eröffnet haben, wären dies noch nicht einmal die gründlich novellierten AGB-Banken in der seit 1993 geltenden Fassung, die man als Nukleus der heutigen AGB-Banken und ihrer Struktur bezeichnen kann.<sup>24</sup> Aufgrund dessen lag zumindest bis Anfang dieses Jahres den Beziehungen zwischen Kunden

<sup>15</sup> Casper, ZIP 2021, 2361, 2365 f.; Koch, ÖBA 2021, 130, 133. Ein Beleg hierfür ist die Kritik von Rodi, WM 2022, 1665, 1668 ff. an der Neufassung von Nr. 1 Abs. 2 AGB/Nr. 2 AGB-Sparkassen, die allein den durch BGHZ 229, 334 eröffneten Gestaltungsspielraum nutzt.

<sup>16</sup> Rodi, WM 2021, 1357, 1364.

<sup>17</sup> Grigoleit, ÖBA 2021, 885, 889; Langner, WM 2021, 1869 ff.; Omlor, NJW 2021, 2243, 2244 ff.; Pfeiffer, LMK 2021, 909884; Pfeiffer, RdZ 2022, 18, 22 f.; Vogel, ZBB 2021, 316 ff.; Klanten, BKR 2022, 211, 213 ff.; Casper, ZIP 2021, 2361 f.; Mäsch, JuS 2021, 1184, 1185; Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 374 ff.; Zahrte, BKR 2022, 69 (70 f., 78); zu der zugrundeliegenden DenizBank-Entscheidung des EuGH sehr krit. auch Fornasier, ZEuP 2022, 444 (452 ff.); dem BGH beipflichtend dagegen Arzt, BKR 2021, 488, 493 ff. und in der Sache auch Lang/Kühler, NJW 2022, 2145 ff.

<sup>18</sup> Grigoleit, ÖBA 2021, 885, 889; Langner, WM 2021, 1869, 1872 ff.; Omlor, NJW 2021, 2243, 2244 ff.; Vogel, ZBB 2021, 316 ff.

<sup>19</sup> Vogel, ZBB 2021, 316, 319 f.; Casper, ZIP 2021, 2361, 2362; Langner, WM 2021, 1869, 1873.

<sup>20</sup> Grigoleit, ÖBA 2021, 885, 890 f.; Pfeiffer, LMK 2021, 909884.

<sup>21</sup> Pfeiffer, RdZ 2022, 18, 22 f.

<sup>22</sup> Langner, WM 2021, 1869, 1871; Casper, ZIP 2021, 2361, 2362.

<sup>23</sup> Dies bringt die Entscheidung nur versteckt im Urteilston zum Ausdruck und begründet weder diese Grenze noch das Erfordernis einer derartig langen Rückwirkung.

<sup>24</sup> Näher zur Entwicklung der AGB-Banken Casper in Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 1 f.

und Kreditinstitut ein Flickenteppich verschiedener AGB-Fassungen zugrunde. Dieser Zustand ist auch heute noch nicht vollständig bereinigt. Welche Fassung jeweils gilt, ist davon abhängig, zu welchem Zeitpunkt der Vertrag geschlossen wurde beziehungsweise wann der Kunde zuletzt ausdrücklich seine Zustimmung zu einer AGB-Änderung erklärt hat.<sup>25</sup> Diese Situation ist für die Kreditinstitute nicht hinnehmbar, da sie im Massengeschäft auf identische Vertragsbedingungen angewiesen sind.<sup>26</sup> Die mit allgemeinen Geschäftsbedingungen beabsichtigte und ökonomisch berechtigte Rationalisierungsfunktion<sup>27</sup> wird somit ad absurdum geführt. Daher ist die Kreditwirtschaft darauf angewiesen, die heutigen AGB mit jedem ihrer Bestandskunden erneut zu vereinbaren und seine ausdrückliche Zustimmung hierzu einzuholen. Selbst diesen Weg wollen einige Literaten den Kreditinstituten mit Blick auf das Transparenzgebot verweigern.<sup>28</sup> Auch wenn diese These schon im Ansatz nicht überzeugen kann, zeigt sie doch die Schwierigkeiten mit der derzeitigen Situation gut auf. Bei Verweigerung der Zustimmung droht den Kunden zudem die Kündigung ihrer Bankverbindung.<sup>29</sup>

Erschwerend kommt hinzu, dass nicht nur die AGB-Banken, also die Kernregelungen für alle Bankgeschäfte mit jedem Kunden betroffen sind, sondern auch sämtliche Änderungen der Sonderbedingungen, die entweder entsprechende Zustimmungsfiktionen enthielten oder bei denen für die Anpassung auf Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken zurückgegriffen wurde. Dies könnte dazu führen, dass selbst Sonderbedingungen wie diejenigen für den Zahlungsverkehr bei langjährigen Bestandskunden nicht vereinbart wurden, als die rechtlichen Vorgaben zum Zahlungsverkehr in den Jahren 2009 und 2018 grundlegend geändert wurden. Zumindest kann man nicht pauschal davon ausgehen, dass die Kunden mit der fortgesetzten Nutzung des Kontos bzw. der Erteilung von Zahlungsaufträgen dem Änderungsangebot oder den neuen Sonderbedingungen konkludent zugestimmt haben.<sup>30</sup> Die These, dass eine konkludente Zustimmung aber dann vorliegt, wenn die Änderungen wegen der Neueinführung eines Produktes oder einer grundlegenden Änderung der gesetzlichen Vorgaben oder der Verwaltungspraxis der Bankenaufsicht notwendig wurden, ist zwar denkbar,<sup>31</sup> kann aber noch nicht als gesicherte Erkenntnis gelten, auf der die Kreditwirtschaft aufsetzen kann<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> Vgl. Edelmann, BB 2021, 1492.

<sup>26</sup> Casper, ZIP 2021, 2361, 2362. Treffend auch noch IX. Senat in BGH NJW 1990, 761, 763: „Jedenfalls bei massenhaft wiederkehrenden Geschäftsvorfällen ist dem Verwender ein berechtigtes organisatorisches Bedürfnis zuzubilligen, diese durch Fiktionen möglichst einfach zu bewältigen“; vgl. auch Pfeiffer, RdZ 2022, 18, 20.

<sup>27</sup> Vgl. dazu nur Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl. 2022, Vor §§ 305 ff. BGB Rn. 4.

<sup>28</sup> So ernsthaft Lang/Rösler, ZIP 2022, 504, 506 f.

<sup>29</sup> Näher zur Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung in diesem Zusammenhang Casper, ZIP 2021, 2361, 2366 f.

<sup>30</sup> Näher Casper, ZIP 2021, 2361, 2362 f. m. weit. Nachw.; a.A. jetzt vor allem Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 389 ff.

<sup>31</sup> Dafür: Omlor, NJW 2021, 2243, 2247 (Rn. 29 f.); Habersack, ZIP 2021, 1837, 1840 f.; Vogel, ZBB 2021, 312, 322, 324 f.; Casper, ZIP 2021, 2361, 2362 f.; ähnlich auch Lang/Rösler, ZIP 2022, 504, 506. Entsprechendes gilt für die auch vom Verf. in einem nicht veröffentlichten Rechtsgutachten vertretene These, dass eine konkludente Zustimmung durch eine aktive Nutzung des Kontos zumindest dann in Betracht kommt, wenn das Kreditinstitut nach der Verkündung der Entscheidung vom 27.04.2021 an einer in der Vergangenheit vorgenommenen, auf Art. 12 Abs. 5 AGB-Banken, Nr. 17 Abs. 5 AGB-Sparkassen gestützten Gebührenerhöhung festhält und die Kunden über die Tragweite der Entscheidung des BGH informiert hatte.

<sup>32</sup> Zweifel z.B. bei Rodi, WM 2021, 1357, 1358 f. Diese Bedenken über Gebühr kleinredend Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 386 ff.: „Die begrenzten Folgen der Entscheidung bei bestehenden Vertragsverhältnissen.“

## **4. Schwerfälligkeit des Zustimmungsmechanismus bei zukünftigen Vertragsänderungen**

### **a) Schwierigkeiten mit Blick auf § 675g Abs. 1 BGB**

Für die Zukunft erschwert das Urteil die Änderungen von AGB erheblich, da Verbraucher einer Änderung nun aktiv zustimmen müssen, was für die Kreditinstitute zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand und Ressourcenverbrauch führt. Dies hatte auch der vzbv (Verbraucherzentrale Bundesverband) bereits 2017 anerkannt.<sup>33</sup>

Mit Blick auf § 675g Abs. 1 BGB ist es seit dem BGH-Urteil vom 27.4.2021 erforderlich, dass sämtliche Reaktionen der Kunden auf das Änderungsangebot erfasst und archiviert werden. § 675g Abs. 1 BGB sieht vor, dass das Kreditinstitut dem Kunden eine Vertragsänderung mindestens zwei Monate vor deren beabsichtigtem Inkrafttreten anbieten muss. Sollte der Kunde das Angebot vor Ablauf der Frist von zwei Monaten annehmen, ist dies zu dokumentieren. Nimmt der Kunde das Angebot nicht an, sondern stellt Rückfragen oder begeht Änderungen, besteht die Gefahr, dass § 150 Abs. 2 BGB eingreift und die Anforderungen des § 675g Abs. 1 BGB nicht mehr gewahrt sind. Auch ist unklar, ob eine Annahme nach Ablauf der Zwei-Monatsfrist eine verspätete Annahme iSd. § 150 Abs. 1 BGB darstellt, sodass nunmehr ein Antrag des Kunden vorliegt, den das Kreditinstitut annimmt, mit der Folge, dass die Vorgaben des § 675g Abs. 1 BGB ebenfalls verfehlt wären.<sup>34</sup> Bei einer Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln müssen dagegen nur die (wenigen) Ablehnungen der Änderung erfasst werden.

### **b) Geringe Rücklaufquoten, Aufwand, höhere Gebühren**

Zudem zeigt sich in der Praxis, dass die Rücklaufquoten nach Erstansprache selbst beim Onlinebanking nur ca. 70% betragen. Im analogen Bereich liegen sie mitunter sogar deutlich unter 50%.<sup>35</sup> Erfolgt keine Reaktion des Kunden, wird das Kreditinstitut unter Verwendung verschiedener Kommunikationsmethoden weitere Nachfragen unternehmen, da aus dem Schweigen des Kunden i.d.R. nicht auf dessen Ablehnung geschlossen werden kann. Der damit verbundene Personal- und Sachaufwand ist erheblich. Banken berichten, dass sie auch nach der vierten Runde der Ansprache erst auf eine Zustimmungsquote von etwas über 90%, aber nie auf 100% kommen.<sup>36</sup> Die Anzahl der Kunden, die widersprechen, bewegt sich hingegen meist in einem moderaten Promillebereich. Damit verbleibt trotz intensiver Bemühung eine Residualgröße von ca. 10% von Kunden, die sich gar nicht melden und somit weder die Zustimmung noch die Ablehnung erklären. Es liegt nahe, dass dieser Kreis von Kunden nicht deshalb untätig bleibt, da er nicht einverstanden ist, sondern aus anderen Gründen nicht reagiert,

---

<sup>33</sup> Vgl. vzbv, Zahlungsverkehr transparent und gerecht regeln, 2017, S. 15: „Diese in § 675g BGB umgesetzte Regelung ergibt insofern Sinn, als es nicht vorstellbar wäre, dass wichtige, mit Änderungen im allgemeinen Zahlungsverkehr verbundene Vertragsänderungen erst durchgeführt werden könnten, wenn sich sämtliche Kunden von Rahmenverträgen rechtzeitig positiv zurückgemeldet haben.“, vgl.

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/fin-17-01-04-vzbv-stellungnahme\\_psdii\\_fuer\\_bmjv\\_0.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/fin-17-01-04-vzbv-stellungnahme_psdii_fuer_bmjv_0.pdf).

<sup>34</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit des § 675 Abs. 1 BGB in einem solchen Fall MünchKomm/Casper, BGB § 675g Rn. 4.

<sup>35</sup> Mündliche Auskunft der Deutschen Kreditwirtschaft im März 2022 unter Bezug auf die derzeit laufende Neuvereinbarung der AGB mit allen Kunden.

<sup>36</sup> Eine westfälische Sparkasse teilte dem Verf. im Zusammenhang mit einer anderen Anfrage mit, dass trotz intensiver Bemühung mit zahlreichen Mitarbeiterstunden in vier Anspracherunden nur eine Rücklaufquote von knapp 92% erreicht wurde.

etwa aus Desinteresse oder zeitlicher Überlastung.<sup>37</sup> *Grigoleit* spricht insoweit plastisch von einem Apathierisiko der Kreditinstitute.<sup>38</sup> Neben dem erheblichen Aufwand für das Kreditinstitut kann die fortlaufende Ansprache vom Kunden auch als lästig empfunden werden und die Geschäftsbeziehung belasten. Letztlich zahlen alle Kunden, also auch solche die unverzüglich zugestimmt haben, die Zeche, da die Kreditinstitute die erhöhten Transaktionskosten auf alle Kunden in Form von erhöhten Kontoführungsentgelten umlegen werden.<sup>39</sup> Dies ist angesichts der langjährigen Niedrigzinsphase und der damit verbundenen angespannten Ertragssituation der Kreditinstitute ein legitimes Verhalten, da Quersubventionierungen des Zahlungsverkehrs und Privatkundengeschäfts mit dem Kreditgeschäft betriebswirtschaftlich nicht mehr möglich sind. Derartige Gebührenerhöhungen werden aber bei Kunden naturgemäß kaum auf Begeisterung stoßen.

### c) Steine statt Brot: Gefahr der Kündigung des Kontos

Diese Folgen wären nur dann gerechtfertigt, wenn die Untersagung von Zustimmungsfiktionsklauseln zum Schutz der Verbraucher vor ungewollten Vertragsänderungen erforderlich wäre.<sup>40</sup> Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass das Verbot dieser Klauseln nicht zu einer Ausweitung der Einflussmöglichkeiten der Bankkunden auf den Inhalt der AGB führt. Unabhängig davon, ob der Änderungsmechanismus der Zustimmungsfiktionsklauseln verwendet wird, kann der Kunde nämlich im Ergebnis kaum verhindern, dass der oftmals über Jahre und Jahrzehnte währende Vertrag mit dem Kreditinstitut geändert wird. Kreditinstitute stellen ihre AGB in aller Regel nicht einzelfallbezogen zur Disposition und achten darauf, dass mit allen Kunden einheitliche AGB vereinbart werden. Folglich werden sie sowohl bei einer verweigerten Zustimmung beim ausdrücklichen Zustimmungsmodell wie bei einem Widerspruch im alten Zustimmungsfiktionsmodell die Geschäftsbeziehung mit dem Kunden, der den geänderten AGB nicht zustimmt, zumindest mittelfristig im Wege der Kündigung beenden. Gerade im margenschwachen Privatkundengeschäft stehen die Transaktionskosten infolge uneinheitlicher AGB in keinem adäquaten Verhältnis zu den Ertragsmöglichkeiten.

Eine derartige ordentliche Kündigung ist auch nicht zu beanstanden; sie ist zudem grundsätzlich auch nicht rechtsmissbräuchlich.<sup>41</sup> Da das Kreditinstitut ein nachhaltiges Interesse an einheitlichen AGB mit allen Kunden hat und kein sonstiges Mittel bleibt, um auf den Kunden „sanften Druck“ auszuüben, ist die Ankündigung einer Kündigung oft der einzige Weg, den

---

<sup>37</sup> Vgl. *Grigoleit*, ÖBA 2021, 885, 891 sowie ferner *Pfeiffer*, RdZ 2022, 18, 21 mit Kritik am Verbraucherleitbild des BGH.

<sup>38</sup> *Grigoleit*, ÖBA 2021, 888, 890 f.

<sup>39</sup> *Pfeiffer*, LMK 2021, 809884.

<sup>40</sup> *Grigoleit*, ÖBA 2020, 460, 463; *Herresthal*, ZHR 186 (2022), 373, 415 f.

<sup>41</sup> Vgl. etwa LG Stuttgart ZIP 2022, 577, 579 ff. (im Zusammenhang mit der Rückforderung von Gebühren in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren); sowie zur verweigerten Zustimmung BeckOGK-BGB/*Foerster* (1.7.2022) § 675g Rn. 38 f.; BeckOK-BGB/*Schmalenbach*, 63. Ed. Stand 1.8.2022, § 675g Rn. 13; *Staub/Grundmann*, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, Bankvertragsrecht, Zweiter Teil Rn. 292 Fn. 822; *Prütting/Wegen/Weinreich/Fehrenbacher*, BGB, 16. Aufl. 2021, § 675g Rn. 3; *Nobbe*, WM 2011, 961, 962; *Derleder*, NJW 2009, 3195, 3196; *Zahrte*, BKR 2019, 484, 489; *Lang/Rösler*, ZIP 2022, 504, 510 f.; *Grigoleit*, ÖBA 2021, 888, 890; vgl. auch näher zum Ganzen *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2366 f. unter Aufgabe abweichender Überlegungen in *Derleder/Knops/Bamberger*, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 131 sowie in *MünchKomm/Casper*, BGB, 8. Aufl. 2020, § 675g Rn. 10.

Kunden zur Zustimmung „zu motivieren“<sup>42</sup>. Selbst bei einem Basiskonto ist ein solches Kündigungsrecht bei der Ablehnung von Änderungsangeboten ausdrücklich im ZKG verankert (§ 42 Abs. 2 Nr. 4) und damit das Interesse an „einheitlichen AGB und Sonderbedingungen“ zumindest im Bereich der Basiskonten bereits durch den Gesetzgeber legitimiert.<sup>43</sup> Teilweise kommt es auch vor, dass die Kündigung unmittelbar übersandt wird, aber mit der Möglichkeit verbunden wird, der erbetenen Änderung noch zuzustimmen.<sup>44</sup> Dass die Kündigung oder ihre Androhung beim Bankkunden, insbesondere nach langjähriger Geschäftsbeziehung, zu einem hohen Frustrationspotential führen kann, liegt auf der Hand. Da der Kunde die Kündigung außer durch Zustimmung letztlich nicht abwenden kann und er bei einem etwaigen Wechsel des Kreditinstituts ohnehin die dortigen AGB akzeptieren muss, erhält er durch das BGH-Urteil vom 27.04.2021 im Vergleich zur Zustimmungsfiktion „Steine statt Brot“. Demgegenüber erfolgt eine Kündigung bei der Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln nur dann, wenn der Kunde der Änderung innerhalb von zwei Monaten widerspricht. Aus diesen Konsequenzen ergibt sich, dass die Untersagung von Zustimmungsfiktionsklauseln – auch abgesehen von den zu erwartenden höheren Bankentgelten – nicht im Interesse der Kunden liegt.<sup>45</sup> Für den Kunden, der die AGB-Änderung nicht akzeptieren will, liegt keine signifikante Erschwerung vor. Bei einer Zustimmungsfiktionsklausel kann er aktiv widersprechen, bevor die Kündigung droht. Beim Zustimmungsmodell hat er zwar zunächst keine Initiativlast, aber regelmäßig wird er auch hier die Zustimmung ausdrücklich verweigern müssen. Der Kunde kann aber auch abwarten, ob das Kreditinstitut wirklich mit einer Kündigung oder deren Androhung auf ihn zukommt. Für die Mehrzahl der Kunden, die an der AGB-Änderung rational desinteressiert ist, da diese für sie z. B. keine Relevanz hat oder der Kunde sich nicht die Mühe machen will, den Inhalt der AGB nachzuvollziehen, bedeutet das Zustimmungsmodell hingegen im Ergebnis eine Verschlechterung. Diese Kunden reagieren aufgrund ihres Desinteresses nämlich oftmals gar nicht auf die Aufforderung zur Zustimmung und drohen somit ihre Bankverbindung zu verlieren.

#### **d) Keine geringere Frequenz von AGB-Änderungen; Gefahr eines Innovationshemmnisses**

Ein Vorteil könnte allein darin liegen, dass Kreditinstitute aufgrund des hohen Aufwands weniger häufig ihre AGB und ihr Preis- und Leistungsverzeichnis ändern und somit alles „beim Alten bleibt“. Aber auch dieses Argument greift zu kurz, da die Änderung der AGB oft nicht durch das Kreditinstitut selber, sondern durch eine geänderte Rechtsprechung oder angepasste gesetzliche Vorgaben getrieben wird. Ein bekanntes Beispiel ist die Änderung von Nr. 26 AGB-Sparkassen im Jahr 2016. Dort hatte der BGH die Vorgängerfassung ohne Not für intransparent

---

<sup>42</sup> Ausdruck nach *Rodi*, WM 2021, 1357, 1362; siehe auch LG Stuttgart, Urt. v. 15.2.2022 - 34 O 98/21 KfH = WM 2022 Heft 32, 1534 zur Zulässigkeit einer Androhung einer Kündigung. Allerdings hat die BaFin in einer Aufsichtsmitteilung v. 26.10.2021 ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass Kontosperren (ohne Kündigung) beim Ausbleiben der Zustimmung zu unterbleiben haben.

<sup>43</sup> Vgl. etwa BeckOGK/*Linardatos*, 15.07.2022, ZKG § 42 Rn. 28.

<sup>44</sup> Etwas moderater ist das sog. Postbank-Modell ausgestaltet, wonach die Änderungskündigung nur denjenigen Kunden zugesandt wird, die auch nach mehrfacher Ansprache noch nicht zugestimmt haben. Dies wird mit dem Hinweis verbunden, dass die Bank die Weiternutzung des Kontos ohne Rückmeldung als Zustimmung zu dem im Wege der Änderungskündigung angebotenen Modell verstehen wird. Zur rechtlichen Evaluation dieses Modells vgl. *Rodi*, ZIP 2022, 1583, 1587 ff.

<sup>45</sup> *Rodi*, WM 2021, 1357, 1362 f.; *Grigoleit*, ÖBA 2021, 885, 891; *Zahrte*, BKR 2022, 69, 70.

erachtet,<sup>46</sup> sodass die Sparkassen reagieren mussten. Seither machen sie die Kündigung explizit von dem Vorliegen eines sachgerechten Grundes abhängig, auch wenn dieses Erfordernis schon zuvor gegolten hatte.<sup>47</sup> Auch Entgeltänderungen werden in aller Regel nicht aus „Jux und Dollerei“ oder schlichem Profitstreben vorgenommen, sondern reagieren auf Änderungen in der Gesetzgebung<sup>48</sup> oder Rechtsprechung<sup>49</sup>, auf ein geändertes Marktumfeld wie die lang anhaltende Niedrigzinsphase, die eine Quersubventionierung von Zahlungskonten durch das Kreditgeschäft unmöglich macht, oder auf gestiegenen technischen Aufwand wie im Zusammenhang mit der Einführung der starken Kundensubauthentifizierung iSd. § 55 ZAG. Auch technische Innovationen machen häufig eine Anpassung der AGB erforderlich, etwa die Einführung der „NFC“-Funktion bei der Debitkarte, die in der Corona-Pandemie erst ein flächendeckendes „kontaktloses“ bargeldloses Zahlen ermöglichte. Wenn das Kreditinstitut insoweit nicht die Möglichkeit einer einfachen Anpassung seiner AGB hat, wenn dies notwendig ist, da z.B. neue Haftungsvorschriften eingeführt oder bestehende angepasst werden müssen, könnte sich das AGB-Recht als Innovationshemmnis erweisen. Der weitgehende Verzicht auf AGB-Änderungen ist also keine realistische Alternative.<sup>50</sup>

## 5. Drohende Ausdehnung auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr

Die Entscheidung vom 27.4.2021 ist zwar ausdrücklich auf die Verwendung der Klauseln gegenüber Verbrauchern beschränkt. Gegen eine Übertragung auf den unternehmerischen Verkehr spricht insbesondere das Leitbild der §§ 91a, 362 Abs. 1, 377 Abs. 2, 386 Abs. 1 HGB.<sup>51</sup> Es ist dennoch denkbar bis erwartbar, dass der Bundesgerichtshof die Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln auch gegenüber Unternehmern untersagen könnte.<sup>52</sup> Diese Entwicklung war bereits bei der Beanstandung von Bearbeitungsentgelten in Darlehensverträgen zu beobachten. Nachdem der XI. Zivilsenat diese langjährige Praxis für Verbraucherdarlehensverträge im Jahr 2014 gekippt hatte,<sup>53</sup> dehnte er diese Rechtsprechung drei Jahre später entgegen vertiefter Argumentation, die auf Besonderheiten im

---

<sup>46</sup> BGHZ 205, 220 = WM 2015, 1379 Rn. 12 ff.; kritisch zum Ganzen *Casper* in Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 140a.

<sup>47</sup> Zur sog. Sparkassen-Falle im Zusammenhang mit BGH v. 27.04.2021 vgl. *Habersack*, ZIP 2021, 1837, 1840 f.; *Vogel*, ZBB 2021, 312, 324 f. sowie *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2368 einerseits und – kaum vertretbar – andererseits Staudinger/Piekenbrock/Rodi (2019), BGB, Anh. zu §§ 305-310 Rn. F 146.4 (Onlineaktualisierung vom 22.9.2021).

<sup>48</sup> Zu denken ist etwa an den gestiegenen Aufwand nach Umsetzung der zweiten Zahlungsdienste-RL, der sich insbesondere aus der Einführung einer starken Kundensubauthentifizierung ergab.

<sup>49</sup> Beispielsweise mussten nach BGH v. 28.07.2015 – XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 ff. Preisklauseln mit einer Gebühr pro Buchungsposten dahingehend ergänzt werden, dass keine Berechnung von Entgelten erfolgt, wenn der Auftrag fehlerhaft ausgeführt oder eine Buchung korrigiert wurde. Außerdem mussten z.B. im Anschluss an BGH, Urt. v. 25.07.2017 – XI ZR 260/15, ZIP 2017, 1740, Rn. 24 ff. (Revision zu OLG Frankfurt ZIP 2015, 1967) geregelt werden, dass für eine smsTAN keine Gebühr berechnet wird, wenn kein Auftrag ausgeführt wurde.

<sup>50</sup> Ebenso *Grigoleit*, ÖBA 2020, 460, 461.

<sup>51</sup> *Vogel*, ZBB 2021, 312, 321; *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2365.

<sup>52</sup> Näher dazu *Casper*, ZIP 2021, 2361, 2365; explizit für eine Übertragung der Entscheidung auf den Unternehmensverkehr *Graf von Westphalen*, NJW 2021, 3145, 3147 ff.; *Rösler*, ÖBA 2021, 685, 688; *Dieckmann*, BKR 2021, 657, 659.

<sup>53</sup> BGHZ 203, 115 (Rn. 14 ff.) = ZIP 2014, 2334 = EWiR 2014, 437 f. (*Casper*); Gegenposition bei *Casper/Möllers*, BKR 2014, 59 ff.

unternehmerischen Verkehr hingewiesen hatte,<sup>54</sup> auch auf gewerbliche Darlehen aus,<sup>55</sup> ohne auf die Besonderheiten im unternehmerischen Geschäftsverkehr besondere Rücksicht zu nehmen.<sup>56</sup> Dass eine derartige ausgreifende Rechtsprechung kein Schreckgespenst des Verfassers dieses Aufsatzes ist, der seit Jahren zusammen mit anderen Literaten vergeblich mit dem XI. Zivilsenat um die Anerkennung des Verursacherprinzips in der AGB-rechtlichen Entgeltrechtsprechung ringt,<sup>57</sup> zeigt sich darin, dass die nunmehr von der Kreditwirtschaft seit September 2021 eingesetzte Fassung von Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken, die nur noch in sehr eng begrenzten Fällen auf eine Zustimmungsfiktion setzt, darauf verzichtet hat, die bisherige Fassung der Zustimmungsfiktion im unternehmerischen Geschäftsverkehr weiterzuverwenden.<sup>58</sup>

## 6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich folglich festhalten, dass die Untersagung von Zustimmungsfiktionsklauseln durch den Bundesgerichtshof zu einer erheblichen Erschwerung der in einem - Jahre, wenn nicht Jahrzehnte währendem - Dauerschuldverhältnis regelmäßig notwendigen Änderungen von AGB im Bankverkehr führt, ohne dass dies den Interessen der Bankkunden wirklich dient. Aus diesem Grund sollte der Gesetzgeber tätig werden und die Verwendung derartiger Klauseln in gewissen Grenzen wieder ermöglichen, auch um Rechtssicherheit zu schaffen. Gesetzgebung ist oft eine Frage der Interessenabwägung. Das Interesse der Kreditwirtschaft an einem unkomplizierten und rechtssicheren Anpassungsmechanismus von AGB ist hoch, die Nachteile für die Kundschaft gegenüber dem jetzt praktizierten Zustimmungsmodell sind gering oder gar nicht vorhanden, sodass die Interessenabwägung hier zugunsten der Kreditwirtschaft ausfallen sollte.

Man kann dem hier bejahten gesetzgeberischen Handlungsbedarf auch nicht entgegenhalten, dass der BGH in der Postbankentscheidung die Tür für hinreichend bestimmte Zustimmungsfiktionsklauseln offengelassen hat, da er der Praxis keine Leitlinien an die Hand gegeben hat, wann noch von einer hinreichenden Bestimmtheit ausgegangen werden kann. Die jetzige Fassung der Nr. 1 Abs. 2 AGB-Banken/Nr. 2 AGB-Sparkassen zeigt, dass dieser aus den wenigen abstrakten Hinweisen des BGH abgeleitete Ansatz in komplizierten, für den Kunden kaum noch verständlichen kasuistischen Aufzählungen endet, die allenfalls dem Allgemeinen Preußischen Landrecht zur Ehre gereichen. Es ist deshalb Aufgabe des Gesetzgebers diese Konturen vorzugeben, indem er die ökonomisch sinnvollen Zustimmungsfiktionsklauseln wieder zulässt und die erforderlichen Schranken als gesetzliche Leitplanken (dazu näher IV.1.) aufnimmt. Die dann immer noch mögliche Transparenzkontrolle künftiger Zustimmungsfiktionsklauseln, die diese Leitplanken umsetzen,

<sup>54</sup> Casper/Möllers, WM 2015, 1689, 1691 ff. m. weit. Nachw.

<sup>55</sup> BGHZ 215, 172 (Rn. 17 ff.) = ZIP 2017, 1610.

<sup>56</sup> Kritisch dazu nochmals Casper in Mülbert u.a. (Hrsg.), Bankrechtstag 2017, S. 11, 26 ff. m. weit. Nachw.

<sup>57</sup> Überblick bei Casper in Mülbert u.a. (Hrsg.), Bankrechtstag 2017, S. 11, 13 und passim; näher zum Verursacherprinzip Bitter, ZBB 2007, 237, 242 f. sowie ZIP 2008, 2155, 2158 ff.; vgl. auch ders., JZ 2015, 170 ff.; dazu auch Becher/Krepold, BKR 2014, 45, 55; Müller/Marchant/Eilers, BB 2017, 2243, 2246 und grundlegend weiterhin Canaris, AcP 200 (2000), 273, 337 ff.; allg. zur ökonomischen Analyse von Bankenentgelten vgl. weiterführend auch Köndgen, ZBB 1997, 117 ff.

<sup>58</sup> Einige Kreditinstitute sollen allerdings im unternehmerischen Verkehr die bisherigen Nr. 1 Abs. 2, 12 Abs. 5 AGB-Banken weiterverwenden, so zumindest Lang/Rösler, ZIP 2022, 504, 505.

wird ebenfalls noch ein Restrisiko für eine erneute Beanstandung durch den BGH enthalten, das aber beherrschbar sein sollte. Der derzeitige Verweis des XI. Senats auf hinreichend bestimmte Zustimmungsfiktionsklauseln ist nur ein theoretischer, aber kein praktisch gangbarer Weg.

Ein gesetzlich verankerter AGB-Änderungsmechanismus per Zustimmungsfiktion, der der Inhaltskontrolle entzogen ist, hilft auch bei einer rechtssicheren Umsetzung von regulatorischen bzw. gesetzlichen Vorgaben in vertraglichen Vereinbarungen mit den Kunden. Da die Umsetzung dieser Vorgaben für die Kreditinstitute verpflichtend ist, müssen darauf beruhende Anpassungen der Inhaltskontrolle im Sinne der §§ 307 ff. BGB entzogen werden, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden.

Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, dass außer in Österreich eine derart kritische Sichtweise auf den AGB-Änderungsmechanismus mittels Zustimmungsfiktion in anderen Ländern der EU bzw. des EWR unbekannt ist. Es droht hier abermals ein bedenklicher deutscher Sonderweg.<sup>59</sup> Das widerspricht nicht nur dem Ziel einer europäischen Binnenmarktharmonisierung im Finanzdienstleistungssektor, sondern verzerrt langfristig auch den Wettbewerb zu Lasten deutscher Kreditinstitute.

### **III. Einführung eines gesetzlichen Leitbildes**

#### **1. Überblick, Regelungsstandort**

Eine Möglichkeit für den Gesetzgeber, die Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln zu ermöglichen, besteht in einer Änderung des AGB-Rechts. Dieser systematische Standort liegt prima vista nahe, wenn eine Regelung getroffen werden soll, die sich nicht nur auf Bankverträge bezieht, sondern sektorübergreifend für alle Dauerschuldverhältnisse gelten soll. Anknüpfen könnte eine derartige AGB-rechtliche Lösung an die Vorschrift des § 308 Nr. 5 BGB. Danach ist die Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung durch den Kunden aufgrund der Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung dann wirksam, wenn dem Kunden eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wird und der Verwender den Kunden besonders auf die Bedeutung des Verhaltens hinweist.

Nach der Rechtsprechung schließt die Einhaltung der Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB durch eine Zustimmungsfiktionsklausel deren Unwirksamkeit nach § 307 BGB de lege lata allerdings nicht aus.<sup>60</sup> Dies könnte der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Regelung ändern, dass eine die Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB erfüllende Klausel keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB darstellt. Der Gesetzgeber geht in den Gesetzgebungsmaterialien zu § 675g BGB zu Recht davon aus, dass eine Klausel, die den Bestimmungen der § 675g Abs. 1 und 2 BGB genügt, auch nicht gegen § 308 Nr. 5 BGB verstößt.<sup>61</sup> Mit einer zusätzlichen

<sup>59</sup> Zahrte, BKR 2022, 69 (78), der treffend von einem „‘German Sonderweg‘ im Zahlungsdienstrecht“ spricht. Ob Kai Zahrte mit seiner Formulierung außer auf die geschichtswissenschaftliche und demokratie-theoretische Sonderwegsthese auch auf die komplementären Stereotypen „German Angst“ bzw. „German assertiveness“ anspielt, sei hier dahingestellt.

<sup>60</sup> BGHZ 229, 344 (Rn. 18) = ZIP 2021, 1262 m. weit. Nachw.

<sup>61</sup> BT-Drucks. 16/11643, S. 103: „Abweichend von dem Grundsatz der beiderseitigen Zustimmung zu einer Vertragsänderung erlaubt Absatz 2 eine Fiktion der Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers bei Einhaltung

Klarstellung im AGB-Recht wäre somit auch für den Bereich der Bankgeschäfte sichergestellt, dass eine dem § 675g BGB entsprechende Zustimmungsfiktionsklausel nicht gegen § 307 BGB verstößt. Dies hatte der Gesetzgeber 2009 bei der Umsetzung der ersten EU-Zahlungsdiensterichtlinie<sup>62</sup> zwar nicht ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien betont, aber unterstellt.

Statt einer sektorübergreifenden Regelung im gesamten AGB-Recht wäre aber auch eine auf Bankgeschäfte beschränkte Klarstellung in § 675g BGB denkbar, die dann allerdings nicht allein auf Zahlungsdiensterahmenverträge zu begrenzen wäre. Für eine derartige bankenspezifische Lösung könnte streiten, dass bisher eine Übertragung der Postbankentscheidung auf andere Vertragstypen nicht stattgefunden hat.<sup>63</sup> Schließlich könnte man auch eine derartige sektorspezifische oder auch eine übergreifende Klarstellung für alle Dauerschuldverhältnisse in § 307 Abs. 3 oder § 310 BGB vornehmen.

Es wird letztlich eine politische Entscheidung sein, ob man sich für eine sektorübergreifende Lösung entscheidet. Dafür streitet die vergleichbare Problematik in anderen Dauerschuldverhältnissen. Allerdings könnte auch bereits eine auf § 675g BGB begrenzte Klarstellung ein Signal an die Rechtsprechung sein, den durch die Entscheidung vom 27.04.2021 vorgezeichneten Weg nicht auf andere Vertragstypen zu übertragen. Die nachfolgende Darstellung soll sich deshalb auf eine Klarstellung in § 675g BGB konzentrieren und der Frage nachspüren, ob das Europarecht dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsgrenzen vorgibt, denn diese Frage stellt sich unabhängig vom Regelungsstandort und Anwendungsbereich der Klarstellung.

## **2. Vorgaben der EU-Zahlungsdiensterichtlinie II (Richtlinie [EU] 2015/2366)**

Die ZDRL II<sup>64</sup> basiert auf dem Vollharmonisierungsansatz, Art. 107 Abs. 1 ZDRL II. Damit sind nationale Vorschriften, die ein strengeres Schutzniveau vorsehen, ebenso unzulässig wie Vorgaben, die nach unten abweichen. Begreift man Art. 54 Abs. 1 ZDRL II, der im deutschen Recht durch § 675g BGB umgesetzt wird, als speziellere Vorschrift, die hinsichtlich der dort zugelassenen Vereinbarung einer Zustimmungsfiktion den Rückgriff auf die AGB-Kontrolle sperrt,<sup>65</sup> ergeben sich keine Bedenken. Eine Regelung in § 675g BGB, die die Zulässigkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln klarstellt, die den Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB genügen, wäre nach dieser Auffassung unproblematisch zulässig, da sie nur das klarstellen würde, was nach der Zahlungsdiensterichtlinie ohnehin schon gilt.

Allerdings geht der EuGH und ihm folgend der BGH mit Blick auf die AGB-Kontrolle davon aus, dass beide Richtlinien nebeneinander zur Anwendung kommen und kein

---

bestimmter Bedingungen durch den Zahlungsdienstleister. ... Eine solche Vereinbarung wäre demnach nicht nach § 308 Nr. 5 unwirksam.“

<sup>62</sup> Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG.

<sup>63</sup> Dies erwartend aber *Rodi*, WM 2021, 1357, 1365; *Artz*, BKR 2021, 488, 494.

<sup>64</sup> Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt.

<sup>65</sup> Zum Diskussionstand vgl. die Nachw. oben in Fn. 11.

Spezialitätsverhältnis des Art. 54 Abs. 1 ZDRL II gegenüber Art. 3 Klausel-RL<sup>66</sup> besteht.<sup>67</sup> Die Frage der Missbräuchlichkeit von in Zahlungsdiensterahmenverträgen verwendeten Klauseln richtet sich nach dieser Ansicht nach der Klausel-RL, während Art. 54 ZDRL II nur Mindestvoraussetzungen für das Zustandekommen des Vertrags aufstellt, die erfüllt sein müssen, damit eine Inhaltskontrolle überhaupt stattfinden kann. Der EuGH hat in der DenizBank-Entscheidung zwar festgestellt, dass Art. 54 Abs. 1 ZDRL II aufgrund einer Zustimmungsfiktion nur solche Änderungen des Rahmenvertrags zulässt, die dessen Bedingungen nicht so stark abändern, dass der Änderungsvorschlag dem Abschluss eines neuen Vertrags gleichkommt.<sup>68</sup> Im Übrigen hat er die Frage, ob eine Zustimmungsfiktion in einem Zahlungsdiensterahmenvertrag eine unangemessene Benachteiligung darstellt jedoch – anders als der XI. Senat in seiner Postbankentscheidung – offengelassen.<sup>69</sup>

Man kann dem hier unterbreiteten Regelungsvorschlag auch nicht entgegenhalten, dass innerhalb des Zahlungsdiensterechts zugleich auch nationales AGB-Recht geregelt wird, denn eine Richtlinie determiniert nicht den systematischen Aufbau nationaler Gesetze. Insbesondere besteht kein Verbot, in die nationalen Vorschriften, die eine vollharmonisierende Richtlinie umsetzen, auch ergänzende, die AGB-Kontrolle ausgestaltende Vorschriften aufzunehmen.

Folglich steht der Vollharmonisierungsgrundsatz in Art. 107 ZDRL II einer möglichen Ergänzung des § 675g BGB um ein nationales Leitbild nicht entgegen. Freilich muss eine derartige Ergänzung auch den Vorgaben der Klausel-RL standhalten, was im Folgenden zu untersuchen sein wird.

### **3. Vorgaben aus der Klausel-RL (Richtlinie 93/13/EWG) sprechen nicht gegen die Zulässigkeit einer klarstellenden Fiktionsregelung des deutschen Gesetzgebers**

#### **a) Struktur, Inhalt und Umsetzung der Klausel-RL im Überblick**

Die Klausel-RL<sup>70</sup> beinhaltet Vorgaben zu der Frage, wann Klauseln in Verträgen zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern missbräuchlich sind. Die Richtlinie verfolgt gem. Art. 8 den Grundsatz der Mindestharmonisierung, wonach die Mitgliedstaaten zwar nicht zum Nachteil, sehr wohl aber zum Vorteil der Verbraucher von der Richtlinie abweichen dürfen.

Eine zentrale Norm der Klausel-RL ist Art. 3 Abs. 1, der bestimmt, dass eine nicht im einzelnen ausgehandelte Klausel als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht. Gemäß Art. 4 Abs. 1 wird die Missbräuchlichkeit unter Berücksichtigung der Art der Güter oder

---

<sup>66</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

<sup>67</sup> EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 62 – DenizBank: „Handelt es sich bei dem Zahlungsdienstnutzer um einen Verbraucher, ist die Richtlinie 2015/2366 folglich neben der Richtlinie 93/13 in der durch die Richtlinie 2011/83 geänderten Fassung anwendbar und somit unbeschadet der Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie 93/13 getroffen haben, die auf dem durch sie geregelten Gebiet nur eine Mindestharmonisierung bewirkt und den Erlass mit dem Vertrag vereinbarer strengerer Bestimmungen erlaubt, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.“

<sup>68</sup> EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 47 – DenizBank.

<sup>69</sup> Kritisch insoweit auch *Langner*, WM 2021, 1869, 1873 sowie *Grigoleit*, ÖBA 2021, 888, 890.

<sup>70</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsschluss begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrags, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses beurteilt.

Der Anhang der Richtlinie enthält eine gemäß Art. 3 Abs. 3 als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste der Klauseln, die für missbräuchlich erklärt werden können. Dieser Anhang ist nach der Rechtsprechung des EuGH nicht allein für die Beurteilung einer Klausel als missbräuchlich maßgeblich, aber eine wesentliche Grundlage, auf die diese Beurteilung gestützt werden kann.<sup>71</sup> Nach Art. 6 Abs. 1 sind missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unwirksam. Gem. Art. 5 der Klausel-RL müssen schriftlich niedergelegte Klauseln zudem klar und verständlich abgefasst sein. Der EuGH versteht dieses Transparenzgebot wohl als speziell geregeltes Kriterium der Missbräuchlichkeit.<sup>72</sup>

Gemäß Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL unterliegen Hauptleistungspflichten nicht der Missbrauchs kontrolle, sofern die Anforderungen des Transparenzgebots erfüllt sind. Diese Einschränkung gilt aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht für Vertragsänderungsmechanismen, die Hauptleistungspflichten betreffen.<sup>73</sup>

Die Klausel-RL wird durch die §§ 305 ff. BGB in das deutsche Recht umgesetzt. Der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB geht aber insofern über den der Klausel-RL hinaus, dass er nicht auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden (in der Terminologie des BGB Unternehmern) und Verbrauchern beschränkt ist. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs, also insbesondere für Verträge zwischen Gewerbetreibenden, enthält die Richtlinie keine Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber.<sup>74</sup>

Soweit sie sich auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern bezieht, setzt die Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB den Art. 3 Abs. 1 und § 307 Abs. 1 S. 2 BGB den Art. 5 S. 1 der Klausel-RL in deutsches Recht um. Der deutsche Gesetzgeber darf folglich in die Anwendung des § 307 Abs. 1 BGB nicht in einer Weise eingreifen, die gegen eine der genannten Bestimmungen der Klausel-RL verstößt.

### **b) Konkretisierungszuständigkeit der (nationalen) Rechtsprechung als Kompetenz-enklave für den nationalen Gesetzgeber?**

Seit der Entscheidung „Freiburger Kommunalbauten“ entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH, nur allgemein die Faktoren zu definieren, die einer Vertragsklausel missbräuchlichen Charakter verleihen. Die Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf bestimmte Klauseln nimmt der EuGH dagegen nicht vor.<sup>75</sup> Aus dem Umstand, dass der EuGH

---

<sup>71</sup> EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 26 – Invitel.

<sup>72</sup> Vgl. EuGH v. 28.07.2016 – C191/15, NJW 2016, 2727, Rn. 64 f.; EuGH v. 13.05.2014 – C-131/12, EuZW 2014, 506, Rn. 40; EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 47, 55 – RWE Vertrieb; dies explizit formulierend Generalanwältin Verica Trstenjak in den Schlussanträgen vom 13.09.2021, C-92/11 – RWE Vertrieb AG / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., Rn. 62 f.; für diese Deutung der Rechtsprechung m. weit. Nachw. Stempel, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht, 2016, S. 137.

<sup>73</sup> EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 23 – Invitel.

<sup>74</sup> Vgl. nur Staudinger/Wendland (2019), BGB, § 307 Rn. 79.

<sup>75</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 19 ff. – Freiburger Kommunalbauten; EuGH v. 26.10.2006 – C-168/05, NJW 2007, 135, Rn. 22 – Mostaza Claro; EuGH v. 04.06.2009 – C-243/08, NJW 2009,

nur allgemeine Kriterien aufstellt, wird überwiegend gefolgert, dass die Klausel-RL das nationale Recht nur soweit determiniert, wie die durch den EuGH aufgestellten allgemeinen Kriterien reichen.<sup>76</sup> So führt der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2017 aus, dass die Konkretisierung des in „der Verbrauchsgüterkauf-RL verwendeten [unbestimmten] Begriff[s] der erheblichen Unannehmlichkeit richtlinienkonform [...] anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls“ durch ein nationales Gericht „nach Maßgabe seiner vom nationalen Gesetzgeber im Zuge der Richtlinienumsetzung erfahrenen Konkretisierung“ zu erfolgen habe [Hervorhebung durch den Verf.].<sup>77</sup> Denkbar wäre aber auch ein Verständnis, dass der EuGH damit nur seine Zuständigkeit zugunsten der nationalen Gerichte beschränkt, nicht aber die Regelungsdichte des Art. 3 Klausel-RL.<sup>78</sup> Dies könnte man dann dahin weiterdenken, dass der nationale Gesetzgeber nicht in die den nationalen Gerichten übertragene Interpretation der den Art. 3 umsetzenden Vorschriften eingreifen darf. Anders ausgedrückt wären nur die nationalen Gerichte und nicht auch der nationale Gesetzgeber zur Konkretisierung der in der Klausel-RL verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe berufen. Art. 3 Klausel-RL würde damit bildlich gesprochen eine Kompetenz-Enklave bei der Ausgestaltung neuer gesetzlicher Leitbilder für die AGB-Kontrolle zulasten des nationalen Gesetzgebers enthalten.<sup>79</sup> Eine derartige Interpretation kann indes nicht überzeugen und lässt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten.

Ausgangspunkt der über die Jahre dichter werdenden Rechtsprechung des EuGH zur Klausel-RL um die Reichweite und Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe war die Entscheidung in der Rechtssache „Freiburger Kommunalbauten“. Darin betonte der EuGH zunächst, dass „Artikel 3 der Richtlinie mit der Bezugnahme auf die Begriffe von Treu und Glauben und des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragspartner nur abstrakt die Faktoren definiert, die einer nicht im Einzelnen ausgehandelten Vertragsklausel missbräuchlichen Charakter verleihen“.<sup>80</sup> Sodann stellt der EuGH fest, dass er die „zur Definition des Begriffes der missbräuchlichen Klausel verwendeten allgemeinen Kriterien auslegen kann“.<sup>81</sup> Dagegen „kann er<sup>82</sup> sich nicht zur Anwendung dieser allgemeinen Kriterien auf eine bestimmte Klausel äußern, die anhand der Umstände des konkreten Falles zu prüfen ist.“<sup>83</sup> Diese Aufgabe weist der EuGH dann zusammenfassend dem vorlegenden nationalen Gericht zu.<sup>84</sup> Damit ist freilich keine ausschließliche Kompetenzzuweisung an die

---

2367, Rn. 37 ff. – Pannon GSM; EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 48 – RWE Vertrieb; ausführlich zur Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zur Konkretisierung des Art. 3 Stempel, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht, 2016, S. 108 ff.

<sup>76</sup> Vgl. nur Casper, ZIP 2021, 2361, 2371; implizit auch Berger, EWiR 2021, 483, 484; Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 417 f.; vgl. auch die in einem anderen Zusammenhang angestellte Überlegung von Herresthal, NJW 2021, 589, 591; Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 401.

<sup>77</sup> BGH NJW 2017, 2758 Rn. 24.

<sup>78</sup> Überblick zum Diskussionsstand bei Staudinger/Wendland (2019), BGB, § 307 Rn. 73 f.

<sup>79</sup> So tendenziell Stempel, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht, 2016, S. 169.

<sup>80</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 19 – Freiburger Kommunalbauten.

<sup>81</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 22 – Freiburger Kommunalbauten.

<sup>82</sup> Gemeint ist hier der EuGH selbst, da der EuGH in diesem Zitat zustimmend entsprechende Überlegungen des Generalstaatsanwalts wiedergibt.

<sup>83</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 19 – Freiburger Kommunalbauten.

<sup>84</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 25 – Freiburger Kommunalbauten: „Daher ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, festzustellen, ob eine Vertragsklausel wie die, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens ist, die Kriterien erfüllt, um als missbräuchlich im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie qualifiziert zu werden.“

nationalen Gerichte gemeint, da der EuGH in dieser Entscheidung wie auch in den zahlreichen Folgeentscheidungen gar nicht über die Frage zu entscheiden hatte, ob der nationale Gesetzgeber nachträglich im Wege der Konkretisierung oder Ergänzung ein nationales Leitbild aufstellen und somit die nationale Rechtsprechung „zurückpfeifen“ kann. Im Gegenteil ist in der Entscheidung Freiburger Kommunalbauten der Grundstein für die Aussage gelegt, dass der EuGH nur die Rahmenrichtlinien für die unbestimmten Rechtsbegriffe wie „Treu und Glauben“ oder „unangemessene Benachteiligung“ vorgibt. Die konkrete Subsumtion überlässt der EuGH anhand der Vorgaben des nationalen Rechts aber den nationalen Organen mit der Folge, dass die Auslegung in verschiedenen Mitgliedstaaten auch unterschiedlich ausfallen kann.<sup>85</sup> Der Verweis an die nationalen Gerichte bezeichnet mithin nur den Regelfall. Unstreitig ist aber, dass der nationale Gesetzgeber dabei den nationalen Gerichten Vorgaben machen und den erreichten Rechtszustand ändern oder konkretisieren kann, solange er sich damit nicht zu konkreten Vorgaben der Klausel-RL in Widerspruch setzt und ein niedrigeres Schutzniveau schafft, als die RL es vorgibt. Dass es keine durch den EuGH verordnete Kompetenzenklave für den nationalen Gesetzgeber zugunsten der nationalen Gerichte geben kann, folgt schon aus dem Demokratieprinzip und dem Pramat des Gesetzes für die Rechtsprechung.

Diese Sichtweise bestätigt sich auch in den Folgeentscheidungen des EuGH, wie etwa Pannon GSM, VB Péntügyi Lízing, Asbeek Brusse und de Man Garabito, Invitel und RWE-Vertrieb.<sup>86</sup> Jeweils wird dem EuGH eine konkrete Anwendungsfrage vorgelegt, die er an das nationale Gericht mit der Bemerkung zurückspielt, dass das vorlegende Gericht über die Frage der Missbräuchlichkeit anhand der Maßstäbe im nationalen Recht und der Umstände des Einzelfalls entscheiden muss. Besonders deutlich wird diese Sichtweise in der Rechtssache Invitel.<sup>87</sup> In Rn. 30 heißt es: „Es ist Sache des nationalen Gerichts [...] anhand von Art. 3 Abs. 1 und 3 der Richtlinie die Missbräuchlichkeit einer Klausel [...] zu beurteilen. Im Rahmen dieser Beurteilung hat dieses Gericht insbesondere *zu prüfen, ob im Lichte* sämtlicher Klauseln in den AGB [...] und *der nationalen Rechtsvorschriften*, die Rechte und Pflichten regeln, die zu den in den AGB vorgesehenen hinzukommen könnten, [...]“ ein Verstoß gegen Art. 3 der Klausel-RL vorliegt [Hervorhebung durch den Verf.]. Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass zwar das nationale Gericht die Überprüfung vornehmen darf, sein Maßstab bei der Auslegung aber das jeweilige nationale Recht ist, das durch den nationalen Gesetzgeber konkretisiert oder fortentwickelt werden kann.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rechtssache Kommission ./. Spanien.<sup>88</sup> Dort ging es um die Auslegung des Begriffs des „engen Zusammenhang[s]“ iSd. Art. 6 Abs. 2 Klausel-RL und damit um die Frage, welches Recht Anwendung findet; letztlich also um den Anwendungsbereich der Richtlinie.<sup>89</sup> Der EuGH führt insoweit aus, dass dieser Begriff in der Richtlinie zwar

<sup>85</sup> So auch Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Art. 3 RL Rn. 47.

<sup>86</sup> EuGH v. 04.06.2009 – C-243/08, NJW 2009, 2367, Rn. 37, 44 – Pannon GSM; EuGH v. 9.11.2010 – C-137/08, RIW 2010, 876, Rn. 42 f. – VB Péntügyi Lízing; EuGH v. 30.5.2013 - C-488/11, NJW 2013, 2576, Rn. 40 f. – Asbeek Brusse und de Man Garabito; EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 22, 24, 30 – Invitel; EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 48 – RWE Vertrieb.

<sup>87</sup> EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 22 – Invitel.

<sup>88</sup> EuGH v. 9.9.2004 - C-70/03, RIW 2005, 142, Rn. 33 – Kommission ./. Spanien.

<sup>89</sup> Die beanstandete spanische Regelung führte dazu, dass gewisse Verbraucherverträge mit kollisionsrechtlichem Bezug nicht mehr in den Anwendungsbereich der Klausel-RL fielen, was man mit Blick auf Art. 5 EVÜ vertreten konnte; vgl. ausführlich zum Hintergrund der Entscheidung Tilmann, GPR 2005, 74, 75 f.

unter Umständen durch Vermutungen im nationalen Recht konkretisiert, aber nicht eingeschränkt werden kann. Diese Aussage stellt in der Tat eine Begrenzung der Kompetenz des nationalen Gesetzgebers dar.<sup>90</sup> Allerdings geht es hier um die Auslegung eines konkreten Begriffs in der Klausel-RL, der nicht hinter den schon in der Richtlinie anlegten Regelungskern zurückgefahren werden darf. Der Maßstab für die Auslegung ist mit anderen Worten schon in der Richtlinie selbst angelegt. Mit der Auslegung von Klauseln im Sinne des Art. 3 Klausel-RL ist dies aber gerade nicht vergleichbar.<sup>91</sup> Denn hier wird der Maßstab, der für die Ausfüllung der Vorgaben in der RL benötigt wird, um die Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln durchführen zu können, überhaupt erst durch das nationale Recht geschaffen, in dessen Ausgestaltung der nationale Gesetzgeber in den Grenzen der Klausel-RL frei ist.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Rechtsprechung des EuGH der Schaffung eines gesetzlichen Leitbildes für die Inhaltskontrolle von AGB durch den nationalen Gesetzgeber nicht entgegensteht. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Gesetzgeber mit seinem Leitbild nicht gegen Vorgaben für die Inhaltskontrolle verstößt, die bereits in der Richtlinie, insbesondere im Anhang zu Art. 3, angelegt sind. Deshalb wird nun zu untersuchen sein, welche Vorgaben die Klausel-RL für Zustimmungsfaktionsklauseln enthält.

### c) Die Zulässigkeit von Zustimmungsfaktionsklauseln nach der Klausel-RL

#### aa) Vorgaben im Anhang der Klausel-RL

Zustimmungsfaktionen werden zunächst in Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL i.V.m. Nr. 1 lit. i des Anhangs der Klausel-RL angesprochen und für unzulässig erklärt, wenn eine Zustimmung des Kunden für einen Inhalt fingiert wird, die er vor Vertragsschluss nicht zur Kenntnis nehmen konnte. Auch wenn man Nr. 1 lit. i auf Änderungsverträge überträgt, steht die Vorschrift einer Zustimmungsfiktion iSd. § 308 Nr. 5 bzw. § 675g Abs. 2 BGB nicht entgegen, da insoweit die Kenntnisnahme gerade im Vorfeld ermöglicht wird. Nach Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL i.V.m. Nr. 1 lit. j des Anhangs der Klausel-RL kann eine Klausel für missbräuchlich erklärt werden, die darauf abzielt oder zur Folge hat, dass der Gewerbetreibende die Vertragsklauseln einseitig ohne triftigen und im Vertrag aufgeführten Grund ändern kann. Gemeint sind damit in erster Linie Änderungsvorbehalte im Vertrag. Die Vorschrift dürfte ebenfalls auf Zustimmungsfaktionsklauseln anwendbar sein.<sup>92</sup> Nach Nr. 1 lit. l ist es zudem unzulässig, wenn „der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne dass der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluss vereinbart wurde, zu hoch ist“.

Beide Vorschriften könnten prima vista einem gesetzlichen Leitbild entgegenstehen, nach welchem Zustimmungsfaktionsklauseln, die den Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB genügen, der

<sup>90</sup> So in der Sache auch *Tilmann*, GPR 2005, 74, 76.

<sup>91</sup> Für eine Übertragbarkeit auf Art. 3 aber wohl *Stempel*, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht, 2016, S. 169; die Entscheidung ebenfalls in dieser Weise interpretierend, aber zugleich als unlogisch bezeichnend *Grundmann* in: *Grundmann/Mazeaud*, General clauses and standards in European contract law, 2005, S. 156 f.

<sup>92</sup> Davon scheint der EuGH in EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 63 – DenizBank auszugehen; vgl. auch *Rodi*, EWiR 2020, 737 sowie *Pfeiffer*, RdZ 2022, 18, 22.

Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen sind. Allerdings sind die Aussagen in Nr. 1 lit. j und lit. l im Zusammenhang mit Nr. 2 lit. b Abs. 2 des Anhangs der Klausel-RL zu lesen, die die Vorgaben der Nr. 1 einschränken bzw. präzisieren. Dabei wird Nr. 1 lit. j wie folgt eingeschränkt: „Buchstabe j) steht ferner Klauseln nicht entgegen, durch die sich der Gewerbetreibende das Recht vorbehält, einseitig die Bedingungen eines unbefristeten Vertrages zu ändern, sofern es ihm obliegt, den Verbraucher hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, und es diesem freisteht, den Vertrag zu kündigen.“ Damit wurde bereits 1993 in lichter Klarheit eine Zustimmungsfiktionsklausel, wie sie heute in Art. 54 Abs. 2 ZDRL II und in § 675g Abs. 2 BGB vorausgesetzt wird und bereits damals in § 10 Nr. 5 AGBG<sup>93</sup> (heute § 308 Nr. 5 BGB) verankert war, für zulässig erklärt und somit der Inhaltskontrolle nach Art. 3 Klausel-RL entzogen.<sup>94</sup> Die Klausel-RL erkennt also bei unbefristeten Verträgen die Zulässigkeit einer Klausel an, die dem Gewerbetreibenden das Recht einräumt, den Vertrag im Wege der Zustimmungsfiktion auch ohne triftigen Grund einseitig zu ändern, wobei im Schrifttum teilweise ein berechtigtes Interesse gefordert wird.<sup>95</sup> Das spricht dafür, dass Änderungen von AGB auf Grundlage einer Zustimmungsfiktionsklausel erst recht zulässig sind. Damit steht einem entsprechenden gesetzlichen Leitbild nichts entgegen.

*bb) Konkretisierungskriterien im Zusammenhang mit Preisanzapfungsmechanismen in der Rechtsprechung des EuGH*

Allerdings bleibt noch die Frage zu klären, ob im Fall der Änderung von Entgelten mittels einer Zustimmungsfiktion nicht das vom EuGH in diesem Zusammenhang immer wieder betonte Transparenzprinzip eine Grenze bildet.<sup>96</sup>

Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass sich das durch die Klausel-RL statuierte Transparenzgebot nicht auf die Verständlichkeit in formeller und grammatischer Hinsicht beschränkt.<sup>97</sup> Vielmehr hat der Gerichtshof in mehreren Entscheidungen – unter anderem der Invitel- und der RWE-Vertriebsentscheidung – deutlich gemacht, dass auch erforderlich ist, dass der Verbraucher die auf ihn zukommenden Kosten einschätzen kann.<sup>98</sup>

Gegenstand der Invitel-Entscheidung war eine Klausel aus den AGB des Festnetz-Telekommunikationsunternehmens Invitel, aufgrund derer das Unternehmen berechtigt war, Kunden, die durch Postanweisung bezahlten, die sich daraus ergebenden zusätzlichen Kosten in Rechnung zu stellen.<sup>99</sup> In der RWE-Vertrieb-Entscheidung ging es um eine von dem

---

<sup>93</sup> Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) war ein deutsches Gesetz zur Inhaltskontrolle von vorformulierten Vertragsbedingungen. Dabei diente es entsprechend der Klausel-RL auch dem Verbraucherschutz. Es ist mit Wirkung vom 1. Januar 2002 ins BGB überführt worden.

<sup>94</sup> Langner, WM 2021, 1869, 1872; Rodi, EWiR 2020, 737; im Ergeb. auch Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Anh. RL Rn. 195 ff.

<sup>95</sup> Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, Anh. RL Rn. 196; Pfeiffer, RdZ 2022, 18, 22.

<sup>96</sup> Vgl. dazu auch ErG 19 der Klausel-RL.

<sup>97</sup> EuGH v. 23.04.2015 – C-96/13, EuZW 2015, 516, Rn. 40; EuGH v. 30.04.2014 – C-26/13, EuZW 2014, 506, Rn. 71 f. – Kásler und Káslné Rába; EuGH v. 26.02.2015 – C-143/13, GRUR Int 2015, 471, Rn. 73 – Matei.

<sup>98</sup> Ständige Rechtsprechung seit EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 18 – Invitel; EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 17 ff. – RWE Vertrieb; aus der jüngeren Rechtsprechung jew. m. weit. Nachw. EuGH v. 3.03.2020 – C-125/18, RIW 2021, 141, Rn. 51 – Gómez del Moral Guasch; EuGH v. 6.12.2021 - C-670/20, IWRZ 2022, 80, Rn. 23 - ERSTE Bank Hungary Zrt.

<sup>99</sup> EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 18 – Invitel.

Gasversorgungsunternehmen RWE verwendete Klausel, nach der das Unternehmen die Gaspreise einseitig ändern konnte, ohne dass der Anlass, die Voraussetzungen oder der Umfang der möglichen Änderungen eingegrenzt waren.<sup>100</sup>

In beiden Entscheidungen entnimmt der EuGH Art. 3 und 5 sowie Nr. 1 lit. j und l und Nr. 2 lit. b und d des Anhangs der Klausel-RL, dass es für die Beurteilung der Klausel von wesentlicher Bedeutung sei, „ob zum einen der Vertrag den Anlass und den Modus der Änderung der Entgelte für die zu erbringende Leistung so transparent darstellt, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen dieser Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien vorhersehen kann, und ob zum anderen der Verbraucher berechtigt ist, den Vertrag zu beenden, falls diese Entgelte tatsächlich geändert werden sollten“.<sup>101</sup>

Mit Blick auf das Recht des Verbrauchers, den Vertrag zu beenden, sei von Bedeutung, dass dem Verbraucher dieses Recht nicht nur formal zustehe, sondern er es auch tatsächlich wahrnehmen könne. Dies sei nicht gegeben, wenn der Verbraucher aufgrund der Modalitäten der Ausübung des Kündigungsrechts oder der auf dem betroffenen Markt herrschenden Bedingungen nicht wirklich den Lieferanten wechseln könne. Relevant sei in dem Zusammenhang, ob auf dem betreffenden Markt Wettbewerb herrsche, die für den Verbraucher mit der Kündigung verbundenen Kosten, der zwischen Mitteilung und Inkrafttreten der Änderung liegende Zeitraum, die zum Zeitpunkt der Mitteilung gegebenen Informationen und der Kosten- und Zeitaufwand des Wechsels des Lieferanten.<sup>102</sup>

Das Ausbleiben der Informationen zu den Kriterien der Entgeltänderung vor Vertragsschluss könnte grundsätzlich nicht allein dadurch ausgeglichen werden, dass der Verbraucher während der Durchführung des Vertrags mit angemessener Frist im Voraus über die Änderung der Entgelte und über sein Kündigungsrecht unterrichtet werde.<sup>103</sup> Das erforderliche Informationsniveau könne aber je nach den Fallumständen und den betroffenen Produkten oder Leistungen unterschiedlich sein.<sup>104</sup> Hintergrund dieser strengen Anforderungen sei der Ausgleich des berechtigten Interesse des Gewerbetreibenden, sich gegen eine Änderung der Umstände zu wappnen, mit dem genauso berechtigten Interesse des Verbrauchers, die möglichen Folgen einer solchen Änderung für ihn absehen zu können.<sup>105</sup>

Diese Rechtsprechung ist aber – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – nicht auf Zustimmungsfiktionsklauseln zu übertragen.

#### *cc) Anwendung der Konkretisierungskriterien auf Zustimmungsfiktionsklauseln bei der Änderung von Preisklauseln*

Die DenizBank-Entscheidung des EuGH von 2020 betraf eine Zustimmungsfiktionsklausel in einem Zahlungsdiensterahmenvertrag, welche der Klausel in der Postbank-Entscheidung für

---

<sup>100</sup> EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 17 ff. – RWE Vertrieb.

<sup>101</sup> Wörtlich EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 49 – RWE Vertrieb; sinngemäß EuGH v. 26.04.2012 – C-472/10, ZIP 2012, 2020, Rn. 24, 26, 28 – Invitel.

<sup>102</sup> EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 54 – RWE Vertrieb.

<sup>103</sup> EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 51 – RWE Vertrieb.

<sup>104</sup> EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 51 – RWE Vertrieb.

<sup>105</sup> EuGH v. 21.03.2013 – C-92/11, ZIP 2013, 676, Rn. 53 – RWE Vertrieb.

unzulässig erklärten Klausel entsprach. Der EuGH stellte in dieser Entscheidung unter Rückgriff auf die RWE-Vertriebs-Entscheidung fest, dass Standardklauseln, die eine einseitige Vertragsanpassung erlauben, den sich aus der Klausel-RL ergebenden Anforderungen an Treu und Glauben, Ausgewogenheit und Transparenz genügen müssen.<sup>106</sup> Die Bezugnahme auf die RWE-Vertriebs-Entscheidung beschränkt sich aber auf diese allgemeine Feststellung und erstreckt sich nicht auf die in der Entscheidung aufgestellten Prüfungskriterien. Auch ansonsten nennt die Deniz-Bank-Entscheidung keine weiteren Kriterien für die Prüfung der Zustimmungsfiktionsklausel.

Dennoch könnte man eine Übertragung der Vorgaben des EuGH zur Vorhersehbarkeit einseitiger Preisänderungen auf Zustimmungsfiktionsklauseln in Erwägung ziehen. Allerdings unterscheiden sich Zustimmungsfiktionsklauseln von den durch den EuGH in der RWE-Vertriebs-Entscheidung beurteilten Klauseln in entscheidender Weise dadurch, dass der Verbraucher bei der Verwendung von Zustimmungsfiktionsklauseln durch Widerspruch eine Preiserhöhung verhindern kann. Insofern hat er es selbst in der Hand, ob sich die Preise erhöhen. Dies war in den Energiebezugsfällen anders, da dort die Hauptleistungspflicht des Kunden ohne seine Zustimmung angepasst werden konnte.

Vor diesem Hintergrund sind auch die Anforderungen, die der EuGH an eine tatsächlich mögliche Kündigung des Vertrags stellt, auf die Konstellation von Zustimmungsfiktionsklauseln nicht übertragbar. Wenn der Verbraucher nämlich durch Widerspruch die Vertragsänderung verhindern kann, dann besteht für ihn nicht das Erfordernis, zu kündigen. Dass auf einen Widerspruch des Verbrauchers gegen eine Vertragsänderung etwa bei Bankverträgen möglicherweise eine Kündigung durch den Vertragspartner folgt, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, da dieser ohnehin ein Kündigungsrecht hat, welches nicht in einem Zusammenhang mit der Zustimmungsfiktionsklausel steht. Selbst wenn man dies anders sieht, bleibt festzuhalten, dass das Kündigungsrecht des Kunden effektiv besteht und der Kunde zumindest im Bankbereich dank der Erleichterungen durch die Kontowechselhilfe in §§ 20 ff. ZKG sowie der deutlichen Wettbewerbssituation unter den Instituten hiervon jederzeit effektiv Gebrauch machen kann. Das jederzeitige ordentliche Kündigungsrecht des Kunden ist in Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen/Nr. 18 Abs. 1 AGB-Banken explizit vorgesehen.

Folglich bestehen auch keine europarechtlichen Bedenken, die in § 675g BGB vorgeschlagene Klarstellung und den damit verbundenen Ausschluss der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB auf die Anpassung von Preisklauseln zu erstrecken. Dies gilt umso mehr, wenn man die Anpassung von Preisklauseln bereits im Gesetz begrenzt und auch eine vollständige Umgestaltung des Vertrages ausschließt (dazu sogleich unter IV.1.).

#### **d) Kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz der Klauselkontrolle**

Auch der in der Rechtsprechung des EuGH gelegentlich bemühte Effektivitätsgrundsatz der AGB-Kontrolle steht dem hier unterbreiteten Vorschlag nicht entgegen. Dieser Grundsatz ist vom EuGH vor allem in seiner Entscheidung in der Rechtssache Raiffeisen entwickelt worden.<sup>107</sup> Dort ging es um die Reichweite des Art. 6 Klausel-RL, der festlegt, dass unwirksame

<sup>106</sup> EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 65 – DenizBank.

<sup>107</sup> EuGH, Urt. v. 9.7.2020 – C-698/18 und C-699/18, Rn. 54 ff. – Raiffeisenbank.

Klauseln stets zu einer Nichtigkeit führen müssen. Der EuGH beanstandete eine Ausschlussfrist, nach der die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden konnte. In diesem Zusammenhang führt er u.a. aus: „Folglich muss die gerichtliche Feststellung der Missbräuchlichkeit einer solchen Klausel grundsätzlich dazu führen, dass die Sach- und Rechtslage wiederhergestellt wird, in der sich der Verbraucher ohne diese Klausel befunden hätte.“<sup>108</sup> Auch wenn die vorgeschlagene Regelung den Zweck erfüllt, die nach Ansicht des Gesetzgebers zu weit geratende Rechtsprechung zu korrigieren, bildet sie keinen Verstoß gegen diesen Effektivitätsgrundsatz, da die Gesetzesänderung nur für die Zukunft wirkt, nicht aber dafür sorgt, dass die in der Vergangenheit bereits eingetretene Nichtigkeit beseitigt wird. Eine derartige Änderung für die Zukunft ist von dem Effektivitätsgrundsatz aber nicht umfasst. Dies folgt schon aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber nationale Leitbilder ausgestalten kann.

#### e) Keine unzulässige Privilegierung der Kreditwirtschaft

Man kann dem Vorschlag, ein gesetzliches Leitbild nur in § 675g Abs. 3 BGB-E aufzunehmen und somit allein die Kreditwirtschaft Rechtsicherheit zu verschaffen, aus Sicht der Klausel-RL auch nicht vorwerfen, dass damit eine der Richtlinie unbekannte Sonderbehandlung nur eines Wirtschaftssektors vorgenommen wird. Auch die Richtlinie selbst differenziert zwischen verschiedenen Wirtschaftsbereichen und erkennt gerade Besonderheiten in Finanzsektor an, wie sich insbesondere aus Erwägungsgrund 19<sup>109</sup> ergibt. Dessen Satz 1 stellt klar, dass die Hauptleistung grundsätzlich kontrollfrei bleibt. Da Hauptleistungen aber nicht immer monokausal, also z.B. in einer am Ende des Tages zu zahlenden Ziffer angegeben werden, stellt Satz 2 klar, dass deren Höhe und Ausgestaltung bei der Beurteilung anderer Klauseln eine Rolle spielen kann, z.B. bei der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Auch diese Möglichkeit wird durch den hier vorlegten Regelungsvorschlag nicht ausgeschlossen. Diese Vorgaben werden sodann in Satz 3 für Versicherungsverträge, die oft besonders komplex formulierte Bestimmungen der Hauptleistungspflichten aufweisen, präzisiert, wobei klargestellt wird, dass auch insoweit das Transparency-Prinzip beachtet werden muss. Es zeigt sich also, dass auch auf europäischer Ebene gewisse Klarstellungen üblich sind, weshalb sie auch im nationalen Recht möglich sein müssen.

### 4. Keine Bedenken aus der nationalen Dogmatik

Mit Blick auf die Systematik des deutschen Rechts könnte man einwenden, dass die AGB-Vorschriften bisher weder eine Whitelist wie die in Anh. Nr. 2 Klausel-RL noch eine sektorspezifische Regelung kennen. Dem ist allerdings zu entgegnen, dass auch schon bisher in §§ 308, 309 BGB sektorspezifische Regelungen angelegt sind, da viele der besonderen Klauselverbote auf bestimmte Wirtschaftssektoren zugeschnitten sind, in denen diese Klauseln besonders häufig verwendet werden. Richtig ist aber, dass dies in der Generalklausel des § 307

<sup>108</sup> EuGH, Urt. v. 9.7.2020 – C-698/18 und C-699/18, Rn. 54 – Raiffeisenbank.

<sup>109</sup> Dieser lautet: „Für die Zwecke dieser Richtlinie dürfen Klauseln, die den Hauptgegenstand eines Vertrages oder das Preis-/Leistungsverhältnis der Lieferung bzw. der Dienstleistung beschreiben, nicht als mißbräuchlich beurteilt werden. Jedoch können der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden. Daraus folgt unter anderem, daß bei Versicherungsverträgen die Klauseln, in denen das versicherte Risiko und die Verpflichtung des Versicherers deutlich festgelegt oder abgegrenzt werden, nicht als mißbräuchlich beurteilt werden, sofern diese Einschränkungen bei der Berechnung der vom Verbraucher gezahlten Prämie Berücksichtigung finden.“

BGB bisher nicht der Fall ist. Der Gesetzgeber hat insoweit – auch hinsichtlich der erstmaligen Aufnahme einer Whitelist – einen weiten Gestaltungs- und Ermessensspielraum. Zwar ist in der Rechtsprechung für den § 308 Nr. 5 BGB geklärt, dass die Wahrung von dessen Vorgaben eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht ausschließt.<sup>110</sup> Diese Systematik steht einer Änderung durch den Gesetzgeber aber nicht entgegen.<sup>111</sup> Auch rechtspolitisch hat der Einwand der Systematik kein hohes Gewicht, da durch eine entsprechende gesetzliche Regelung die Systematik des AGB-Rechts nur punktuell, aber nicht grundsätzlich angetastet würde und keine Unklarheiten bei der Interpretation der Vorschrift drohten.

## 5. Zwischenfazit

Damit hat sich gezeigt, dass das Europarecht der Einführung eines gezielten gesetzlichen Leitbildes keine Grenzen setzt. Allenfalls aus dem Transparenzgebot könnte sich eine solche ergeben. Deshalb ist zunächst bei einem klarstellenden gesetzlichen Leitbild die Transparenzkontrolle aufrechtzuerhalten. Damit wird sichergestellt, dass die Transparenzkontrolle künftiger Zustimmungsfiktionsklauseln möglich bleibt. Sollte die Rechtsprechung des EuGH künftig die Kriterien der RWE-Vertriebsentscheidung auf Zustimmungsfiktionsklauseln ausdehnen, müssten die Klauseln in den AGB diesen Anforderungen genügen, etwa indem sie Fallgruppen nennen, in denen die Anpassung möglich ist.

## IV. Konkreter Regelungsvorschlag mit Begründung

### 1. Leitplanken

Die Formulierung eines entsprechenden Leitbildes fällt nicht schwer. Denkbar wäre folgende Formulierung: „Eine Vereinbarung im Sinne des § 675g Abs. 2 S. 1 stellt keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 dar, sofern sie den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB genügt.“ Eine derartige weite Formulierung würde sich aber den Vorwurf gefallen lassen müssen, dass sie die vom EuGH<sup>112</sup> und vom BGH<sup>113</sup> aufgezeigte Grenze, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht dazu ausgenutzt werden soll, den Vertrag grundlegend umzugestalten, überspielen könnte. Denn die hier in den Raum gestellte Formulierung könnte jede Änderung bis hin zur Neugestaltung der Rechtsnatur des Vertrages legitimieren. Ob es ausreicht, in der Gesetzesbegründung einen Hinweis aufzunehmen, dass dies nicht der Intention des Gesetzes entspricht, kann man bezweifeln. Deshalb ist sinnvoll, diese Klarstellung unmittelbar in den Gesetzestext aufzunehmen. Denkbar ist ein klarstellender Halbsatz, dass die Änderung aufgrund der Zustimmungsfiktion nicht zu einer grundlegenden Umgestaltung des Vertragsverhältnisses führen darf.

---

<sup>110</sup> Vgl. m. weit. Nachw. BGH ZIP 2021, 1262 Rn. 18.

<sup>111</sup> Vgl. bereits Casper, ZIP 2021, 2361, 2370.

<sup>112</sup> EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, ZIP 2020, 2327, Rn. 47 – DenizBank.

<sup>113</sup> BGH, Urt. v. 27.4.2021 – XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344 (Rn. 27, 38) = ZIP 2021, 1262.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Postbank-Entscheidung aber insbesondere auch die erstmalige Einführung neuer Gebühren kritisch gesehen<sup>114</sup> und vor allem in der mündlichen Begründung herausgestrichen, dass ihm die erstmalige, auf eine Zustimmungsfiktion gestützte Bepreisung eines bisher kostenlosen Girokontos als zu weitgehend erscheint. Hierfür sei die ausdrückliche Zustimmung des Kunden notwendig. Demgegenüber sollte die Anpassung bestehender Preise nicht stets die Zustimmung des Kunden erfordern, da dieser damit rechnen muss, dass sich bei einem Dauerschuldverhältnis die Preise im Laufe der Jahre ändern können. Auch in anderen Branchen jenseits der Kreditwirtschaft werden Zustimmungsfiktionsklauseln zur Anpassung von Entgelten bei Dauerschuldverhältnissen genutzt.<sup>115</sup> Selbst die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) ist bei der Umsetzung des zweiten ZDRL davon ausgegangen, dass es einer ausdrücklichen Zustimmung zu jeder Preiserhöhung nicht bedürfe. Vielmehr wurde allein eine Einschränkung des § 675g BGB dergestalt gefordert, „dass Änderungen der Vertragsbedingungen nur insofern ohne Zustimmung möglich sind, als sie das Kontomodell und seine Entgeltstruktur nicht grundsätzlich ändern“.<sup>116</sup> Denkbar wäre also ein einschränkender Halbsatz, dass „eine erhebliche Umgestaltung des Vertragsverhältnisses insbesondere in der Einführung neuer Entgelte liegt.“ Dogmatisch klarer scheint es dann jedoch sogleich zu formulieren, dass die Einführung neuer Entgelte einer Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers bedarf. Ob diese Zustimmung zwingend eine ausdrückliche Erklärung sein muss oder auch eine konkludente Zustimmung genügt, erfordert noch weiterer Diskussion. Für eine weite Fassung streitet, dass auch sonst die Zustimmung sowohl ausdrücklich wie auch konkludent erteilt werden kann. Allerdings kennt das BGB im Bereich des Verbraucherschutzes auch die Begrenzung auf eine ausdrückliche Zustimmung gerade im Zusammenhang mit der Einführung neuer Entgelte (vgl. § 312a Abs. 3 S. 1 BGB). Um die Akzeptanz des Regelungsvorschages zu steigern, wird an dieser allgemeinen Vorschrift Maß genommen. Die vorstehenden Überlegungen lassen sich im Folgenden Gesetzesvorschlag mit Begründung zusammenfassen.

## **2. Regelungsvorschlag für einen neuen § 675g Abs. 3 BGB**

Nach § 675g Abs. 2 wird folgender neuer Absatz 3 eingefügt:

„<sup>1</sup>Eine Vereinbarung im Sinne des § 675g Abs. 2 S. 1 stellt keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 dar, sofern sie den Anforderungen des § 308 Nr. 5 genügt und das Vertragsverhältnis durch die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erheblich umgestaltet werden kann. <sup>2</sup>Die erstmalige Einführung eines Entgelts bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers.“

Die bisherigen Absätze 3 und 4 werden Absätze 4 und 5.

## **3. Vorschlag für eine Gesetzesbegründung**

---

<sup>114</sup> Vgl. BGHZ 229, 344 (Rn. 38) = ZIP 2021, 1262.

<sup>115</sup> Willershausen, jurisPR-BKR 10/2021 Anm. 4; Rodi, WM 2021, 1357, 1365.

<sup>116</sup> So wörtlich vzbv, Zahlungsverkehr sicher und transparent regeln – Stellungnahme zum zivilrechtlichen Teil der ZDRL II, 2017, S. 15, abrufbar unter [https://www.vzbv.de/sites/default/files/fin-17-01-04-vzbv-stellungnahme\\_psdii\\_fuer\\_bmjv\\_0.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/fin-17-01-04-vzbv-stellungnahme_psdii_fuer_bmjv_0.pdf).

Mit dem neuen Abs. 3 S. 1 soll in dessen erstem Halbsatz klargestellt werden, dass Zustimmungsfiktionsklauseln, die den Vorgaben in § 308 Nr. 5 sowie § 675g Abs. 1 und Abs. 2 BGB genügen, grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB entzogen sind. Dies rechtfertigt sich aus dem in dieser Vorschrift und in § 675g Abs. 2 BGB enthaltenen gesetzlichen Leitbild, das vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH vom 27.04.2021 (Az. XI ZR 26/20, BGHZ 229, 344) für alle Änderungen eines Zahlungsdiensterahmenvertrages sowie für sonstige Änderungen von AGB (Sonderbedingungen) und Entgelten in anderen Dauerschuldverhältnissen zwischen einem Kreditinstitut und seinen Kunden gelten soll. Kreditinstitute haben ein berechtigtes Interesse daran, über die Zeit erforderlich werdende Anpassungen der AGB mittels einer Zustimmungsfiktion vornehmen zu können, da das Zustimmungsmodell im Massengeschäft mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist. Den Interessen der Bankkunden wird durch die vorherige Information, durch das Widerspruchsrecht sowie die Möglichkeit zur Kündigung des Vertrages hinreichend Rechnung getragen. Der Festschreibung eines derartigen gesetzlichen Leitbildes für alle Änderungen eines Zahlungsdiensterahmenvertrages sowie für sonstige Änderungen von AGB und Entgelten in anderen Dauerschuldverhältnissen zwischen einem Kreditinstitut und seinen Kunden stehen weder die Vorgaben der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherträgen noch die Rechtsprechung des EuGH entgegen. Dieser betont seit der Entscheidung in der Rechtssache Freiburger Kommunalbauten (EuGH, Urteil vom 01.04.2004 – C-237/02) in ständiger Rechtsprechung, dass der EuGH zur Auslegung der Begriffe „Treu und Glauben“ sowie „unangemessene Benachteiligung“ nur grobe Leitlinien vorgibt, die Beurteilung der Frage, ob eine Klausel unangemessen ist, im Übrigen aber durch nationale Gerichte anhand der Vorgaben des nationalen Rechts und dessen gesetzlichen Leitbildern zu erfolgen hat. Diese gesetzlichen Leitbilder kann der Gesetzgeber ausgestalten, solange die RL 93/13/EWG keine abweichenden Vorgaben enthält. Nr. 2 lit. b Abs. 2 des Anhangs dieser RL betont aber gerade, dass Zustimmungsfiktionsklauseln zulässig sind, die den Vorgaben genügen, wie sie auch in § 308 Nr. 5 S. 1 BGB statuiert sind. In der Rechtssache DenizBank (EuGH, Urteil vom 11.11.2020 – C-287/19) hat der EuGH zudem betont, dass Art. 54 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2015/2366 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt zwar den Rückgriff auf die RL 93/13/EWG nicht sperrt und zumindest mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass sich die Angemessenheit von Zustimmungsfiktionen nach dem nationalen Recht bestimmt.

Mit dem zweiten Halbsatz des neuen Abs. 3 S. 1 wird klargestellt, dass eine Zustimmungsfiktionsklausel nicht so weit formuliert sein darf, dass aufgrund der AGB-Änderung die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag grundlegend umgestaltet werden können (vgl. bereits EuGH v. 11.11.2020 – C-287/19, Rn. 47 – DenizBank). Insbesondere darf sich durch die AGB-Änderung nicht die Rechtsnatur des Vertrages ändern, etwa aus einem verzinsten Sparvertrag ein für den Kunden entgeltlicher Verwahrvertrag werden. Mit dieser Einschränkung wird auch der Kritik der Rechtsprechung an den bisherigen Zustimmungsfiktionsklauseln der Kreditwirtschaft Rechnung getragen (BGHZ 229, 344 [Rn. 27]). Diese Einschränkungen werden also in den Text zukünftiger Zustimmungsfiktionsklauseln aufzunehmen sein. Mit Abs. 3 S. 2 wird zudem klargestellt, dass derartige Zustimmungsfiktionsklauseln auch nicht dazu geeignet sind, neue Entgelte für Leistungen einzuführen, die bisher unentgeltlich angeboten werden, da dies ebenfalls eine wesentliche Umgestaltung des Vertrages darstellt. Wird ein Girovertrag

beispielsweise bis dato unentgeltlich angeboten, bedürfte die erstmalige Einführung eines Kontoführungsentsgelts einer Zustimmung des Kunden (auch dies entspringt den vom XI. Zivilsenat geforderten Einschränkungen an eine wirksame Zustimmungsfiktionsklausel, vgl. BGHZ 229, 344 [Rn. 27, 38]). Demgegenüber kann ein schon bestehendes Entgelt unter Nutzung der Zustimmungsfiktion nach oben oder nach unten angepasst werden.

## V. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse lassen sich in zehn Thesen zusammenfassen:

1. Nach dem Urteil des BGH vom 27.04.2021 – XI ZR 26/20 (BGHZ 229, 344), mit dem die bisherige Möglichkeit zur Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie von Konditionen im Preis- und Leistungsverzeichnis im Wege der Zustimmungsfiktion untersagt wurde, besteht dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf nach einem rechtssicheren wie praktikablen AGB-Änderungsmechanismus. Dies gilt sowohl für Verträge mit Verbrauchern als auch für Verträge mit Unternehmen.
2. Kreditinstitute haben ein legitimes Interesse daran, mit allen Kunden einheitliche AGB zu vereinbaren, die bei Bedarf zudem ohne großen Aufwand angepasst werden können. Nach der Entscheidung des BGH vom 27.04.2021 bestand ein Flickenteppich von ganz verschiedenen AGB-Fassungen, je nachdem, wann der Vertrag geschlossen wurde, sodass die Kreditinstitute ihre AGB und Sonderbedingungen mit allen Kunden neu vereinbaren mussten, ein sehr aufwendiger Prozess, der immer noch nicht abgeschlossen ist.
3. Das nun erforderliche Zustimmungsmodell erweist sich sowohl für diese Neuvereinbarungen wie für zukünftige Änderungen als deutlich zu schwerfällig. Es bringt den Kunden auch keine signifikanten Vorteile gegenüber der bisherigen Zustimmungsfiktionslösung, da die Kreditinstitute bei einer fehlenden Zustimmung über kurz oder lang die Kontobeziehung durch ordentliche Kündigung beenden dürfen und werden. Das Zustimmungsmodell entspricht auch deshalb nicht den Interessen der Kunden, da die Kreditinstitute den erheblich höheren Aufwand für die Einholung der Zustimmung auf die Kunden in Form höherer Gebühren umlegen werden. Am Ende bekommt der Kunde „Steine statt Brot“.
4. Eine Möglichkeit des Gesetzgebers besteht darin, in § 675g BGB klarzustellen, dass Zustimmungsfiktionen, die den Anforderungen des § 308 Nr. 5 BGB und des § 675g Abs. 2 BGB genügen, der Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 BGB entzogen sind. Dadurch würde ein gesetzliches Leitbild explizit im BGB verankert, wie es bisher schon § 675g Abs. 2 BGB zugrunde liegt.
5. Der Vollharmonisierungsgrundsatz in Art. 107 Abs. 1 ZDRL II steht einer derartigen Einführung eines gesetzlichen Leitbildes nicht entgegen, da sich nach der Auffassung des EuGH die Frage der Inhaltskontrolle einer Vereinbarung iSd. Art. 52 Nr. 6 lit. a ZDRL II (umgesetzt in § 675g Abs. 2 S. 1 BGB) allein nach der Klausel-RL richtet.

6. Die Klausel-RL lässt die Einführung gesetzlicher Leitbilder bzw. Klarstellungen, wie die Inhaltskontrolle zu erfolgen hat, zu. Die mit der EuGH-Entscheidung Freiburger Kommunalbauten begonnene Präzisierung des Art. 3 Klausel-RL entzieht dem nationalen Gesetzgeber nicht die Regelungskompetenz. Auch wenn regelmäßig die nationalen Gerichte berufen sind, die Beurteilung vorzunehmen, ob eine Klausel den Kunden unangemessen i.S.d. Art. 3 Klausel-RL benachteiligt, ist der Maßstab hierfür doch das nationale Recht, das der Gesetzgeber ausgestalten, ändern oder präzisieren kann.

7. Bei dieser Ausgestaltung des nationalen Rechts darf sich der Gesetzgeber jedoch nicht in Widerspruch zu den Vorgaben in der Klausel-RL setzen. Diese bringt in Art. 3 Abs. 1 iVm. Nr. 2 lit. b Abs. 2 klar zum Ausdruck, dass Zustimmungsfiktionsklauseln zulässig sind, sofern der Kunde über die Änderung rechtzeitig in Kenntnis gesetzt wird und den Vertrag kündigen kann. Der EuGH hat in der Rechtsache DenizBank ausdrücklich offengelassen, ob eine auf Art. 52 Nr. 6 lit. a ZDRL II gestützte Zustimmungsfiktion zulässig ist.

8. Auch das vom EuGH gelegentlich betonte Effektivitätsprinzip der Klauselkontrolle steht der Einführung eines gesetzlichen Leitbildes nicht entgegen, da die Klarstellung durch den Gesetzgeber nur Wirkung für die Zukunft entfalten würde.

9. Allerdings beanstanden der EuGH und der BGH solche Zustimmungsfiktionsklauseln, die aufgrund ihrer Weite dazu geeignet sind, den zugrundeliegenden Vertrag grundlegend umzugestalten oder gar seine Rechtsnatur zu ändern. Diese Einschränkung ist in den Normtext, mit dem das gesetzliche Leitbild präzisiert wird, als „Leitplanke“ aufzunehmen.

10. Ferner wird hier vorgeschlagen, dass die erstmalige Einführung von Entgelten, anders als ihre nachträgliche Anpassung, der ausdrücklichen Zustimmung des Kunden bedarf. Demgegenüber sollte die Anpassung bestehender Entgelte auch durch die Nutzung einer Zustimmungsfiktionsklausel möglich sein.

11. Die Vorschrift des § 675g könnte in Absatz 3 BGB wie folgt ergänzt werden: „<sup>1</sup>Eine Vereinbarung im Sinne des § 675g Abs. 2 S. 1 stellt keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 dar, sofern sie den Anforderungen des § 308 Nr. 5 genügt und das Vertragsverhältnis durch die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erheblich umgestaltet werden kann. <sup>2</sup>Die erstmalige Einführung eines Entgelts bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Zahlungsdienstnutzers.

# § 675g BGB-neu: Fallgruppen für Änderung von AGB

**Zustimmungsfiktion**  
(Kundeninfo +  
Widerspruchsmöglichkeit)

- Anpassung wegen Änderungen der Rechtslage (Gesetz, Rechtsprechung, aufsichtsrechtliche Vorgaben)
- Änderung von organisatorischen oder technischen Abläufen im Bankbetrieb (z.B. Öffnungszeit, Annahmezeiten für Aufträge)
- Erweiterung/Fortentwicklung des Dienstleistungsangebots (z.B. NFC bei girocard)
- Entgeltanpassungen in Anknüpfung an gesamtwirtschaftliche Entwicklung

**Ausdrückliche  
Zustimmung**  
(Kundeninfo + Zustimmung)

- Änderung des Vertragstypus (z.B. Wechsel auf Verwahrvertrag)
- Einführung neuer Entgelte für bisher kostenfreie Dienstleistungen
- Wechsel des Vertragspartners



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](mailto: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](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
EU-Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

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 un wesentliche 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 **Änderungsmechanismusklausel 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 widerspruchslös 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.“*

---

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses  
zum Thema**  
**Antrag der CDU/CSU Fraktion zu**  
**„Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr  
auch in Zukunft rechtssicher gestalten“**  
**BT-Drucksache 20/4888**

26. März 2023

**Rechtswissenschaft  
House of Finance**

**Professur für Bürgerliches Recht,  
Wirtschaftsrecht und Bankrecht**

Prof. Dr. Katja Langenbucher

Besucheradresse  
Campus Westend | House of Finance  
Theodor.-W.-Adorno-Platz 3  
60323 Frankfurt am Main

Postadresse  
60629 Frankfurt am Main  
Germany

Rückfragen an:  
Frau Dominika Steinbach

Telefon +49 (0)69 798 33766  
Telefax +49 (0)69 798 33905  
sekretariat.langenbucher@jura.uni-frankfurt.de  
[www.uni-frankfurt.de](http://www.uni-frankfurt.de)  
[www.langenbucher.hof.uni-frankfurt.de](http://www.langenbucher.hof.uni-frankfurt.de)

## 1. Anlass des Antrags

Der Antrag der CDU/CSU Fraktion regt eine gesetzgeberische Klarstellung an. Sie betrifft Zustimmungsfiktionsklauseln mit Blick auf Vertragsänderungen in den AGB der Banken und Sparkassen. Eine Zustimmungsfiktionsklausel hat den Zweck, Schweigen des Bankkunden als Zustimmung zu einem ihm gemachten Angebot zu werten. Eine Änderung des mit der Bank geschlossenen Vertrages kann auf diese Weise zustande kommen, ohne die ausdrückliche (oder konkludente) Zustimmung einholen zu müssen. Mit Blick auf Kosteneffizienz sind diese Klauseln seit jeher im In- und Ausland etabliert.

Anlass des Antrags ist eine im Gefolge einer EuGH- und einer BGH-Entscheidung entstandene Situation. Die BGH-Entscheidung hat zwei Standard-Zustimmungsfiktionsklauseln für unwirksam erklärt. In der Vergangenheit liegende Vertragsänderungen zwischen Bank und Kunde (ggf bis zum Jahr 1977) könnten deshalb unwirksam sein.<sup>1</sup> Um dieses Risiko auszuschließen, hat die Praxis die individuelle Zustimmung jedes einzelnen

---

<sup>1</sup> *Artz* BKR 2021, 488, 494; *Casper* WM 2022, 2353, 2355 f.; siehe aber *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 374, 386 ff., 403 ff. zu den vertragsrechtlichen Folgen in der Praxis (weit-

Kunden eingeholt, ein außerordentlich kosten- und ressourcenintensiver Vorgang, insbesondere für Kunden, die nicht am online Verkehr teilnehmen.<sup>2</sup> Von ca. 10% der Kunden liegt noch keine Rückmeldung vor.<sup>3</sup> Dadurch ist nicht nur Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Wirksamkeit von Vertragsänderungen in der Vergangenheit entstanden. Auch für die Zukunft ist zu entscheiden, ob Zustimmungsfiktionsklauseln weiterhin eingesetzt werden können.

## 2. Zielrichtung des Antrags

Der Antrag hat in der Sache zwei Ziele. Erstens regt er die Klarstellung an, dass die etablierten Zustimmungsklauseln unter Beachtung des § 675g BGB weiterhin verwendet werden dürfen, um das Angebot der Bank auf Vertragsänderung anzunehmen (*Vertragsänderungswirkung*). Diese Anregung trage ich mit, halte sie sogar mit Blick auf Kosten- und Ressourceneffizienz für dringend geboten.

Zweitens scheint der Antrag das Ziel zu verfolgen, bei auf diese Weise in den Vertrag eingeführten Klauseln die AGB-Inhaltskontrolle auszusetzen (*Kontrollblockadewirkung*).<sup>4</sup> Das soll allerdings nur gelten, soweit es nicht um wesentliche Änderungen des Vertrages geht.<sup>5</sup> Die in den §§ 305 ff. BGB geregelte AGB-Inhaltskontrolle dient dazu, Klauseln, welche den Verbraucher unangemessen benachteiligen, gerichtlich für unwirksam erklären zu können. Die Gewährleistung eines Mindeststandards an AGB-Inhaltskontrolle ist europarechtlich (mindestharmonisierend) durch die Klauselrichtlinie 93/13/EWG vorgegeben. Ob eine Klausel bereits beim erstmaligen Vertragsschluss oder im Rahmen einer späteren Vertragsänderung vereinbart wurde, ist für die Durchführung einer AGB-Inhaltskontrolle irrelevant.

Mit Blick auf dieses zweite Ziel greift die vorgeschlagene Formulierung zu weit und birgt die Gefahr einer europarechtlich unzulässigen Einschränkung des Verbraucherschutzes. Der vom Antrag (mit Blick auf wesentliche Vertragsänderungen)<sup>6</sup> wie von der BGH-Entscheidung (mit Blick auf die Einräumung einer inhaltlich nicht eingegrenzten Änderungsbefugnis)<sup>7</sup>

---

gehende Annahme konkludenter Zustimmung); diff. *Omlor* NJW 2021, 2243, 2237; einschränkend hingegen *Arzt* BKR 2021, 488, 494; *Rodi* WM 2021, 1357, 1359; zu Möglichkeiten der Vertragsgestaltung *Dieckmann* BKR 2021, 657; *Graf von Westphalen* NJW 2021, 3145, 3149 ff.; zur Bewertung neu gefasster Klauseln: *Graf von Westphalen* ZIP 2022, 2153; *Klanten* BKR 2022, 211, 214; *Rodi* WM 2022, 1665.

<sup>2</sup> *Casper* WM 2022, 2353, 2356.

<sup>3</sup> Positionspapier Nr. 2.

<sup>4</sup> Antrag S. 2 Absatz 5.

<sup>5</sup> Antrag S. 2 Absatz 6.

<sup>6</sup> Antrag S. 2 Absatz 6.

<sup>7</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rz 26.

übereinstimmend ausgemachten Gefahr lässt sich einfacher durch eine gesetzgeberische Korrektur des § 307 Abs. 3 BGB begegnen.

### 3. Rechtslage de lege lata

#### a) Differenzierung zwischen kontrollfähigen und nicht kontrollfähigen Klauseln

Die AGB-Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB setzt am Vertragsschluss zwischen Verbraucher und Verwender von AGB an. § 307 Abs. 3 BGB differenziert dabei zwischen kontrollfähigen und nicht kontrollfähigen Klauseln. Abgesehen von einer Transparenzprüfung nicht kontrollfähig sind deklaratorisch das Gesetz wiederholende Klauseln, die Festsetzung des Preises sowie die Festsetzung der vertragscharakteristischen Hauptleistungspflicht(en). Alle übrigen Klauseln sind kontrollfähig. Der Ausschluss der Kontrolle leuchtet für deklaratorische Klauseln ohne weiteres ein, ansonsten wären Gesetzesnormen der richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen. Für Preis und vertragscharakteristische Hauptleistungspflichten dürfte der Gesetzgeber die Vertragsabschlusssituation vor Augen gehabt haben. Für diese gilt: Preis und Kern der angebotenen Leistung regelt der Markt, in den Grenzen der Sittenwidrigkeit und des Kartellrechts. Die AGB-Inhaltskontrolle kann keine richterliche Preiskontrolle eröffnen für welche Vorgaben des dispositiven Gesetzesrechts fehlen.<sup>8</sup>

#### b) Änderungsbedarf bei Dauerschuldverhältnissen und Mechanismen der Änderung

Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen kann im Zeitablauf Bedarf nach einer Vertragsanpassung bestehen.<sup>9</sup> Sie lässt sich auf unterschiedlichen Wegen erreichen:<sup>10</sup> (einseitig) durch eine vorher eingeräumte Änderungsbefugnis,<sup>11</sup> durch eine Änderungskündigung, oder (zweiseitig) durch

---

<sup>8</sup> Grigoleit ÖBA 2020, 460, 467.

<sup>9</sup> Grigoleit ÖBA 2020, 460 („ökonomische aber auch rechtsethische Selbstverständlichkeit“); Habersack BKR 2020, 53, 56.

<sup>10</sup> Überblick bei Grigoleit ÖBA 2020, 460, 461; Herresthal ZHR 186 (2022) 373, 384 kritisch mit Blick auf das vom BGH postulierte Leitbild, dem Schweigen einer Partei komme grundsätzlich kein Erklärungswert zu.

<sup>11</sup> Vgl. § 308 Nr. 4, 315 BGB; im vorliegenden Kontext hierzu Grigoleit ÖBA 2020, 460, 462 f.; zur fehlenden Regelung dieser Gestaltung in der Zahlungsdiensterichtlinie: Habersack BKR 2020, 53, 56.

ein Änderungsangebot und dessen ausdrückliche, konkludente<sup>12</sup> oder finanzierte<sup>13</sup> Annahme.

Ist in AGB eine Zustimmungsfiktionsklausel (wie die hier streitigen) enthalten, strebt der Verwender folgenden Mechanismus an: (i) Er unterbreitet ein Angebot, (ii) der Verbraucher widerspricht nicht, (iii) damit wird die Zustimmung des Verbrauchers fingiert, das Angebot des Verwenders ist angenommen und der Vertrag geändert.

Banktypische Klauseln (wie die hier streitigen) weisen den Verwender bei Fristbeginn auf diesen Mechanismus ausdrücklich hin und fingieren die Zustimmung des Verbrauchers nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne (zwei Monate).

### c) Erwähnung von Zustimmungsfiktionsklauseln im Normtext des BGB

Die Zulässigkeit einer Klausel, die einen derartigen Vertragsänderungsmechanismus einführt, ist Regelungsgegenstand des § 308 Nr. 5 BGB.<sup>14</sup> Wird dem Verbraucher eine angemessene Reaktionsfrist eingeräumt und er hie- rauf bei Fristbeginn hingewiesen, ist die Klausel wirksam, sofern nicht im Einzelfall (trotz der Einhaltung der in § 308 Nr. 5 BGB formulierten Vor- raussetzungen) gleichwohl eine unangemessene Benachteiligung des Ver- brauchers vorliegt.<sup>15</sup>

Zur Sprache kommt die Klausel mit Blick auf die Änderung eines Zah- lungsdiensterahmenvertrags außerdem in § 675g BGB, der auf Art. 52, 54 Zahlungsdiensterichtlinie II 2366/2015/EU zurückgeht.<sup>16</sup> Für diesen Ver- trag<sup>17</sup> ordnet Abs. 1 an, dass der Zahlungsdienstleister die geplante Ände- rung spätestens zwei Monate vor dem intendierten Wirksamkeitszeitpunkt anbietet. Abs. 2 S. 1 spricht davon, dass die Parteien eine Zustimmungs- fiktionsklausel vereinbaren „können“. Ist das der Fall, steht dem Verbrau-

<sup>12</sup> *Habersack* BKR 2020, 53, 58; zur konkludenten Einbeziehung von Klauseln mit Blick auf die Situation nach der BGH-Entscheidung: *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 389 ff.; *Omlor* NJW 2021, 2243, 2246 f.

<sup>13</sup> Im vorliegenden Kontext hierzu *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 463 f.; die Fiktion von Schweigen als Zustimmung hält *Feldhusen* WM 2020, 397, 399 im Vergleich zur einseiti- gen Änderungsbefugnis für „paradox“, dabei wird u.a. die Widerspruchsmöglichkeit des Verbrauchers übersehen; zur Unterscheidung vor und nach der Entscheidung in BGH BB 2007, 2644; *Pfeiffer* RdZ 2022, 18, 20, 22.

<sup>14</sup> *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 464 f.; *Habersack* BKR 2020, 53, 57; *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 394, 417, alle mwN; a. A. nur *Feldhusen* WM 2020, 397, 403 (Unanwendbar- keit des § 308 Nr. 5 BGB).

<sup>15</sup> *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 464.

<sup>16</sup> Zur Differenzierung zwischen § 675g und § 308 Nr. 5 BGB: *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 469.

<sup>17</sup> Für Analogie auf bankmäßige AGB: *Grigoleit* ÖBA 2021, 885, 889; anders *Habersack* BKR 2020, 53, 58.

cher ein fristloses Kündigungsrecht zu, der Verwender hat den Bankkunden hierauf sowie auf die Folgen seines Schweigens hinzuweisen (S. 2). Die streitigen banktypischen Klauseln übernehmen im Wesentlichen wortgleich diese gesetzliche Formulierung.

d) Dissens zwischen dem BGH und (dem weit überwiegenden) Teil der Literatur/der untergerichtlichen Rechtsprechung

Zwischen dem BGH und dem weit überwiegenden Teil der Literatur ist umstritten, ob sich die Regelungswirkung des § 675g BGB darauf beschränkt, eine Zustimmungsfiktionsklausel an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen (so der BGH) oder ob, darüber hinausgreifend, derartige Klauseln insgesamt<sup>18</sup> einer Inhaltskontrolle entzogen werden sollen (so der überwiegende Teil der Literatur und die untergerichtliche Rechtsprechung).<sup>19</sup>

Dem EuGH hatte eine in Österreich verwendete Klausel Gelegenheit zu einer Klarstellung gegeben.<sup>20</sup> Zunächst äußere sich die Richtlinie nur zu solchen Zustimmungsfiktionen, die eine Vertragsänderung bewirkten, nicht hingegen zu Anpassungen, die wegen ihres Umfangs dem Abschluss eines Neuvertrages gleichkommen.<sup>21</sup> Weiter sei diese nicht auf Verbraucher begrenzt.<sup>22</sup> Schließlich wolle die Richtlinie „keine Vorgaben zum Inhalt von Änderungen eines Rahmenvertrages, die stillschweigend angenommen werden können“ machen, sie räume „lediglich die Möglichkeit solcher Änderungen ein“.<sup>23</sup> „Die Prüfung, ob eine Klausel, die (...) die stillschweigende Zustimmung zu Änderungen eines Rahmenvertrages betrifft, missbräuchlich ist“, so stellt das Gericht klar, unterliegt, wenn es sich um Verbraucher handelt, den Bestimmungen der Klauselrichtlinie 93/13/EWG.<sup>24</sup> Die Prüfung, „ob die (...) Klausel (...), die die stillschweigende Änderung des mit Verbrauchern geschlossenen Rahmenvertrags betrifft, missbräuchlich ist, (ist) nicht nach Maßgabe von Art. 52 Nr. 6 lit a der RL (EU) 2015/2366 iVm deren Art. 54 Abs. 1, sondern nach Maßgabe der Bestimmungen der RL 93/13/EWG vorzunehmen“.<sup>25</sup> „Unberührt“ bleibt „die

<sup>18</sup> Für eine noch andere Variante siehe Habersack BKR 2020, 53, 57: nur mit Blick auf die Vereinbarung der Zustimmungsfiktion (hier als *Vertragsänderungswirkung* bezeichnet) soll § 675g BGB die §§ 307 BGB verdrängen, abgestützt durch den Verweis auf BT-Drucks 16/11643 S. 103.

<sup>19</sup> Zur Rechtsprechung siehe OLG Köln BKR 2020, 101 Rz 5, 7 (Klauseln sind der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 BGB, weil ihr Inhalt mit § 675g BGB vollumfänglich übereinstimmt); ebenso LG Berlin ZIP 2019, 1367 Rz. 2; zur Literatur siehe weiter unten vor 4.

<sup>20</sup> ECLI:EU:C:2020:897.

<sup>21</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 47.

<sup>22</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 49.

<sup>23</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 50.

<sup>24</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 61.

<sup>25</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 64.

Möglichkeit der Prüfung, ob diese Klauseln im Lichte der Bestimmungen der RL 93/13/EWG missbräuchlich sind“.<sup>26</sup>

Der BGH hat sich dem angeschlossen.<sup>27</sup>

Der weit überwiegende Teil der Literatur entnimmt hingegen § 675g BGB die Anordnung, bei Einhaltung der dort kodifizierten Voraussetzungen, sei die Klausel *ex lege* der AGB-Kontrolle entzogen und damit wirksam.<sup>28</sup>

Das wird aus der vollharmonisierenden Wirkung von Art. 52, 54 Zahlungsdiensterichtlinie II 2366/2015/EU und deren Einordnung als *lex specialis* sowie *lex posterior* hergeleitet.<sup>29</sup>

Auf dieser Lesart setzt der CDU/CSU-Antrag auf.<sup>30</sup> Als Begründung wird auf die Bedürfnisse der Standardisierung im Massenverkehr verwiesen.<sup>31</sup> Zusätzlich wird § 675g BGB ein Leitbildcharakter entnommen, welchen der CDU/CSU-Antrag ausdrücklich zu kodifizieren sucht.<sup>32</sup>

#### 4. Differenzierung nach Wirkungen der Klausel

Die literarische Diskussion und die Begründung des BGH leiden darunter, dass nicht stets präzise zwischen der *Vertragsänderungswirkung* und der *Kontrollblockadewirkung*<sup>33</sup> derartiger Klauseln unterschieden wird.<sup>34</sup> Bei der *Vertragsänderungswirkung* geht es um die Einführung einer neuen Bestimmung (beispielsweise: eine Haftungsregelung) in den Vertrag. Mit der Frage, ob die neu eingeführte Änderung sachlich einer Inhaltskontrolle standhält (beispielsweise: die Haftungsregelung den Verbraucher unangemessen benachteiligt), hat diese Frage zunächst einmal gar nichts zu tun. Wer eine *Kontrollblockadewirkung* befürwortet, setzt die Vertragsänderungswirkung voraus. Zusätzlich soll die neu eingeführte Klausel inhaltlich

<sup>26</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 66.

<sup>27</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rz 10, 12-15.

<sup>28</sup> A. A. Feldhusen WM 2020, 441, 443 f.; dem BGH im Wesentlichen zustimmend auch Arzt BKR 2021, 488, 493.

<sup>29</sup> Grigoleit ÖBA 2020, 460, 468 ff.; ders ÖBA 2021, 885, 888 f.; Langner WM 2021, 1869, 1870; Omloj NJW 2021, 2243, 2244 ff.; Schmidt-Kessel/Rank WM 2018, 2205; Vogel ZBB 2021, 312.

<sup>30</sup> S. 2 vorletzter Absatz. Der dort vorgeschlagene § 675g Abs. 3 BGB n.F. solle klarstellen, dass „Zustimmungsfiktionsklauseln, die den Vorgaben in § 308 Nr. 5 sowie § 675g Abs. 1 und 2 BGB genügen, nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB unterfallen“.

<sup>31</sup> Siehe oben 1.

<sup>32</sup> S. 2 dritter Absatz.

<sup>33</sup> Siehe oben 2.

<sup>34</sup> Zur Unterscheidung aber Grigoleit ÖBA 2020, 460, 467 (von der „auf die verfahrensmäßige Festlegung bezogenen Inhaltskontrolle ist die objektivrechtliche Kontrolle des aufgrund des Fiktionsmechanismus geänderten Vertragsinhalts (...) zu unterscheiden“); Habersack BKR 2020, 53, 56 (differenzierend zwischen „Vorgaben hinsichtlich des Verfahrens der Vertragsänderung“ und „Kontrolle der eingeführten Klausel selbst“); siehe auch Herresthal ZHR 186 (2022) 373, 383.

als angemessen gelten (beispielsweise: die Haftungsregelung zulässig sein).

### a) Kontrollblockadewirkung

Eine Kontrollblockadewirkung lässt sich meines Erachtens spätestens seit der Entscheidung des EuGH nicht mehr halten.<sup>35</sup> Schon vorher scheint sie unstimmig, weil sie Bestands- gegenüber Neukunden schlechter behandeln würde. Das ergibt eine einfache Kontrollüberlegung: Bei Neuabschluss eines Vertrages greift unstreitig die Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB, die das gesamte Klauselwerk erfasst. Wird das identische Klauselwerk im Rahmen einer Vertragsänderung nach Zustimmungsfiktion eingeführt, wäre es der Inhaltskontrolle vollständig entzogen (am Beispiel einer unangemessenen Haftungsklausel: sie wäre für den Neukunden, nicht aber für den Bestandskunden unwirksam).

Auch scheint § 675g BGB, auf welchen sich die Vertreter der Literatur be rufen, gerade auf die *Vertragsänderungswirkung* im Massenverkehr zugeschnitten.<sup>36</sup> Warum der Massenverkehr zusätzlich auf die Einführung kontrollfreier Klauseln angewiesen sein soll, deren inhaltsgleiche Verwendung gegenüber Neukunden nicht möglich wäre, erschließt sich mir nicht.

### b) Vertragsänderungswirkung

Anders ist die Vertragsänderungswirkung, also die Einführung neuer Vertragsbedingungen bei Nichtwiderspruch des Bankkunden, zu beurteilen. Für sie besteht im Massenverkehr ein evidentes Bedürfnis,<sup>37</sup> nicht zuletzt mit Blick auf dieressourcenintensiven Anforderungen unter Umständen wiederholter, womöglich papiergebundener Nachfragen,<sup>38</sup> wollte man eine ausdrückliche Zustimmung zu jedem Änderungsangebot verlangen. § 308 Nr. 5 BGB geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Klausel ebenso aus wie Rechtsprechung und Literatur.<sup>39</sup>

Verbraucherschutzinteressen verlangen keine andere Beurteilung. Das liegt auf der Hand, soweit die Vertragsänderung den Verbraucher besser oder gleich gut wie bislang stellt. Stellt die neue Vereinbarung den Verbraucher

<sup>35</sup> So bereits *Habersack* BKR 2020, 53, 57 („Allein die Zustimmungsfiktion als solche ist der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen“); im Anschluss an die Entscheidung auch *Casper* WM 2022, 2405, 2406; *Pfeiffer* RdZ 2022, 18, 20; a. A. *Grigoleit* ÖBA 2021, 885, 889 f.

<sup>36</sup> Siehe sogleich unter b.

<sup>37</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rz 32; *Omlor* NJW 2021, 2243, 2245.

<sup>38</sup> Siehe *Rösler* ÖBA 2021, 685, 689.

<sup>39</sup> *Habersack* BKR 2020, 53, 55, 59; *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 376, beide mwN.

schlechter, bleibt sie (mit Blick auf die hier vertretene Ablehnung der Kontrollblockadewirkung) nach den §§ 305 ff., ggf. auch den §§ 138, 242 BGB der AGB-Kontrolle unterworfen.<sup>40</sup>

## 5. Schutzwirkung der AGB-Inhaltskontrolle bei Vertragsänderungen mit Blick auf § 307 Abs. 3 BGB

Dem BGH scheint die beschriebene nachlaufende Inhaltskontrolle nicht zu genügen: „Dass „vereinbarte“ Änderungen ihrerseits der Ausübungskontrolle unterliegen, gleicht diesen Umstand nicht aus“.<sup>41</sup> Das Gericht führt hierfür zwei Gründe an. Zum einen sei für Änderungen, die in der Sache dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichkommen, ein Änderungsvertrag erforderlich. Zum anderen seien bestimmte (nämlich die nicht kontrollfähigen) Klauseln gemäß § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen.<sup>42</sup>

Der zuerst genannte Einwand lässt sich als Einschränkung der Zulässigkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln verstehen. Diese geht zwar über den Wortlaut des § 308 Nr. 5 BGB hinaus, liegt aber mit Blick auf die neben § 308 Nr. 5 BGB nach wohl überwiegender Ansicht<sup>43</sup> weiter zulässige Prüfung nach § 307 Abs. 1, 2 BGB jedenfalls nicht fern. § 675g BGB hat der EuGH ebenfalls in diese Richtung ausgelegt.<sup>44</sup> Auch der CDU/CSU-Antrag, der nur „nicht wesentliche“ Änderungen erfassen möchte, liegt auf dieser Linie.

Gleichsam den Finger in die Wunde legt hingegen der zuletzt genannte Hinweis. Das lässt sich am Beispiel einer Preisvereinbarung verdeutlichen. Bei Neuabschluss eines Vertrages entscheidet sich der Verbraucher auf der Basis des angebotenen Produkts/Services und des Preises, diese Entscheidung kann der Richter gemäß § 307 Abs. 3 BGB (unstreitig) nicht kontrollieren. Betrifft aber eine über den Mechanismus der Zustimmungsfiktion neu eingeführte Vertragsänderung eine charakteristische Hauptleistungspflicht oder den Preis (beispielsweise: das kostenlose Girokonto wird kostenpflichtig),<sup>45</sup> ist auch diese Änderung wegen § 307 Abs. 3 BGB der Kon-

---

<sup>40</sup> *Habersack* BKR 2020, 53, 60.

<sup>41</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rz 27 (Hervorhebung im Original).

<sup>42</sup> Siehe oben 3a.

<sup>43</sup> *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 465; aA *Habersack* BKR 2020, 53, 57 mwN (keine zusätzliche Kontrolle, wenn sich die Klausel innerhalb des durch § 308 Nr. 5 BGB („qualifizierte Erlaubnisnorm“) geschaffenen Bereichs bewegt).

<sup>44</sup> Siehe oben 3d; hierzu *Casper* WM 2022, 2405, 2406; *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 377.

<sup>45</sup> Hierzu BGH NJW 2021, 2273 Rz 38.

trolle entzogen. Geschützt ist somit ausschließlich der aktiv widersprechende Verbraucher, angesichts rationaler Apathie<sup>46</sup> ein empirisch wie normativ wenig befriedigender Befund.<sup>47</sup>

In der Ablehnung dieser Folgewirkung (im Beispiel: das kostenlose Girokonto wird kostenpflichtig) stimmen BGH, Teile der Literatur<sup>48</sup> sowie der CDU/CSU-Antrag überein.<sup>49</sup> Der BGH sah sich genötigt, hieraus die Konsequenz zu ziehen, die gesamte Zustimmungsfiktionsklausel für unwirksam zu erklären. Allerdings hat das Gericht deren „einschränkend-konkretisierende Formulierung“ für möglich gehalten.<sup>50</sup> Wie eingangs erwähnt<sup>51</sup> birgt das für die Zukunft erhebliche Rechtsunsicherheit, für die Vergangenheit droht die Unwirksamkeit jahrzehntelang durchgeföhrter Änderungsverträge und gegenwärtig hat die Entscheidung zu ressourcenintensiven Bemühungen geführt, die ausdrückliche Zustimmung der Bankkunden einzuholen.

## 6. Vorschlag de lege ferenda

Für den Reformgesetzgeber folgt hieraus eine naheliegende Korrekturmöglichkeit. Das Problem wird durch die mangelnde Kontrollfähigkeit von Preis und charakteristischer Hauptleistung nach § 307 Abs. 3 BGB auch bei Vertragsänderungen hervorgerufen. Der telos dieser Norm erfasst die

---

<sup>46</sup> Zu rationaler Apathie im Kapitalmarktrecht *Langenbucher Aktien- und Kapitalmarktrecht*<sup>5</sup> § 1 Rz 8, § 6 Rz 207 mwN.

<sup>47</sup> Zum „lethargischen“ Verbraucher BGH NJW 2021, 2273 Rz 26; krit. zu dieser Argumentation aber *Grigoleit ÖBA* 2021, 885, 890 („Apathierisiko“ als bloßes Abwägungselement); *Mäsch Jus* 2021, 1184, 1185 (Leitbild ist der informierte, nicht der lethargische Verbraucher); in diese Richtung auch *Pfeiffer RdZ* 2022, 18, 21 (Orientierung an der „Figur des bequemen Verbrauchers ist (...) verfehlt“).

<sup>48</sup> Im Einzelnen bestehen erhebliche Unterschiede:

- Teile der Literatur lehnen die *Kontrollblockadewirkung* jedenfalls für eine grundlegende Umgestaltung des Vertrages ab, siehe *Casper WM* 2022, 2405, 2411; siehe in der Sache auch ablehnend aber für eine andere Lösung: *Herresthal ZHR* 186 (2022) 373, 385 f (Verstoß gegen § 311 Abs. 2 BGB, Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten).
- Andere Teile der Literatur sehen das jedenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des § 675g BGB ebenso, siehe *Grigoleit ÖBA* 2020, 460, 467 („im Kontext einer Inanspruchnahme des Fiktionsmechanismus sprechen allerdings gute Gründe für eine Anwendung der Inhaltskontrolle“).
- Innerhalb des Anwendungsbereichs des § 675g BGB begrüßen Teile der Literatur die *Kontrollblockadewirkung*, siehe *Grigoleit ÖBA* 2021, 885, 890 f.; *Omlor NJW* 2021, 2243, 2244. Das wird vor allem damit begründet, dass der Kunde sich ohne Zustimmungsfiktion der Gefahr einer (Änderungs)kündigung der Bank aussetzt, siehe *Casper WM* 2022, 2353, 2356. („Steine statt Brot“). Dieser Gefahr lässt sich meines Erachtens besser durch die Kontrolle einer solchen Änderungskündigung begegnen. *Grigoleit ÖBA* 2021, 885, 891 will dem hingegen mit einer Ausübungskontrolle begegnen.

<sup>49</sup> Siehe Antrag S. 2 mit dem Vorschlag eines § 675g Abs. 1 S. 2 BGB n.F., der klarstellen soll, „dass es sich (...) nicht um wesentliche Änderungen handeln darf (...) d.h. wenn beispielsweise Leistungen kostenpflichtig werden sollen, die zuvor kostenfrei waren“.

<sup>50</sup> BGH NJW 2021, 2273 Rz 32.

<sup>51</sup> Siehe oben 1.

Situation beim erstmaligen Vertragsschluss, der Richter soll das angebotene Äquivalenzverhältnis zwischen Preis und Leistung nicht einer Inhaltskontrolle unterziehen dürfen, für welche ein gesetzliches Leitbild fehlt.<sup>52</sup>

Für nachträgliche Vertragsänderungen passt dieser Gedanke nicht. Er führt bei konsequenter Umsetzung zur oben in anderem Zusammenhang kritisierten Schlechterbehandlung von Bestands- gegenüber Neukunden,<sup>53</sup> denn eine Preiserhöhung (oder Verschlechterung mit Blick auf die Hauptleistungspflicht) wäre gegenüber Bestandskunden kontrollfrei möglich. Der BGH vermeidet diese Konsequenz seit Jahren durch seine Rechtsprechung zu sog. Preisnebenabreden, die er für kontrollfähig erklärt. In einer älteren Entscheidung zu einem Internetprovider-Vertrag begründet das Gericht die Unwirksamkeit einer Fiktionsklausel mit Blick gerade auf die Einschränkung von Hauptleistungspflichten.<sup>54</sup> Auch der EuGH hat die Reichweite der Missbrauchskontrolle in der Klauselrichtlinie mit Blick auf Vertragsänderungen eingeschränkt.<sup>55</sup>

- a) Korrektur des § 307 Abs. 3 BGB mit Blick auf die nachträgliche Änderung von Preis und charakteristischer Hauptleistungspflicht

Adjustiert man § 307 Abs. 3 BGB für Vertragsänderungen,<sup>56</sup> entfällt der Ansatzpunkt für die Kritik des BGH. Damit entfällt auch die Notwendigkeit, die Zustimmungsfiktionsklausel *in ihrer Funktion als Vertragsänderungsmechanismus* für unwirksam zu erklären. Klarzustellen ist, dass die Kontrollfreiheit von Preis und charakteristischen Hauptleistungspflichten nur den erstmaligen Vertragsabschluss betrifft. Für Änderungen nach Vertragsschluss sind eigene Anforderungen zu formulieren, die gerade auf Preis und charakteristische Hauptleistungspflicht zuzuschneiden sind.<sup>57</sup> Modell hierfür könnte neben den Vorgaben der §§ 308 Nr. 6, 675g BGB

---

<sup>52</sup> Siehe oben 3a.

<sup>53</sup> Siehe oben 4a.

<sup>54</sup> BGH NJW-RR 2008, 134; hierzu *Feldhusen* WM 2020, 441, 444 f.; *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 465 mwN.

<sup>55</sup> ECLI:EU:C:2012:242 Rn. 23; hierzu *Casper* WM 2022, 2405, 2407.

<sup>56</sup> Siehe (für Fiktionsklausel außerhalb des Anwendungsbereichs von § 675g BGB) bereits *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 467 für eine teleologische Reduktion dieser Norm; im Kontext einer Ausübungskontrolle auch innerhalb des Anwendungsbereichs von § 675g BGB *ders* ÖBA 2021, 885, 892; für eine Änderung des § 308 Nr. 5 BGB, die klarstellt, dass eine dem § 675g BGB entsprechende Klausel nicht gegen § 307 BGB verstößt: *Casper* WM 2022, 2405; für Verortung bei § 308 BGB auch *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 417.

<sup>57</sup> Die präzise gesetzgeberische Vorgabe könnte auch dem Bedenken von *Grigoleit* ÖBA 2020, 460, 466 Rechnung tragen, der (in Auseinandersetzung mit BGH NJW-RR 2008, 134) befürchtet, es werde „der praktische Relevanzbereich von Fiktionsklauseln durch die entstehende Rechtsunsicherheit mehr oder weniger auf null heruntergeregt“; siehe *id S.* 467 für Überlegungen de lege ferenda (drucktechnische Hervorhebung, synoptische Gegeüberstellung, Erleichterung des Widerspruchs durch Vordrucke/vorfrankierte Umschläge).

die Rechtsprechung des BGH zu Preisnebenabreden sein,<sup>58</sup> die Rahmenbedingungen für die Anpassung in der Preisgestaltung aufzeigt.<sup>59</sup> Auch die Kontrolle anhand einer am Markt mit Neukunden erzielbaren Vereinbarung bietet sich an.<sup>60</sup>

Europarechtlich ist diese Anpassung ohne weiteres zulässig. Zwar ordnet Art. 4 Abs. 2 der Klauselrichtlinie, umgesetzt durch § 307 Abs. 3 BGB, die Beschränkung der AGB-Kontrolle auf Abreden an, die nicht den Preis und die charakteristischen Hauptleistungspflichten betreffen. Die Richtlinie ist aber gemäß Art. 8 mindestharmonisierend, gestattet mithin ein höheres mitgliedstaatliches Schutzniveau. Für Vertragsänderungsmechanismen hat der EuGH die Reichweite der Bestimmung ohnehin eingeschränkt.<sup>61</sup>

### b) Spielraum für noch weiterführende Änderungen

Der Antrag der CDU/CSU weist noch über die hier vorgeschlagene Änderung hinaus und greift die in der Literatur vorgeschlagene Einordnung des § 675g BGB als Leitbild für eine Zustimmungsfiktionsklausel auf, der sowohl *Vertragsänderungswirkung* als auch *Kontrollblockadewirkung* zu kommen im Bereich von Banken-AGB<sup>62</sup> soll. Während das meines Erachtens nicht bereits de lege lata europarechtlich geboten ist,<sup>63</sup> besteht de lege ferenda zumindest Handlungsspielraum des nationalen Gesetzgebers.<sup>64</sup> Eingeschränkt ist dieser Handlungsspielraum meines Erachtens mit Blick auf die oben dargestellte Entscheidung des EuGH,<sup>65</sup> der die Vorgaben der Klauselrichtlinie 93/13/EWG unberührt lässt.<sup>66</sup> Diese verbietet miss-

---

<sup>58</sup> Überblick bei *Lang/Kühler* NJW 2022, 2145 ff.

<sup>59</sup> Siehe für einen Formulierungsvorschlag: *Casper* WM 2022, 2405, 2411 (unter Bejahung einer eingeschränkten *Kontrollblockadewirkung*: zulässig sollen Änderungen sein, die den Vertrag nicht wesentlich umgestalten. Damit wird dem hier verfolgten Anliegen was § 307 Abs. 3 BGB betrifft Rechnung getragen. Nicht überzeugend und sachlich nicht geboten erscheint mir demgegenüber die hiermit verbundene *Kontrollblockadewirkung* was Nebenabreden außerhalb des § 307 Abs. 3 BGB angeht, siehe letzter Absatz der vorliegenden Stellungnahme); *ders* verweist zusätzlich auf die Notwendigkeit ausdrücklicher (nicht nur konkludenter) Zustimmung nach dem Gedanken des § 312a Abs. 3 S. 1 BGB; *id S 2411* verweist er auf die mündliche Begründung des Gerichts, wo die erstmalige von der laufenden Preiserhöhung unterschieden wurde, auf die mündliche Begründung auch der Verweis bei *Herresthal* ZHR 186 (2022) 373, 385; zu § 312a BGB auch *Feldhusen* WM 2020, 441, 442.

<sup>60</sup> Positionspapier Nr. 10; *Grigoleit* ÖBA 2021, 885, 892.

<sup>61</sup> ECLI:EU:C:2012:242 Rn. 23; hierzu *Casper* WM 2022, 2405, 2407.

<sup>62</sup> Siehe *Casper* WM 2022, 2405, 2410 f. zur europarechtlichen Zulässigkeit einer auf Banken beschränkten Regelung.

<sup>63</sup> Anders die oben unter 3d zitierte Literatur.

<sup>64</sup> Zur Dichte der Prüfung durch den EuGH mit Blick auf die Klauselkontrolle *Casper* WM 2022, 2405, 2407 f. mwN; zur europarechtlichen Zulässigkeit *id S. 2408 ff.*

<sup>65</sup> ECLI:EU:C:2020:897 Rz 66.

<sup>66</sup> So auch *Casper* WM 2022, 2405, 2406; anders *Grigoleit* ÖBA 2021, 885, 890 („bleibt offenbar die Alternative offen, nach dem mitgliedstaatlichen Befund die „Möglichkeit“ einer allgemeinen Missbrauchsprüfung abzulehnen“) mit eingehender Kritik der EuGH-

bräuchliche Klauseln und versteht darunter ein „erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten (...) entgegen dem Gebot von Treu und Glauben“, Art. 3 Abs. 1. Diese autonom europarechtlich auszulegenden Vorgaben dürften weniger weit reichen als der derzeitige Stand der BGH-Rechtsprechung.<sup>67</sup>

Soweit der CDU/CSU Antrag die Kodifikation des Leitbildcharakters des § 675g BGB anregt, ist dies folglich in den Grenzen der Klauselrichtlinie europarechtlich zulässig. Ob der Antrag sachlich überzeugt, hat der demokratische Gesetzgeber zu entscheiden. Mir erscheinen die Rahmenbedingungen des Massenverkehrs (Kosteneffizienz, Ressourcenschonung) zwar für die Kodifikation der *Vertragsänderungswirkung* zu streiten. Eine Übertragung dieser Argumentation auf die *Kontrollblockadewirkung* halte ich hingegen nicht für überzeugend, schon wegen des Vergleichs von Neu- und Bestandkunden.

---

Entscheidung und mwN; zur Kritik der EuGH-Entscheidung außerdem *Fornasier ZEuP* 2022, 444, 451 f.; *Omlor NJW* 2021, 2243, 2244; *Pfeiffer RdZ* 2022, 18, 19; knapp auch *Artz BKR* 2021, 488, 493.

<sup>67</sup> Zu Zustimmungsfiktionsklauseln siehe Anhang zur Richtlinie Nr. 1 lit. i, zur Änderung von Leistungspflichten Nr. 1 lit. k, zu Preisänderungen lit. l, für Anpassung des Zinssatzes bei Finanzdienstleistungen Nr. 2 lit. b Unterabsatz 1, zu einseitiger Anpassung bei Finanzdienstleistungen lit. b Unterabsatz 2, hierzu *Casper WM* 2022, 2405, 2408 f.; zum Transparenzgebot *id S.* 2409.

## **Ressourcenschonung im Bankbereich – Ein Appell aus der Wissenschaft zum AGB-Änderungsmechanismus durch Zustimmungsfiktion**

Mit seinem Urteil vom 27.04.2021 – XI ZR 26/20 (BGHZ 229, 344) hat der XI. Zivilsenat des BGH der bisherigen Praxis einer Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wege der Zustimmungsfiktion bei Bankgeschäften mit Verbrauchern den Boden entzogen. Die unterzeichnenden Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sind der Auffassung, dass nach diesem Urteil dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um auch in Zukunft einen rechtssicheren wie praktikablen AGB-Änderungsmechanismus zu ermöglichen. Sie begründen diese Forderung mit den nachfolgenden zehn Thesen.

1. Das Urteil vom 27.04.2021 hat dazu geführt, dass im Geschäftsverkehr mit Banken oft Unsicherheit über die im Einzelfall geltende Fassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht, da das Urteil zeitlich bis ins Jahr 1977 zurückwirkt und in der Vergangenheit vorgenommene AGB-Änderungen nicht wirksam waren.
2. Das vom BGH in Aussicht genommene und von den Kreditinstituten nachvollzogene Modell der individuellen Zustimmung aller Kunden hat sich in der Praxis nicht bewährt. Der Aufwand ist sehr hoch. Die Rücklaufquoten erreichen trotz intensiver und mehrfacher Ansprache der Kunden auf verschiedenen Kommunikationswegen maximal etwas mehr als 90% der Angesprochenen; bei nur einer Ansprache ist die Quote deutlich geringer. Die Anzahl der Kunden, die ihre Zustimmung verweigert, liegt hingegen im Promillebereich.
3. Damit verbleibt eine Residualgröße von etwa 10% der Kunden, die sich trotz intensiver Bemühungen nicht zurückmelden. Ihnen droht in letzter Konsequenz die Kündigung der Kontobeziehung. Banken haben – wie andere Anbieter im sog. Massengeschäft auch – ein berechtigtes Interesse an einheitlich geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit allen Kunden. Dieses berechtigte Ziel lässt sich auf der Basis des Modells der individuellen Zustimmung nur mittels Kündigung erreichen, sofern sich Kunden nicht zurückmelden. Bereits aus diesem Grund ist die Rechtsprechung des XI. Senats weniger verbraucherfreundlich, als es auf den ersten Blick scheint.
4. Viele Verbraucher haben zudem kein Interesse, sich mit den teilweise kleinteiligen, aus ihrer Sicht uninteressanten AGB-Änderungen auseinandersetzen zu müssen. Sie empfinden das Zustimmungserefordernis sowie insbesondere die wiederholte Ansprache durch die Kreditinstitute schlicht als lästig.
5. Die Rechtsprechung ist auch deswegen nicht verbraucherfreundlich, weil das Modell der individuellen Zustimmung erhebliche Mehrkosten gegenüber der Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wege der Zustimmungsfiktion verursacht. Viele Tonnen von Papier müssen bedruckt und versandt werden; vor allem aber schlägt der erhöhte Personalaufwand zu Buche. Diese zusätzlichen Kosten werden im Zweifel in Form höherer Gebühren an die Kunden weitergereicht. Der enorme Verbrauch an Ressourcen (insbes. Papier und Energie) ist zudem unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit kritikwürdig, zumal er wegen des weitgehenden Desinteresses der Bankkunden im Hinblick auf AGB-Änderungen sinnlos erscheint.
6. Der Hinweis des BGH auf die Möglichkeit einer Verankerung von Zustimmungsfiktionsklauseln, die den Kontext der Zustimmungsfiktion näher spezifizieren, hat sich als nicht rechtssicher umsetzbar und damit als nicht praktikabel erwiesen. Auch besteht die Gefahr, dass näher spezifizierte Zustimmungsfiktionsklauseln sehr komplex und umfangreich geraten und für den Verbraucher kaum noch verständlich sind.

7. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf folgt auch daraus, dass die Unzulässigkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln durch die Rechtsprechung auf den unternehmerischen Geschäftsverkehr ausgedehnt zu werden droht. Im Rechtsverkehr unter Kaufleuten besteht aber ein noch größeres Bedürfnis nach einer einfachen Anpassung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

8. Ebenfalls nicht geklärt ist die Frage, inwieweit die Rechtsprechung zu Bankgeschäften auch auf andere Wirtschaftssektoren zu übertragen ist. Für eine Ungleichbehandlung sprechen wenig plausible Gründe. Bei Dauerschuldverhältnissen, die im Massengeschäft abgeschlossen werden, besteht in allen Wirtschaftsbereichen ein grundsätzlich legitimes Interesse, Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Einsatz von Zustimmungsfiktionsklauseln einfach und kostengünstig ändern zu können. Dies folgt unter anderem aus der mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbundenen Rationalisierungsfunktion, die volkswirtschaftlich zu einer besseren Allokation von Ressourcen beiträgt.

9. Die Unterzeichnenden fordern den Gesetzgeber auf klarzustellen, dass Zustimmungsfiktionsklauseln hinsichtlich der Änderung von Dauerschuldverhältnissen und namentlich auch bei Bankgeschäften grundsätzlich unbedenklich und zulässig sind. Dies kommt bereits in den §§ 308 Nr. 5, 675g Abs. 2 BGB sowie in der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG) zum Ausdruck, bedarf aber im Hinblick auf das Urteil vom 27.04.2021 einer zusätzlichen gesetzgeberischen Klarstellung. Erste Formulierungsvorschläge werden derzeit diskutiert.

10. Dem berechtigten Anliegen des Urteils vom 27.04.2021, Verbraucher vor einem Missbrauch von Zustimmungsfiktionsklauseln zu schützen, lässt sich durch minimalinvasive gesetzliche Flankierungen nachkommen. So könnte etwa vorgesehen werden, dass das Vertragsverhältnis durch die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht strukturell umgestaltet werden darf. Zudem ist es denkbar, die erstmalige Einführung von Entgelten, anders als ihre nachträgliche Anpassung, von einer individuellen Vereinbarung mit den Kunden abhängig zu machen. In Betracht kommt schließlich auch eine Regelung, die im Wege der Zustimmungsfiktion vollzogene Entgeltanpassungen auf dasjenige Preisniveau begrenzt, welches das betreffende Unternehmen auch im jeweiligen „Neugeschäft“ einfordert bzw. erzielt, so dass eine Missbrauchskontrolle am Maßstab der am Markt mittels individueller Vereinbarung erzielbaren Preise gewährleistet wäre.

Prof. Dr. Gregor Bachmann, Berlin

Prof. Dr. Jens-Hinrich Binder, Tübingen

Prof. Dr. Petra Buck-Heeb, Hannover

Prof. Dr. Matthias Casper, Münster

Prof. Dr. Andreas Fuchs, Osnabrück

Prof. Dr. Mathias Habersack, München

Prof. Dr. Klaus Hopt, Hamburg

Prof. Dr. Lars Klöhn, Berlin

Prof. Dr. Katja Langenbucher, Frankfurt

Prof. Dr. Dimitrios Linardatos, Saarbrücken

Prof. Dr. Sebastian Omlor, Marburg

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, Heidelberg

Prof. Dr. Moritz Renner, Mannheim

Prof. Dr. Klaus Ulrich Schmolke, Erlangen

Prof. Dr. Hans-Gert Vogel, Emden-Leer

Prof. Dr. Klaus Peter Berger, Köln

Prof. Dr. Georg Bitter, Mannheim

Prof. Dr. Hermann-Josef Bunte, Bielefeld

Prof. Dr. Robert Freitag, Erlangen

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, München

Prof. Dr. Carsten Herresthal, Regensburg

Prof. Dr. Christian Kersting, Düsseldorf

Prof. Dr. Christoph Kumpan, Hamburg

Prof. Dr. Lars Leuschner, Osnabrück

Prof. Dr. Gerald Mäsch, Münster

Prof. Dr. Andreas Piekenbrock, Heidelberg

Prof. Dr. Dörte Poelzig, Hamburg

Prof. Dr. Carsten Schäfer, Mannheim

Prof. Dr. Rüdiger Veil, München

Prof. Dr. Martin Zimmermann, Bochum

# STELLUNGNAHME DES VZBV ZUR ÄNDERUNG VON § 675G BGB

Anlässlich des Antrags der Fraktion der CDU/CSU „Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in Zukunft rechtssicher gestalten“ – BT-Drucksache 20/4888

15. März 2023

[Impressum](#)

*Verbraucherzentrale  
Bundesverband e.V.*

*Team  
Finanzmarkt*

*Rudi-Dutschke-Straße 17  
10969 Berlin*

*finanzen@vzbv.de*

# INHALT

<b>I. EINLEITUNG</b>	<b>3</b>
<b>II. KOMMENTIERUNG IM EINZELNEN</b>	<b>3</b>
1. Zu den Feststellungen der CDU/CSU unter I.....	3
1.1 Zum Urteilsinhalt .....	3
1.2 Zur Kündigung von Girokonten.....	3
2. Zu den Aufforderungen unter II. ....	4
2.1 Möglicher Europarechtsverstoß.....	4
2.2 Keine verbesserte Rechtssicherheit .....	4
2.3 Die Wertung des BGH.....	5

# I. EINLEITUNG

Der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Nachfolgend werden zunächst einige Fehldarstellungen aus dem feststellenden Teil des CDU/CSU-Antrags korrigiert beziehungsweise in den Kontext gesetzt und anschließend eine Bewertung der beantragten Gesetzesänderung vorgenommen. Im Ergebnis ist der Antrag aus Sicht des vzbv abzulehnen, da die gewünschte Gesetzesänderung die gesicherte Rechtslage beseitigen und die Lage von Verbraucher:innen verschlechtern würde. Dann könnten nämlich wieder Änderungen am Preis-/Leistungsverhältnis von Zahlungsdiensterahmenverträgen ohne ausdrückliche Zustimmung erfolgen.

# II. KOMMENTIERUNG IM EINZELNEN

## 1. ZU DEN FESTSTELLUNGEN DER CDU/CSU UNTER I.

### 1.1 Zum Urteilsinhalt

Der Inhalt des Urteils des Bundesgerichtshofs (BGH)<sup>1</sup> wird falsch wiedergegeben. Die Entscheidung lautet nicht, dass „AGB-Klauseln über fingierte Zustimmungen im Verkehr mit Verbrauchern unwirksam“ sind. Eine Zustimmungsfiktion kann weiterhin wirksam zur AGB-Änderung eingesetzt werden. Es wurde lediglich eine klare inhaltliche Grenze für die Änderung gezogen: Änderungen am Preis-/Leistungsverhältnis erfordern nunmehr eine aktive Zustimmung.

Bei der Aussage, dass es der „BGH deutlich erschwert, regelmäßig erforderliche Änderungen [der] AGB vorzunehmen, ohne dass hierfür – unter Berücksichtigung des Schutzes der Interessen von Bankkunden – eine Notwendigkeit besteht“, handelt es sich nicht um eine „Feststellung“, wie die Überschrift nahelegt. Der BGH hat in seinem Urteil ausführlich begründet, warum die Interessen der Bankkund:innen durch die ausufernde Nutzung der Zustimmungsfiktion beeinträchtigt sind. Ohne die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung i.S.d. § 307 I, II BGB hätte der BGH die angegriffenen Klauseln gar nicht für unwirksam erklären dürfen. Sofern die CDU/CSU-Fraktion der Ansicht ist, der BGH habe hier falsch entschieden, so sollte dies als Meinung kenntlich gemacht und nicht als „Feststellung“ betitelt werden.

### 1.2 Zur Kündigung von Girokonten

Auch der vzbv hat wahrgenommen, dass es zu Kündigungen von Bankkonten seitens der Kreditinstitute gekommen ist. Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass die Kündigungszyahlen sich von Kreditinstitut zu Kreditinstitut beträchtlich unterscheiden. Die Sparkasse Nürnberg spricht von 10.000 Kündigungsschreiben (von denen jedoch nicht alle zu Kontoschließungen geführt haben), während die Sparda-Bank Baden-Württemberg von „nur sehr wenige[n]“ geschlossenen Konten berichtet.<sup>2</sup> Das spricht dafür, dass Banken durch den richtigen Umgang mit dem Zustimmungserfordernis steuern können, zu wie vielen Kündigungen es kommt.

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 27.04.2021 – XI ZR 26/20.

<sup>2</sup> Handelsblatt 16.02.2023; online abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken-girokonto-kuendigungswelle-geht-weiter-bei-der-berliner-sparkasse-sind-17-000-kunden-betroffen/28986998.html>.

Darüber hinaus sind zwar die Absolutzahlen mit tausenden von Kündigungen hoch, relativ gesehen ist aber nur eine kleine Minderheit der Verbraucher:innen nicht bereit zur aktiven Zustimmung. Die Rede ist von einer Billigung seitens 95 Prozent der Kunden bei der Sparkasse Nürnberg, sogar 97 Prozent bei der Deutschen Bank. Außerdem kann eine Zustimmung auch absichtlich unterblieben und die Kündigung damit gewollt sein.

Selbstverständlich ist trotzdem jeder Verbraucher und jede Verbraucherin, die ungewollt ohne Girokonto dasteht, für uns als Verbraucherschutzverband beklagenswert, so dass der vzbv diesem Problem keineswegs gleichgültig gegenübersteht. Dieser Nachteil für eine kleine Verbrauchergruppe darf jedoch nicht dazu führen, dass die Vorteile für alle Verbraucher:innen außer Betracht bleiben. Wenn Verbraucher:innen einer Änderung am Preis-/Leistungsverhältnis aktiv zustimmen müssen, geht diese nicht wie bisher unbeachtet, versteckt in einem dicken Paket von AGB-Änderungen an ihnen vorüber. Die Prüfung, ob das aktuelle Konto noch ihren Preisvorstellungen entspricht, wird damit wahrscheinlicher. Dass Preiserhöhungen wirklich wahrgenommen werden ist für die Bildung eines gerechtfertigten Marktpreises unerlässlich. Die BGH-Entscheidung fördert daher den Wettbewerb der Banken untereinander, was sich auf lange Sicht in angemesseneren Preisen für Girokonten niederschlagen dürfte.

## **2. ZU DEN AUFFORDERUNGEN UNTER II.**

Es wird der konkrete Vorschlag gemacht, die Vereinbarung einer AGB-Änderung per Zustimmungsfiktion im Sinne von § 675g BGB der AGB-Kontrolle zu entziehen, indem der Gesetzgeber selbst konstatieren solle, dass Zustimmungsfiktionsklauseln keine „unangemessene Benachteiligung“ im Sinne von §§ 307 I 1 bzw. II BGB darstellen können.

### **2.1 Möglicher Europarechtsverstoß**

Mit einer solchen Änderung würde sich der Bundestag nicht nur den Erwägungen von fünf gewählten obersten Bundesrichter:innen diametral entgegenstellen, sondern möglicherweise die effektive Umsetzung europäischer Richtlinien beeinträchtigen. Die zweite Zahlungsdiensterichtlinie (RL (EU) 2015/2366) aus der der § 675g stammt, konstatiert in Erwägungsgrund 55 ausdrücklich, dass andere Vorgaben des Unionsrechts, die den Verbraucherschutz betreffen, nicht von den Vorgaben der Zahlungsdiensterichtlinie verdrängt werden. Das entschied auch der Europäische Gerichtshof so, auf dessen Urteil der BGH verweist.<sup>3</sup> Die Normen zur AGB-Kontrolle sind aufgrund der Klausel-Richtlinie (Richtlinie 93/13/EWG) europarechtlich überformt – auch wenn der deutsche Gesetzgeber bereits zuvor eine Klauselkontrolle ins BGB aufgenommen hatte. Bei einem Gesetzesvorhaben, das die Zustimmungsfiktionsklauseln der AGB-Kontrolle entzieht, steht zu befürchten, dass der effektiven Umsetzung der Richtlinien nicht genüge getan wird.

### **2.2 Keine verbesserte Rechtssicherheit**

Dass durch die vorgeschlagene Einfügung eines neuen Absatzes 3 „grob nachteilige AGB-Änderungen zu Lasten des Verbrauchers“ möglich werden, geben die Antragsteller selbst zu, indem sie vorschlagen, solche folgendermaßen zu verhindern: Die Änderungen im Sinne des § 675g Abs. 1 Satz 1 sollen in einem Satz 2 eingeschränkt werden, sodass keine „wesentliche[n] Änderungen des Zahlungsdiensterahmenvertrages

---

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 27.04.2021 – XI ZR 26/20, Rn. 14 ff.; EuGH, Urteil vom 11.11.2020 – C-287/19, „DenizBank“.

[...], die den Vertragscharakter grundlegend verändern würden“ möglich sind. Die Einführung eines derart unbestimmten Rechtsbegriffs, wäre der Rechtssicherheit im vorliegenden Fall nicht (wie behauptet) zu-, sondern abträglich. Aus der aktuellen Situation mit gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Anwendung von § 675g und §§ 307 ff. BGB gelangte man damit zu einer völlig neuen Rechtslage mit einem neuen unbestimmten Rechtsbegriff.

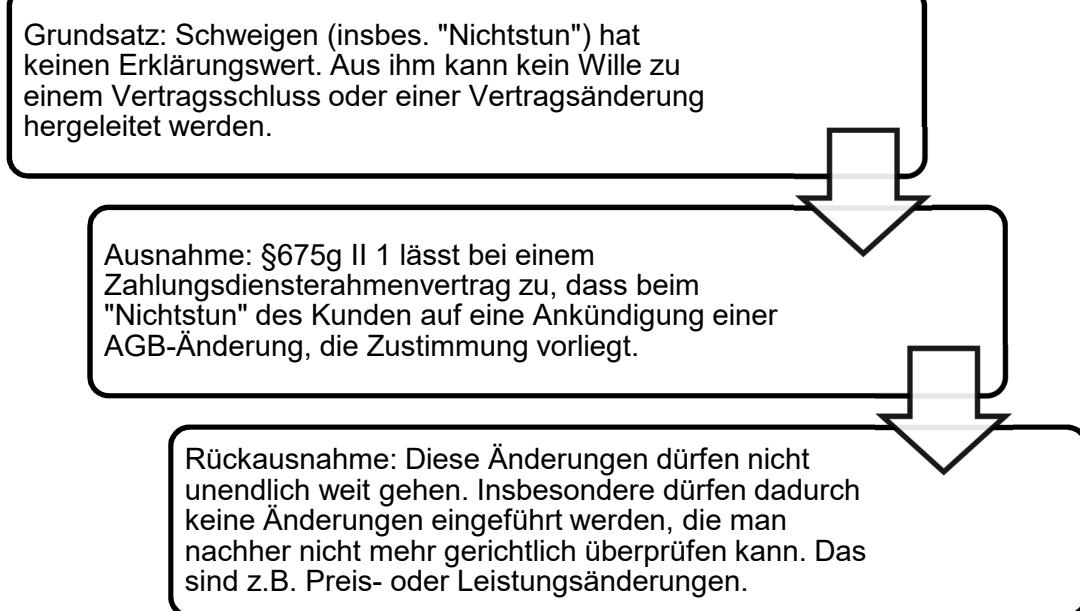
### 2.3 Die Wertung des BGH

Die Frage, die sich die Mitglieder des Bundestages letztlich stellen müssen ist, ob sie die Erwägungen des BGH, der eine „unangemessene Benachteiligung“ für Verbraucher:innen festgestellt hat, für begründet und nachvollziehbar halten oder nicht. Der BGH hat, dem EuGH folgend, die Regeln der AGB-Kontrolle auch auf Vereinbarungen im Sinne des § 675g II bezogen, sofern der Vertragspartner Verbraucher:in ist.

#### Gerichtliche AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB

<b>Was sind AGB?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertragsbestandteile, die die Parteien nicht aushandeln, sondern vom Verwender einseitig gestellt werden</li> <li>• für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Klauseln</li> </ul>
<b>Wer verwendet AGB?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In der Regel Unternehmen für Massengeschäfte mit Verbraucher:innen</li> <li>• Unter anderen auch Banken in Zahlungsdienstrahmenverträgen</li> </ul>
<b>Warum sind AGB für Verbraucher:innen potentiell problematisch?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verbraucher:innen schließen in ihrem Alltag regelmäßig Verträge mit Unternehmen</li> <li>• Lesen der umfangreichen Vertragswerke nicht zeiteffizient machbar</li> <li>• daher stimmen Verbraucher:innen häufig unbekannten Vertragsinhalten zu</li> </ul>
<b>Wie schaffen die §§ 307 ff. Abhilfe?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• AGB sind gerichtlich besonders überprüfbar</li> <li>• Kommt es zum Streit über eine Klausel in AGB, prüft das Gericht: <ul style="list-style-type: none"> <li>- ob es sich um eine verbotene Klausel handelt (§ 309/308)</li> <li>- ob die Klausel den Vertragspartner unangemessen benachteiligt (§ 307), z.B. durch Verstoß gegen gesetzliche Grundgedanken</li> </ul> </li> <li>• <b>stark vereinfacht gesagt: AGB dürfen den Vertragspartner nicht schlechter stellen als das Gesetz</b></li> </ul>
<b>Was ist nicht kontrollfähig?</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Keine Preiskontrolle!</b> (Preis soll sich am Markt bilden, nicht gerichtlich bestimmt werden)</li> <li>• Ob Leistung &amp; Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen, wird nicht gerichtlich überprüft</li> </ul>

Der BGH hat im Rahmen der AGB-Kontrolle geprüft, ob eine unangemessene Benachteiligung besteht, insbesondere ob gegen den Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung verstoßen wird. Ein solcher Verstoß lag bei den AGB der Banken darin, dass sie die Reichweite der Zustimmungsfiktion zu weit bemessen haben und weitreichende Vertragsänderungen, sogar solche am Preis-/Leistungsverhältnis über die Zustimmungsfiktion durchgeführt haben. Um vor ungewollten Vertragsschlüssen zu schützen, gibt es im deutschen Recht den Grundsatz, dass Schweigen keine Willenserklärung sein kann. Davon kann durch § 675g II 1 zur Änderung von Zahlungsdiensterahmenverträgen abgewichen werden. Unproblematisch ist das für die Neueinführung solcher Klauseln in die AGB, die ihrerseits gerichtlich überprüft werden können. Bei Änderungen am Preis-/Leistungsverhältnis ist dies jedoch nicht der Fall (siehe Tabelle). Der BGH hat daher zum Schutz von Verbraucher:innen differenziert: Die meisten AGB-Änderungen bleiben per Zustimmungsfiktion möglich, jedoch nicht solche, die das Preis-/Leistungsverhältnis ändern.



Schweigen als Willenserklärung; Quelle: eigene Darstellung

Prof. Dr. Martin Schmidberger

Leiter Customer Interactions

Generalbevollmächtigter

ING-DiBa AG

martin.schmidberger@ing.de

Frankfurt am Main, 28.3.2023

## AGB-Zustimmungspflicht mit unerwünschten Folgen für Kunden – ein erster Erfahrungsbericht aus der Praxis

Stellungnahme der ING-DiBa AG zum Antrag der Fraktion der CDU/CSU „Geschäftsbeziehungen im Bankenverkehr auch in Zukunft rechtssicher gestalten“ (Drucksache 20/4888, Anhörung am 29.3.2023)

In der Diskussion um die Zustimmungspflicht von AGB-Änderungen möchten wir den Blick insbesondere auf problematische Auswirkungen richten, die sich aus der neuen Praxis für unsere Kundinnen und Kunden ergeben können. Auf Basis unserer bisherigen Erfahrungen bei der praktischen Umsetzung von AGB-Änderungen wissen wir, dass fehlende Zustimmung zu AGBs zu erheblichen Problemen und unerwünschten Folgen für Kund:innen führen kann, die in der Diskussion nicht immer deutlich werden.

Abwanderungswillige Kund:innen können ohnehin ihr Girokonto jederzeit wechseln, bereits seit 2016 auch unterstützt durch die gesetzliche Kontenwechselhilfe. Der aktuelle Zustimmungsmodus zu den AGBs ist aber insbesondere für weniger gut informierte und „passive“ Kund:innen insofern problematisch, weil er zu unerwünschten Kündigungen seitens der Bank führen kann.

### Bisherige Erfahrungen der ING mit der Notwendigkeit zu aktiver Zustimmung

- **Umsetzung des BGH-Urteils im 2. Halbjahr 2022 erfolgt.** Mit mehr als 9 Millionen Kundinnen und Kunden – hiervon über 3 Millionen Hausbank-Kunden mit Girokonto – ist die ING eine der größten Banken für Privatkunden in Deutschland. Die erforderliche Zustimmung unserer Kund:innen zu unseren neuen AGBs haben wir im Zeitraum vom Juli – November 2022 eingeholt. Konkret ging es in unserem Fall insbesondere um die Einführung einer Gebühr von 0,99 € pro Monat für die Nutzung der Girocard.
- **Hohe Zustimmung von 95% der Kunden zu AGB-Änderungen:** Es ist uns als digitale, kundenorientierte Bank gelungen, von rund 95 % unserer Kund:innen die erforderliche AGB-Zustimmung zu erhalten – zumeist auf digitalem Wege, teilweise aber auch per postalischer Kontaktaufnahme.

- **Kündigungen bei ausbleibender Zustimmung sind unausweichlich:** In unserem Fall verbleiben somit rund 5 % der Girokonto-Kund:innen (ca. 150.000 Kund:innen; hochgerechnet auf den Gesamtmarkt ca. 3-4 Mio. Kund:innen), bei denen keine Zustimmung vorliegt. **Eine Kündigung dieser Kundenbeziehungen ist perspektivisch – leider – unausweichlich**, um weiterhin einfache, standardisierte und damit kostengünstige Produkte anbieten zu können. Das parallele Bestehen unterschiedlicher AGBs (und damit auch unterschiedlicher Entgelte) würde die Bank vor hohe logistische und kommunikative Probleme stellen. Zudem ist die Berechnung unterschiedlicher Entgelte unfair gegenüber den Kund:innen.
- **Kunden können ihr Girokonto bereits heute jederzeit kündigen...** Als Bank sind wir selbstverständlich bestrebt, Kündigungen, wo immer möglich, zu vermeiden. Sofern sich unsere Kunden aktiv gegen unsere AGBs und Entgeltordnungen entscheiden und daher die Bank in Folge einer bewussten Entscheidung verlassen möchten, akzeptieren wir dies natürlich. Girokonto-Kunden haben ohnehin die Möglichkeit, ihr Konto jederzeit zu kündigen und ggf. zu einem günstigeren Anbieter zu wechseln. Um zu verhindern, dass der mit einem solchen Wechsel verbundene organisatorische Aufwand diese Flexibilität de facto einschränkt, wurde mit dem Inkrafttreten des Zahlungskontengesetzes im Jahr 2016 zudem eine gesetzliche Kontenwechselhilfe eingeführt. Diese macht den beteiligten Kreditinstituten klare organisatorische und zeitliche Vorgaben, um eine schnelle und für die Kund:innen unkomplizierte Abwicklung des Wechselvorgangs zu gewährleisten.
- **...aber bankseitige Kündigungen sind vor allen für weniger gut informierte Kund:innen problematisch.** Eine bankseitige Kündigung ist für all jene Kund:innen problematisch, die ihre Zustimmung nicht aktiv verweigern, sondern aufgrund fehlender Aufmerksamkeit und Interesse keine Zustimmung erteilt haben, somit „schweigen“. Diese Passivität vieler Kontoinhaber wird nun zu einer aus Kundensicht potenziell unerwünschten Kündigung ihres Girokontos führen. Aus vielen Kundenkontakte wissen wir, dass eine fehlende Zustimmung häufig an mangelndem Interesse, geringer Lesequote der Korrespondenz usw. liegt. Wir vermuten, dass der Großteil (ca. 80 %) der Kund:innen, die unseren neuen AGBs bisher nicht zugestimmt haben, in diese „passive“ Kategorie fällt. Nur ein deutlich geringerer Teil hat sich vermutlich bewusst gegen eine Zustimmung entschieden.
- **Risiken und Probleme für unsere Kund:innen.** Wir müssen davon ausgehen, dass ein Großteil der Kund:innen auch nach dem Durchlaufen von Mahn- und Erinnerungsstufen keine aktive, bewusste Kenntnis von der anstehenden Kündigung haben wird. Die Kontolösung wird daher aus subjektiver Kundensicht unvorbereitet und kurzfristig erfolgen. Bei fehlender Vorbereitung können die Folgen schwerwiegend sein: Gehalts- und Mietzahlungen kommen nicht mehr an, Daueraufträge werden nicht bedient, Zahlungskarten funktionieren nicht mehr etc. Hieraus können sich echte Problemlagen für die Betroffenen ergeben.

Zusammenfassend möchten wir hervorheben, dass im Rahmen der aktuellen Regelung Banken wie die ING aufgrund fehlender AGB-Zustimmung zu Kündigungen gezwungen sein werden, die weit überwiegend nicht im Interesse der Kundinnen und Kunden liegen und die zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen führen können.

Um solche Folgen zu vermeiden, braucht es einen rechtssicheren und praxistauglichen Mechanismus für die Änderung von Entgelten bei Zahlungsverkehrskonten, der allenfalls bei grundlegenden Veränderungen des Vertragsverhältnisses eine explizite Zustimmung der Kund:innen erfordert.