

## **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. Zustimmungsmo-  
dell 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 Einfügung 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 Verwarentgelten 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. Artz = 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 anzeigte. 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. Deziert 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 Verwahrtgelte 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 Artz, 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 Urteilstenor 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 gesichertes 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 begehrt 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 verweigten 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 verweigten 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 schlichtem 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 Kundenauthentifizierung 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 Kundenauthentifizierung 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 Zustimmungmodell 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 vereinbarere 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 Missbrauchskontrolle, 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 ./ Verbraucherschutz 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. – Freiburg 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 vorliegenden 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 – Freiburg Kommunalbauten.

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

<sup>84</sup> EuGH v. 01.04.2004 – C-237/02, ZIP 2004, 1053, Rn. 25 – Freiburg 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 Primat des Gesetzes für die Rechtsprechung.

Diese Sichtweise bestätigt sich auch in den Folgeentscheidungen des EuGH, wie etwa *Pannon GSM*, *VB Pénzügyi 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 Pénzügyi 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 Zustimmungsfiktionsklauseln enthält.

### **c) Die Zulässigkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln nach der Klausel-RL**

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

Zustimmungsfiktionen 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 Zustimmungsfiktionsklauseln 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 Zustimmungsfiktionsklauseln, die den Vorgaben des § 308 Nr. 5 BGB genügen, der

---

<sup>90</sup> So in der Sache auch *Tilman*, 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 Preisanpassungsmechanismen 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 grammatikalischer 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 Káslerné 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 könne 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 Transparenzgebot 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 Regelungsvorschlages 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 Verbraucherverträgen 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 Kontoführungsentgelts 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 Unternehmern.
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.“