

Anlegerschutz | Konsumentenkredit | Versicherung | private Altersvorsorge |
Verbraucherinsolvenz | Verbraucherschutz

Herausgeberinnen und Herausgeber: Sascha Borowski, Rechtsanwalt, Düsseldorf; Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder); Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim; Prof. Dr. Dörte Busch, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin; Prof. Dr. Martin Ebers, Universität Tartu, Estland; RA Prof. Dr. Stefan Ernst, Rechtsanwalt, Freiburg; Prof. Dr. Claire Feldhusen, Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg; RA Dr. Carsten Föhlich, Trusted Shops GmbH, Köln; Jutta Gurkmann, Verbraucherzentrale Bundesverband, Berlin; Prof. Dr. Axel Halfmeier, Leuphana Universität Lüneburg; Dr. Günter Hörmann, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Universität Halle-Wittenberg; Prof. Dr. Ulrich Krüger, Hochschule Bremen; Arne Maier, Rechtsanwalt, Esslingen; Dr. Rainer Metz, Krefeld; Prof. Dr. Peter Rott, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg; Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier, Versicherungsombudsmann, Berlin; Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Universität Bayreuth; Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Humboldt-Universität Berlin; Prof. Dr. Astrid Stadler, Universität Konstanz; Prof. Dr. Marina Tamm, Hochschule Neubrandenburg; Dr. Achim Tiffe, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Klaus Tonner, Universität Rostock; Prof. Dr. Franziska Weber, Universität Rotterdam

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Peter Rott (V.i.S.d.P.), Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, und RA Arne Maier, Esslingen

EDITORIAL

Semantik und Grammatik der Verwarentgelte

Prof. Dr. Claire Feldhusen, Hamburg



Prof. Dr. Claire Feldhusen,
Hamburg

Zum 11.6.2014 realisierte sich für Kreditinstitute ein „ungeahntes Risiko im Ausnahmezustand“ (vgl. Omlor, Bankrechtstag 2017, 2018, S. 41, 42). Sofern sie Liquidität im Rahmen der Einlagefazilität bzw. als sog. Überschussreserven bei der Zentralbank parkten, wurden hierfür sog. Negativzinsen fällig. Um einen Regress bemüht, wurde für Sicht- und Termineinlagen eine als „Verwarentgelt“ bezeichnete Guthabenverzinsung mittels AGB eingeführt. Berechnet werden Negativzinsen bei Spar- und Giroverträgen aktuell nicht, weil auch der Zinssatz der EZB nicht mehr nega-

tiv ist. Demnächst wird sich der BGH trotzdem die Mühe machen müssen, das umfassende Argumentationskonvolut zu ihrer Wirksamkeit zu sichten. Bislang hat sich allerdings noch kein Gericht mit der Frage befasst (umfassende Rechtsprechungsnachweise bei Maier BKR 2023, 862 ff.), ob sich frei nach *Humpty Dumpty* bezeichnete und formularmäßig vereinbarte „Verwarentgelte“ überhaupt mit der „Grammatik der AGB-Kontrolle“ (in Anlehnung an von Westphalen EuZW 2019, 121 [124]) vertragen.

Vom „negativen Zins“ zum „Verwarentgelt“

Für Darlehenszinsen – ob fest oder variabel – gilt, dass sie als Gegenleistung für das Kapitalnutzungsrecht anzusehen sind, so dass eine Umkehr der Zahlungsströme mithilfe eines negativen Zinssatzes hier ausscheiden soll (BGH VuR 2023, 356 = BeckRS 2023, 11882 zu Schulscheindarlehen der öffentlichen Hand; krit. hierzu Feldhusen BKR 2022, 475 [479]). Da ein Sparzins ebenfalls das Entgelt für ein dem Kreditinstitut eingeräumtes Kapitalnutzungsrecht repräsentieren soll (vgl. BGH VuR 2004, 222), konnte eine Umwidmung der Zinsabrede auch hier nicht der richtige Weg sein, um die Belastungen aus der Einlagenfazilität weiterzugeben. Schließlich hatte der BGH längst entschieden, dass dann – jedenfalls bei Sparverträgen mit Verbraucher:innen – das ursprünglich vereinbarte „Äquivalenzverhältnis“ nicht ausreichend beachtet wird (BGH VuR 2010, 267 mAnm Niebling).

Da Giro- und Sparverträge mehr Verwahr- als Darlehensverträge sein sollen (so die mittlerweile gefestigte Rspr.; vgl. nur BGH VuR 2019, 421 mAnm Stöcker/Oriwol), wurde eine Guthabenverzinsung fortan zum „Verwarentgelt“. Vielleicht hat das LG Tübingen zu dieser Idee beigetragen, weil es in der Negativverzinsung bei Sparverträgen wohl erstmalig seit ihrer Einführung eine unzulässige „Vergütung der Verwahrungsleistung“ gesehen hatte (LG Tübingen VuR 2018, 149 = BeckRS 2018, 466 Rn. 67 ff.).

Humpty Dumpty – Semantik der Klauselformulierungen

Hier kommt *Humpty Dumpty*, das sprechende Ei aus dem erstmals 1865 erschienenen Kinderbuch „Alice im Wunderland“ des britischen Schriftstellers *Lewis Carroll*, ins Spiel. Nachdem er Alice höhnisch erklärt hatte, dass Worte, die er benutzt, genau das bedeuten, was er ihnen an Bedeutung zukommen lässt (Textauszug im Original aus *Through the Looking Glass*, Cap. 6. Humpty Dumpty: „When I use a word, [...] it means just what I choose it to mean – neither more nor less.“), hält er ihrer skeptischen Reaktion darauf, ob er wirklich „Wörter Verschiedenes bedeuten lassen könne“ (Textauszug im Original: „The question is, said Alice, whether you can make words mean different things – that’s all.“), entgegen, die Frage sei, wer die Macht habe, dies zu tun („The question is, which is to be master — that’s all.“). Eine ähnlich Definitionsmacht dürften Kreditinstitute für sich in Anspruch nehmen, wenn sie eine pauschale und variable Guthabenverzinsung in Abhängigkeit und unter Vorbehalt eines negativen Referenzzinssatzes zum Entgelt einer (unregelmäßigen) Verwahrung iSe vermeintlich geschuldeten Aufbewahrung werden lassen.

Klauselauslegung als elementares Prinzip der „AGB-rechtlichen Grammatik“

Das ist vor allem deswegen kritisch zu sehen, weil die Kontrollfähigkeit von AGB immer eine wertende Inhaltsbestimmung der Klausel mittels Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB voraussetzt (BeckOK BGB/H. Schmidt, 68. Ed. 1.11.2023, BGB § 305c Rn. 43). Ob das in einem bestimmten Sinne Gewollte gesetzeskonform ist, ist erst im Anschluss auf der Grundlage des anhand eines Durchschnittsverbrauchers (st. Rspr.; jüngst BGH BeckRS 2023, 36451 Rn. 14) zu ermittelnden Ergebnisses der Klauselauslegung zu erörtern. Die Prüfung der Klauselwirksamkeit schließt sich ihrer Auslegung an, nicht umgekehrt. Dieser Grundsatz gehört zu den elementaren Prinzipien der „AGB-rechtlichen Grammatik“ (so die Formulierung bei von Westphalen EuZW 2019, 121 [124]) und entspricht der Rechtsprechung des BGH (vgl. wenn auch vom Sachverhalt nicht ganz passend: BGH BeckRS 2004, 6828). § 305c Abs. 2 BGB ist überdies zu entnehmen, dass in einem Unterlassungsklageverfahren für die rechtliche Beurteilung die kundenfeindlichste Auslegung zu wählen ist, weil als Schutzobjekt der §§ 307 ff. BGB dann nicht der einzelne, sondern der Rechtsverkehr insgesamt anzusehen ist (so BGH BeckRS 1987, 956 Rn. 15).

Über den Klauselinhalt kann also auch nicht allein der Vertragszweck entscheiden. Er ist ohnehin nur im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung zur Ermittlung des hypothetischen (!) Parteiwillens als entscheidendes Auslegungskriterium heranzuziehen (vgl. BGH VuR 2017, 358 = BeckRS 2017, 107313 Rn. 12). Andernfalls könnte schließlich jede Klausel unter Rückgriff auf den Vertragszweck auf eine noch wirksame Variante reduziert werden und die Inhaltskontrolle aushebeln, sodass eine bei unwirksamen AGB unzulässige teleologische Reduktion zum Regelfall würde. Auch auf eine Interessenabwägung kommt es erst im Rahmen der Frage an, ob die durch eine Abweichung vom dispositiven Recht indizierte Unangemessenheit der Benachteiligung (§ 307 Abs. 2 BGB) ausnahmsweise mit ihrer Hilfe zu rechtfertigen ist.

Auslegung von „Verwarentgelten“

Wenn es aber vorrangig auf die Klauselformulierung ankommt, muss ebenso vorrangig der Verzinsungszweck für die Klausel-

auslegung entscheidend sein (so iE auch Radtke WM 2023, 960). Dies zugrunde gelegt, kann aus Sicht eines aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers eine Regelung, wonach in prozentualer Abhängigkeit zum Guthaben eine Zinsforderung anhand eines Zinssatzes errechnet werden soll, der exakt dem Zinssatz entspricht, der für die Forderungen Dritter gegen den Klauselverwender maßgeblich ist, nur als Regressregelung interpretiert werden, mit der Aufwendungen weitergeleitet werden sollen (hierzu ausführlich Feldhusen VuR 2023, 323 [326]). Das passt auch zur Rechtsprechung des BGH, der Bearbeitungsgebühren in Förderdarlehen deswegen als Aufwendungsersatz versteht, weil mit ihnen keine eigenwirtschaftlichen Zwecke verfolgt werden (BGH BeckRS 2016, 15274 Rn. 26; vgl. auch BeckRS 2016, 06440).

Dogmatik des BGB

Nur dann passt eine Guthabenverzinsung zulasten der aus dem Guthaben Berechtigten auch zur Dogmatik des BGB. Für die Ersatzfähigkeit von Aufwendungen lassen sich dem BGB schließlich passende Leitbilder entnehmen. Für ein Entgelt bei unregelmäßiger Verwahrung gilt dies nicht. Beim Auftrag, dessen Vorschriften jedenfalls auf Giroverträge über § 675 Abs. 1 BGB anwendbar sind, besteht gemäß § 670 BGB ein Ersatzanspruch des Auftragnehmers, soweit die Aufwendungen tatsächlich entstanden, erforderlich und angemessen sind. Und auch § 102 BGB bestimmt: „Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist, kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte verwendeten Kosten insoweit verlangen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert der Früchte nicht übersteigen.“

Revision der Verwarentgelte

Kreditinstituten ist schon kein Geniestreich damit gelungen, Verbraucher:innen zur Ermittlung der von ihnen geschuldeten Negativzinsen ins Wunderland ihrer AGB zu schicken und auch die bisherige Replik der Rechtsprechung hierauf ist nicht überzeugend (ausf. die Rspr. hierzu sezierend und überaus lesenswert: Dehne-Niemann jurisPR-BKR 10/2023 Anm 1). Der BGH wird sich daher demnächst in gleich mehreren Unterlassungsklageverfahren mit Negativzinsen in Verbraucherverträgen auseinandersetzen müssen (Giroverträge: OLG Dresden WM 2023, 1262 = VuR 2023, 357 – Az. beim BGH: XI ZR 61/23 und OLG Düsseldorf BKR 2023, 622 – Az. beim BGH: XI ZR 65/23; Sparverträge: OLG Frankfurt aM WM 2024, 166 – Az. beim BGH: XI ZR 183/23; Tagesgeldkonten: KG ZIP 2024, 286 – Az. beim BGH: XI ZR 161/23). Er wird sich neben transparenzrechtlichen Bedenken wohl vorrangig damit befassen, ob die Rückgabepflicht als einzige in Betracht kommende Leistungspflicht der Kreditinstitute bei der unregelmäßigen Verwahrung nach dem Gesetz entgeltfähig ist (so ua die Argumentation des OLG Frankfurt aM zum Ausschluss der Klauselkontrolle, aaO, vgl. insbes. Rn. 118 ff., 125, 134; weitere Argumente zusammenfassend: Dehne-Niemann, jurisPR-BKR 5/2022 Anm. 1).

Wünschenswert wäre aber eine umfassende Revision der sog. Verwarentgelte. Die Mühe, die Kreditinstitute für Verweise und Hinweise aufgewendet haben, hätten sie auch in eine klare und transparente Klauselgestaltung investieren können, die erkennen lässt, dass es mit Negativzinsen um Aufwendungsersatz geht. Sie im Rahmen des kollektiven Rechtsschutzverfahrens daran zu erinnern, sollte möglich sein.