

Münsteraner Bankrechtstag 2025

AGB-Kontrolle im Bankrecht – quo vadis?

(16. Mai 2025)

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M.

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Europarecht und Rechtstheorie



Universität Regensburg

Überblick

- I. Einleitung**
 - 1. Die Rückbesinnung auf die zentralen Elemente
 - 2. Die Legitimation der AGB-Kontrolle
 - 3. Die Entwicklung der AGB-Banken
- II. Die Deformation der AGB-Kontrolle im Bankrecht**
 - 1. Beispiele aus der Rechtsprechung
 - 2. Die Instrumente der Judikative
- III. Die Ausweitung der (prozessualen) Instrumente zur Effektuierung der AGB-Kontrolle**
 - 1. Anspruchsdurchsetzung durch Musterfeststellungs- und Verbandsklage
 - 2. Der Folgenbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG
 - 3. Der Folgenbeseitigungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 UWG
 - 4. Die Anspruchsdurchsetzung mittels Legal Tech
 - 5. Die Ausweitung der Haftung aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB
- IV. Quid detrimenti habet?**
 - 1. Die Belastung nationaler Kreditinstitute
 - 2. Die Nachteile für die deutsche Rechtsordnung
 - 3. Die Nachteile für den Kunden (Verbraucher/Unternehmer)
 - 4. Der Nachteil für die AGB-Banken
- V. Quo vadis? - Die zukünftige Entwicklung**
 - 1. Die Korrektur durch den deutschen Gesetzgeber
 - 2. Die Verfassungswidrigkeit der AGB-Kontrolle?
 - 3. Die Selbstkorrektur der AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung
 - 4. Die Aufgabe einheitlicher Branchen-AGB im Bankrecht
- VI. Fazit**

I. Einleitung

1. Die Rückbesinnung auf die zentralen Elemente der AGB-Kontrolle

- „Das vorrangige rechtspolitische Ziel dieses Gesetzentwurfs liegt darin, bei der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr dem **Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen** Geltung zu verschaffen, das nach den Grundvorstellungen des BGB die Vertragsfreiheit legitimiert.“ „Aufgabe eines Gesetzes zur Regelung der AGB muss es daher sein, die der Vertragsgestaltung vorgegebene Überlegenheit des AGB-Verwenders durch Schutzvorschriften zugunsten des AGB-Unterworfenen **sachgerecht und vernünftig auszugleichen, ohne die Privatautonomie mehr** als zur Erreichung dieses Ziels **erforderlich einzuengen.**“

(Begr RegE AGB-Gesetz, BT-Drucks. 7/3919 v. 6.8.1975, S. 13; Kabinett H. Schmitt I, SPD/FDP)

- **Blick auf das Gesamtbild der AGB-Kontrolle**
- **Verabschiedung beider Elemente in der nationalen Rechtsprechung**
- **Max Weber: Vortrag „Wissenschaft als Beruf“ (1917) und Matthäus 5,37**

I. Einleitung

2. Die Legitimation der AGB-Kontrolle

- **Legitimation der Verwendung von AGB**
 - Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)
 - Rationalisierung des Vertragsschlusses
 - Füllung von Lücken des dispositiven Gesetzesrechts
 - Rechtsfortbildungsfunktion
- **Materielle Legitimation der AGB-Kontrolle:**
 - Rationale Apathie des Verwendungsgegners (h.M.)
 - Marktversagen:
Rationales Unterlassen eines AGB-Vergleichs durch Verwendungsgegner
(Umfang der Klauseln, Kosten der Kontrolle, geringe Bedeutung der einzelnen Klausel für Verwendungsgegner);
 - *Gefahr* der einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltungsfreiheit durch Verwender
(besonderes Interesse am Klauselinhalt aufgrund Vielzahl von Geschäftsvorfällen)
 - Nicht: (wirtschaftliche/intellektuelle) Unterlegenheit des Verwendungsgegners

I. Einleitung

3. Die Entwicklung der AGB-Banken

a) 150 Jahre Vereinheitlichung im Bankrecht

- „Regulative“ von Großbanken am Ende 19. Jhd.
- 1912: „Bankgeschäftliches Formularbuch“ mit einem Muster für AGB der Banken
- 1937: Einheitliche Fassung der AGB der Banken durch Wirtschaftsgruppe Privates Bankgewerbe
- Neufassungen 1942, 1955 und 1969; Änderungen zum 1.1.1976, 1.4.1977, 1.1.1984 und 1.1.1986
- Neufassung zum 1.1.1993
- Ergänzung durch zahlreiche Sonderbedingungen
- Präventive kartellrechtliche Prüfung durch BKartA (bis 2005)
- AGB der Volksbanken und Raiffeisenbanken; AGB-Sparkassen; ABB

b) Die Gründe der Vereinheitlichung in der bankrechtlichen Praxis

- **Rechtsfortbildungsfunktion:**

Keine ansatzweise Kodifikation der zahlreichen Bankgeschäfte

- **Vereinheitlichung nach innen:**

Verwendung einheitlicher Verträge durch Kreditinstitut in allen Filialen und bei gleichen Geschäften
(Vereinheitlichung und Vereinfachung des Geschäftsbetriebs)

- **Vereinheitlichung nach außen:**

Verwendung identischer Abreden im Kundeninteresse (Vergleichbarkeit; Entlastung vom Klauselvergleich;
Vertrauen auf Vertragsinhalt; Fokussierung des Konditionenvergleichs)

II. Die Deformation der AGB-Kontrolle im Bankrecht

1. Beispiele aus der Rechtsprechung

a) Die fragwürdigen Leitbilder der Rechtsprechung

- **Das Leitbild des uninformierten, unaufmerksamen und naiven Verbrauchers**
- **Das negative Leitbild des Klauselverwenders**
 - Unwirksamkeit der Zustimmungsfiktionsklausel: Kreditinstitut erhält sonst „Handhabe, die Position ihres Vertragspartners zu entwerten“ (BGH, 27.4.2021, XI ZR 26/20, Rn. 38)
 - Buchungspostenentgelt umfasst Buchungen bei fehlerhafter Ausführung eines Zahlungsauftrags und Buchungen zur Korrektur einer fehlerhaften Buchung (BGH, 27.1.2015 – XI ZR 174/13)

b) Die Abkoppelung der Inhaltskontrolle von der Bankpraxis

- **Verwerfung der Zustimmungsfiktionsklausel** (BGH 27.4.2021 – XI ZR 26/20)
 - Erfordernis eines Änderungsvertrags; Verkennung der Wertung des § 675g Abs. 2 BGB
- **Anerkennung einer praxisfernen Vertragsdauer** (99 Jahre; BGH, 14.11.2023 – XI ZR 88/23)
 - derart „lange Laufzeit der Sparverträge (ist), wie etwa der Vergleich mit Schuldverschreibungen zeigt, nicht so ungewöhnlich“
- **Anerkennung praxisferner Vertragsinhalte** (relativer Zinsabstand)
 - Verhältnis von Anfangs- und Referenzzinssatz, nicht nominaler Abstand (Anfangszinssatz 2% bei Referenzzinssatz 3,5% = vertragliche Abrede „Referenzzinssatz x 0,5714“)

II. Die Deformation der AGB-Kontrolle im Bankrecht

1. Beispiele aus der Rechtsprechung

- c) **Entgrenzung der Verjährung bei „unübersichtlicher oder zweifelhafter Rechtslage“**
 - Judikative contra legale Ausdehnung der Verjährungsfristen
 - Verzerrung der Anreizstruktur und Ausweitung der Rückabwicklung rechtsgrundloser Vertragsleistungen
- d) **Verkümmern des Unterschieds zwischen AGB-Kontrolle bei B2B und B2C**
 - Konterkarieren der Differenzierung durch Judikative (Engführung der Individualabrede; weitreichende Indizwirkung der Klauselverbote; Leerlaufen des Verweises auf Handelsbräuche)
- e) **Transparenzkontrolle von AGB bei einem OGAW (DWS-Fonds; BGH 5.10.2023 – III ZR 216/22)**
 - „Die Gesellschaft erhält aus dem OGAW-Sondervermögen eine tägliche Kostenpauschale in Höhe von 1,5 % p.a. des OGAW-Sondervermögens auf Basis des börsentäglich ermittelten Inventarwertes.“
 - Vielzahl an Unklarheiten (täglich p.a.?; Auszahlungsintervall: wöchentlich, monatlich, jährlich?; Berechnung des Inventarwerts an Nicht-Börsentagen: letzter bzw. nachfolgender Börsentag bzw. Jahresdurchschnittswert?; Inventarwert = Nettoinventarwert?)

II. Die Deformation der AGB-Kontrolle im Bankrecht

2. Die Instrumente der Judikative

a) Das „intendierte“ Fehlverständnis einer AGB-Klausel

- „Intendiertes“ Fehlverständnis von AGB-Klauseln: Praxisferne Auslegung mit Folge der Unangemessenheit (§ 307 Abs. 1 BGB) wegen Weite des Wortlauts
- Leerlaufen der Formel: „Unbeachtlichkeit theoretisch denkbarer, aber praktisch fernliegender und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehender Auslegung“

b) Die übersteigerten Anforderungen an die Transparenz einer AGB-Klausel

- „Kunde (soll) ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird“
- „Die Klausel erläutert nicht einmal den Kern der in dem Zusammenhang maßgebenden Vorschriften aus dem Recht der Zahlungsdienste“; „Kunde (kann) sich überhaupt kein Bild davon verschaffen kann, in welchen Fällen die (Bank) von Gesetzes wegen verpflichtet ist, eine Ersatzkarte bzw. eine Ersatz-PIN auszustellen. Die Klausel enthält insbesondere keine Ausführungen über die typischen Fälle, in denen ein Ersatz der bepreisten Zahlungsinstrumente erforderlich wird (Verlust, Diebstahl und Missbrauch).“
- „Hase und Igel-Rechtsprechung“ (Bsp. Vorfälligkeitsentschädigung: „rechtlich geschützte Zinserwartung“)

c) Die Unterscheidung zwischen Preisabrede und Preisnebenabrede zur Eröffnung der Kontrollfähigkeit

- Praeter legale Unterscheidung dieser Kategorien
- Missbrauch des § 305c BGB zur Abgrenzung beider (im Zweifel Preisnebenabrede mit Kontrolle)

II. Die Deformation der AGB-Kontrolle im Bankrecht

2. Die Instrumente der Judikative

d) Die Erfindung von Bepreisungsverboten

- Verbot der Bepreisung:
Klauseln, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt
- Verbot der Bepreisung nach dem Verursacherprinzip

e) Die Einschränkung des Grundsatzes einer kontrollfreien Preisabrede

- Unwirksamkeit einer Klausel, welche die Hauptleistung abweichend von der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung verändert (Verwahrentgelt durch Bankkunde; BGH, 4.2.2025 – XI ZR 161/23)
- Genauer: Inhaltskontrolle der Preishauptabrede (Entgelt des Kunden) wegen Veränderung des Charakters der Gegenleistung des Verwenders (Anlegen und Sparen)

e) Die Prüfung am Maßstab fiktiver Vertragsleitbilder

- Leitbild des § 488 Abs. 1 BGB: Zinsen als all-inclusive-Entgelt
- Sichteinlagen auf Tagesgeldkonten: „Vertragszweck ‘Anlegen und Sparen’“ (BGH, 4.2.2025 – XI ZR 161/23)

III. Die Ausweitung der (prozessualen) Instrumente zur Effektuierung der AGB-Kontrolle

1. Anspruchsdurchsetzung durch Musterfeststellungs- und Verbandsklage

- Ausweitung der Anspruchsdurchsetzung mit Unsicherheitsfaktoren (größere Klägerzahlen; Klageauslösung bei geringeren Beträgen; Attraktion von Prozessfinanzierern)
- Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Beklagten durch Defizite der Musterfeststellungsklage (Objektstellung des Unternehmens; negative Publicity unabhängig vom Verfahrensausgang; erschwert Kalkulation der Prozessrisiken u.a. hins. Klägerzahl und Vergleichsumfang)
- Weitere Ausweitung durch Verbandsklage

2. Der Folgenbeseitigungsanspruch gem. § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG

- Umstrittene Zulässigkeit aufsichtsrechtlicher Anordnungen im Interesse kollektiven Verbraucherschutzes
- Rechtsunsichere Voraussetzungen und unklare Rechtsfolgen
- Gravierende Vorwirkung im informellen Bereich mit gravierender Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit

3. Der Folgenbeseitigungsanspruch gem. § 8 Abs. 1 UWG

- Judikative Ausweitung des Anspruchs aus § 8 UWG auf „Beseitigung“
- Rückzahlung aller rechtsgrundlos erlangten Entgelte als Folgenbeseitigung ex lege?
- Auswirkungen einer Rückzahlungspflicht ex lege auf die Bankensteuerung
- Ablehnung durch BGH, 11.09.2024, I ZR 168/23

III. Die Ausweitung der (prozessualen) Instrumente zur Effektuierung der AGB-Kontrolle

4. Die Anspruchsdurchsetzung mittels Legal Tech

- Digitalisierte Rechtsdurchsetzung auch von Klein(st)beträgen (prozessuale Abtretungslösung; Automatisierung der Durchsetzung)
- Weitreichende Anerkennung durch BGH („Mietright“)
- Gravierende Ausweitung der Durchsetzung von rechtsgrundlos vereinnahmten Klein(st)beträgen

5. Die Ausweitung der Haftung aus §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

- Schadensersatzanspruch des Klägers aufgrund der schuldhaften Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln (BGH, 19.11.2024 - XI ZR 139/23)
- AA hLit. und bisherige BGH-Rechtsprechung: Sehr strenger Maßstab für cic-Haftung aufgrund einer Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln
- Gefahr: Indirekte AGB-Kontrolle durch Schadensersatzklage mit Inzidentprüfung der AGB

IV. Quid detrimenti habet?

1. Die Belastung nationaler Kreditinstitute

- a) Die notwendige bankwirtschaftliche Erfassung der AGB-Kontrolle als Produktrisiko**
 - Erfassung des Risikos erheblich ausgeweiteter Folgen unwirksamer AGB-Klauseln (v.a. Entgeltklauseln) in der Bankensteuerung
 - Steuerung des Risikos langfristiger weitreichender Entgeltrückzahlung
 - Ausweitung der Sach- und Personalkosten zur Überwachung der AGB-Rechtsprechung sowie zur Bewältigung der ausgeweiteten Rückabwicklung (Verfahrensorganisation; Prozesskosten)
 - AGB-Kontrolle als Produktrisiko im Bankrecht in Deutschland (Bsp.: „Riesterrente“)
 - „Dem Verwender von AGB ist, soweit sich Klauseln aufgrund einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam erweisen, im Allgemeinen kein Vertrauenschutz zuzubilligen.“ (BGH, 27.4.2021 – XI ZR 26/20 Rn. 35)

- b) Die negativen Folgen für Produktgestaltung und Produktinnovation**
 - Fundamentale Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit: Beschränkung der Gestaltung aktueller und neuer Bankprodukte durch die Ergebnisse der Inhaltskontrolle (Verwahrentgelte, Negativzinsen, Prämiensparen, Darlehensentgelte, AGB-Änderungsklausel = Betroffenheit der Struktur des Produkts)
 - Vorwirkung der Risiken der AGB-Kontrolle auf die Produktgestaltung und Produktinnovation (Bindung von Ressourcen)
 - Folgen für die Geschäftstätigkeit: Ausweitung der Produktbeobachtung mit Frühwarnsystemen
 - Reduktion von Produktinnovationen aufgrund des „Damoklesschwerts“ der AGB-Entgeltkontrolle

IV. Quid detrimenti habet?

1. Die Belastung nationaler Kreditinstitute

c) Die Störung des Rechtsverhältnisses zum Kunden

- Zwang zur regelmäßigen Mitteilungen und Rückzahlungen rechtsgrundlos erlangter Entgelte an Kunden
- Störung des Vertrauensverhältnisses zum Kunden
- Unattraktive Vertragsangebote aufgrund der Anreizstruktur zugunsten bestimmter Entgelte

d) Die gravierenden Folgen für die Ertragslage von Kreditinstituten

- Rückzahlung rechtsgrundlos erlangter Entgelte und darüber hinausgehend (Vergleiche von Verfahren; Vermeidung von Prozessen bzw. Musterfeststellungsverfahren)
- Beeinträchtigung der Innovationsfähigkeit
- Wettbewerbsverzerrung gegenüber ausländischen Banken (nachteilige Entgeltstruktur deutscher Kreditinstitute durch Zwang zu Einmalentgelten bzw. zu undifferenzierter Entgeltstruktur)

e) Wettbewerbsnachteile im Binnenmarkt

IV. Quid detrimenti habet?

2. Die Nachteile für die deutsche Rechtsordnung

- Ausweichen von Kreditinstituten im B2B-Bereich auf ausländische Rechtsordnungen
- Verhinderung innovativer Lösungen im deutschen Recht

3. Die Nachteile für den Kunden (Verbraucher/Unternehmer)

- Steigerung der Produktkosten
- Verengung des Produktuniversums
 - für den Verbraucher (Bsp.: Keine geschlossenen Fonds unterhalb des Private Wealth)
 - für den Unternehmer (Bsp.: Keine Konsortialfinanzierung nach deutschem Recht)

4. Der Nachteil für die AGB-Banken

- Marginalisierung der Bedeutung als Rahmenabrede (§ 305 Abs. 3 BGB)
 - Auslegungshintergrund (Gesamtklauselwerk, Berücksichtigung des Inhalts weiterer Klauseln und Zusammenwirken der Klauseln)
 - Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast bei abweichendem Verständnis
 - Begrenzung der regulae dubitandi (§ 305c Abs. 2 BGB)
- Infragestellung der Eignung als Grundlage für das Rechtsverhältnis zum Kunden

V. Quo vadis? - Die zukünftige Entwicklung

1. Die Korrektur durch den deutschen Gesetzgeber

- Scheitern zahlreicher Gesetzesvorhaben (AGB-Änderungsklausel; AGB-Kontrolle im B2B-Bereich)
- Minimallösung im ZuFinG (§ 310 Abs. 1a BGB n.F.)
- Punktuelle Lösung für B2B bei Großunternehmen im Koalitionsvertrag der oNaKo

a) Die kleine Lösung

- Zulässigkeit einzelner Klauseln (zB Änderungsfiktion)
- Bekräftigung der Verjährungsgeltung (Rückwirkungsbegrenzung)
- AGB-Festigkeit von Inhaltsvorgaben (Bedeutung inhaltlicher Vorgaben für Genehmigungsfähigkeit/ Zertifizierbarkeit von Vertragsinhalten für die AGB-Kontrolle (zB BausparkassenG; AltZertG))

b) Die große Lösung

- Freistellung von B2B-Verträgen von der AGB-Kontrolle
- Freistellung von Branchen-AGB von der AGB-Kontrolle (Begrenzte präventive Kontrolle)
- Nachsteuern bei konkreten Kontrollelementen (Transparenz; Kontrollfreiheit der Preisabrede; Bereichsausnahme)

V. Quo vadis? - Die zukünftige Entwicklung

2. **Die Verfassungswidrigkeit des Ergebnisses der AGB-Kontrolle?**
 - (P) Normative Erfassung des Summeneffekts
 - (P) Rechtsfolgenausspruch des BVerfG
3. **Die Selbstkorrektur der AGB-Kontrolle durch den BGH (Zurückschwingen des Pendels)**
 - Unterschiedliche Phasen der Privatrechtsorientierung (freiheitsfreundlich; kontrollintensiv)
 - Modifikation des Selbstverständnisses der Judikative
 - Identifikation eines neuen (gesetzlichen) Wertungskriteriums: Bürokratieabbau /„growth“

V. Quo vadis? - Die zukünftige Entwicklung

4. Die Verabschiedung von einheitlichen Branchen-AGB im Bankrecht

- Unternehmerische Perspektive: Kosten und Risiken der Verwendung der Branchen-AGB
- Positive Ertragserwartung bei Wahl der AGB-Banken?
(Kosten der Formulierung eigener AGB; Wettbewerbsvorteil durch eigene AGB; Risiken eigener AGB; Kosten der Wahl der Branchen-AGB, Risiken dieser Wahl)

a) Die verbandsgesteuerte Baukastenlösung

b) Der KI-Klauselgenerator

- Beispiel: AAA-AI „Clause Builder“
- (Verbandsgestützter) Chat-bot; juristisch trainierte KI
- Ertragserwartung: geringer Kosten- und Zeitaufwand; sehr hohe Individualität; Chance: hoch
- Bsp.: Klausel Vorfälligkeitsentschädigung (Gemini Deep Research)

VI. Fazit

- **Abkehr von den Kernelementen der AGB-Kontrolle** (angemessener Ausgleich; keine übermäßige Beschränkung der Privatautonomie)
- **Verfassungswidrige Beschränkung der Privatautonomie durch Instrumente der Rechtsprechung und (prozessuale) Ausweitung der Durchsetzung**
- **Nachteil für deutsche Rechtsordnung, deutsche Wirtschaft und AGB-Banken**
- **Neuanfang/Spurwechsel: KI-gestützte hauseigene AGB**

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Carsten Herresthal, LL.M.

Kontakt:

Universität Regensburg
Fakultät für Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht,
Europarecht und Rechtstheorie
Universitätsstr. 31
93053 Regensburg

mail@carsten-herresthal.de

mobil. +49 160 97861826