

Gewährung günstiger Zinskonditionen durch Banken in der Hoffnung auf Zusatzgeschäfte mit dem Kunden

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. **Jörg Kupjetz**, Rechtsanwältin **Eva Marie Lischka**, Frankfurt a.M.*

I. Ausgangssituation

Immer wieder entsteht im Tagesgeschäft der Banken die Situation, dass eine Bank ihrem Kunden im Rahmen einer Finanzierung zunächst günstige Zinskonditionen gestellt hat, sich im Gegenzug dafür aber weitere kostenpflichtige Zusatzgeschäfte (z.B. die Abwicklung des kundenseitigen Zahlungsverkehrs, Zinssicherungsgeschäfte, Einrichtung eines Cash-Pools) mit dem Kunden erhofft. Nicht selten endet diese Situation, wenn sich diese Hoffnung nicht realisiert, in Zerwürfnissen der Kreditbeziehung und es stellt sich für die Bank die Frage, ob sie ein Recht zur Anpassung oder gar zur Kündigung des abgeschlossenen Kreditvertrages hat.

Als Konsequenz aus dem Wissen um diese Problematik lohnt sich für die Bank vor dem Abschluss eines neuen Kreditvertrages auf erster Stufe ein Durchdenken des „Ob“ der Thematisierung des erhofften Zusatzgeschäftes und auf zweiter Stufe die Gestaltung des „Wie“. Im Wesentlichen sind bei der finalen Ausgestaltung des Kreditvertrages drei Konstellationen möglich, deren Chancen, Risiken und Konsequenzen im folgenden Beitrag näher dargestellt werden sollen:

- keine vertragliche Regelung in Bezug auf Zusatzgeschäfte;
- keine vertragliche Regelung, aber vorvertragliche Thematisierung der Zusatzgeschäfte zwischen den Parteien und
- vertragliche Regelung in Bezug auf Zusatzgeschäfte.

II. Keine vertragliche Regelung in Bezug auf Zusatzgeschäfte

Die Konstellation, dass es keine vertragliche Regelung zu der Verpflichtung des Abschlusses von Zusatzgeschäften im Kreditvertrag gibt, dürfte der in der Praxis wohl am häufigsten vorkommende und auch der am schwierigsten zu beurteilende Fall sein. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Banken mit einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung Gefahr laufen, die Attraktivität ihres günstigen und verlockenden Angebots (gerade im Hinblick auf den zwischen den Banken herrschenden Konkurrenzkampf) zu schmälern, indem sie über die Hintertür den Kunden zum Abschluss von kostenpflichtigen Zusatzgeschäften verpflichten. Diese mangelnde Regelung führt jedoch in der Konsequenz zu Problemen, wenn der Kunde keine Zusatzgeschäfte abschließen möchte. Kann sich die Bank nun vom Kreditvertrag lösen oder alternativ eine Anpassung verlangen?

1. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Ein Anspruch der Bank auf Vertragsanpassung (und damit einhergehend höhere Zinsen) ist zunächst nach den Grundsät-

zen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB denkbar.

a) Allgemeines

Sofern eine Vertragsanpassung möglich und den Parteien zumutbar ist,¹ ist § 313 BGB gegenüber dem Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse aus § 314 BGB vorrangig, da § 313 BGB vor einer vollständigen Vertragsauflösung durch Kündigung zunächst das mildere Mittel der Vertragsanpassung gestattet.² Kommt eine Anpassung jedoch nicht in Frage, ist für die Vertragsauflösung § 314 BGB vorrangig gegenüber § 313 BGB.³ In der Konstellation, dass das Zusatzgeschäft überhaupt nicht geregelt wurde, wird allerdings selten Raum für eine vollständige Vertragsauflösung sein,⁴ da eine Anpassung im Vergleich zu einer Kündigung und einer damit einhergehenden Fälligkeit des Gesamtkreditbetrages nicht im Sinne des Kunden und letztlich auch nicht im Sinne der Bank (welche ebenfalls ein Interesse an der Inanspruchnahme des Kredits und der Zahlung der Zinsen hat) sein dürfte.

Damit nun über § 313 BGB eine Vertragsanpassung stattfinden kann, müssten sich nach dem Wortlaut des § 313 BGB Umstände, welche zur Grundlage des Vertrages (Geschäftsgrundlage) geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend geändert haben, so dass die Bank und der Kunde als Parteien den Kreditvertrag nicht oder nur mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Allerdings darf – insbesondere nach den Grundsätzen der Risikoverteilung – der Partei, die sich auf eine Störung der Geschäftsgrundlage beruft, ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten sein.

b) Geschäftsgrundlage

Als Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des § 313 BGB müssen beide Parteien von derselben Geschäftsgrundlage ausgehen. Doch wann kann man davon ausgehen, dass die Kopplung von einer Gewährung günstiger Zinskonditionen an den Abschluss von Zusatzgeschäften zur Geschäftsgrundlage geworden ist?

aa) Materiell-rechtliche Überlegungen

In der Theorie existieren zwei Formen von Geschäftsgrundlagen, die gestört sein können:

- die „subjektive Geschäftsgrundlage“ und/oder
- die „objektive Geschäftsgrundlage“.

* Prof. Dr. *Jörg Kupjetz* ist Professor für Wirtschaftsrecht an der Fachhochschule Frankfurt a.M. sowie Rechtsanwalt und Partner, *Eva Marie Lischka* Rechtsanwältin und Associate in der internationalen Kanzlei Taylor Wessing.

¹ *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 313 Rn. 14.

² *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, § 314 Rn. 18.

³ *Grüneberg* (Fn. 1), § 313 Rn. 14.

⁴ Hierzu siehe näher unter 2.

Die beiden Formen unterscheiden sich danach, dass es sich bei der subjektiven Geschäftsgrundlage nach ständiger Rechtsprechung um die bei Abschluss des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut, handelt.⁵

In Abgrenzung hierzu wird die objektive Geschäftsgrundlage von solchen Umständen gebildet, deren Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag im Sinn der Intentionen beider Vertragsparteien noch als eine sinnvolle Regelung bestehen kann.⁶ Die objektive Geschäftsgrundlage wird gerade bei wichtigen Vertragsschlüssen oftmals explizit thematisiert.⁷

Mangels eindeutiger Regelung und auch sonstigem „Stillschweigen“ der Bank über die tatsächlichen Beweggründe des niedrigen Zinses liegt in aller Regel weder eine gemeinsame objektive noch eine subjektive Geschäftsgrundlage vor. Eine subjektive Geschäftsgrundlage wird regelmäßig daran scheitern, dass sich die wahren Vorstellungen der Bank nicht ermitteln lassen und der Kunde diese auch nicht „erahnen“ kann. Die Hoffnung auf den Abschluss von Zusatzgeschäften, die die Bank erwartet, bleibt im Verborgenen, so dass sich hierüber von vornherein keine Geschäftsgrundlage bilden kann.

Bei der in der Praxis regelmäßig vorkommenden Konstellation dass der Kreditvertrag ohne irgendeine vertragliche Regelung hinsichtlich der Thematisierung von etwaigen Zusatzgeschäften als Gegenleistung für den niedrigen Zins geschlossen wird, ist jedoch in aller Regel allein schon deshalb keine objektive Geschäftsgrundlage gegeben, da nach verständiger Betrachtung der abgeschlossene Kreditvertrag mit seinem niedrigen Zinssatz auch ohne den Abschluss von Zusatzgeschäften sinnvoll bestehen kann und die Zusatzgeschäfte nicht dazu führen sollen, dass überhaupt erst ein (sinnvoller) Kreditvertrag entsteht. Dies mag zwar aus rein subjektiven Motiven heraus für die Bank der Fall sein, allerdings sind diese einseitigen Motive eben gerade nicht entscheidend. Vielmehr kommt es darauf an, was beide Parteien als eine derart essentielle und sinnvolle Regelung erachten, dass ohne diese der jeweilige Vertrag nicht bestehen kann. Diese Erwägungen führen dazu, dass es in der Praxis sehr schwer sein wird, über das Vorhandensein der ersten Tatbestandsvoraussetzung des § 313 BGB hinweg zu kommen.

Für die Bank bedeutet dies in der Konsequenz, dass sie weder die Möglichkeit haben wird, sich wegen des Nichtabschlusses von Zusatzgeschäften vom Kreditvertrag zu lösen noch eine Zinsanpassung verlangen zu können.

bb) Prozessuale Überlegungen

Unbesehen der materiell-rechtlichen Erwägungen, liefert eine derartige Konstellation auch in prozessualer Hinsicht für die Bank Fallstricke. Es wird für die Bank in einem Prozess nahezu unmöglich sein, für das Vorhandensein einer konkreten Geschäftsgrundlage (die meistens – wie gezeigt – schon materiell-rechtlich nicht existiert) den Beweis zu erbringen. Die Bank trägt die Beweislast sowohl für das Vorhandensein einer bestimmten Geschäftsgrundlage als auch für deren Störung.⁸ Sobald es an einem eindeutigen Nachweis fehlt, dass der Abschluss der Zusatzgeschäfte zur Geschäftsgrundlage geworden ist, ist eine solche Beweisführung kaum möglich. Kann die Bank den Beweis jedoch nicht erbringen und bleibt sie somit beweisfällig, geht dies grundsätzlich zu ihren Lasten. Es besteht dann kein Anspruch der Bank auf eine Vertragsanpassung bzw. Kündigung gem. § 313 BGB.

c) Schwerwiegende Störung und deren Zumutbarkeit

In den seltenen Fällen, in denen das Vorhandensein einer Geschäftsgrundlage, sei sie subjektiv oder objektiv, bejaht und bewiesen werden kann, müsste als weitere Voraussetzung des § 313 BGB die eingetretene Störung der Geschäftsgrundlage schwerwiegend und die Hinnahme der Folgen dieser schwerwiegenden Störung für den Betroffenen unzumutbar sein. Die Rechtsprechung hat hier besondere Fallgruppen entwickelt, bei denen eine schwerwiegende Störung regelmäßig gegeben ist. Hierzu zählen unter anderem Äquivalenzstörungen, Geldentwertungen, Störungen des Verwendungszwecks u.a.⁹

Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit ist zu beachten, dass sich diese nach der Vorhersehbarkeit richtet.¹⁰ Der Grad der Vorhersehbarkeit und die Schwelle zur Unzumutbarkeit sind in dem Maße miteinander verknüpft, dass die Schwelle zur Unzumutbarkeit sinkt, wenn der Grad der Vorhersehbarkeit steigt. Dass die Bank durch die mangelnde Vereinbarung zur Verpflichtung zum Abschluss der Zusatzgeschäfte keine klaren Verpflichtungen für den Kunden geschaffen hat, legt nahe, dass die daraus resultierende Folge, nämlich der mangelnde Anspruch auf Vertragsanpassung aus § 313 BGB, für sie zumutbar ist. Aus diesen Überlegungen bezüglich einer schwerwiegenden Störung wird deutlich, dass der Anspruch aus § 313 BGB regelmäßig bei dieser Tatbestandsvoraussetzung scheitern wird. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Risikoverteilung, welcher an dieser Stelle ebenfalls zu beachten ist. § 313 BGB ist immer dann nicht anwendbar, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das allein eine Partei zu tragen hat.¹¹ Bei der hier gegebenen Konstellation liegt es sehr nahe, dass die Bank die alleinige Verantwortung und das alleinige Risiko dafür trägt, dass sie den ihr wichtigen Aspekt des Tätigens von Zusatzgeschäften durch ihr Stillschweigen nicht zur

⁵ BGH NJW 1995, 592 (593); BGH NJW 2001, 1204; *Grüneberg* (Fn. 1), § 313 Rn. 3.

⁶ *Grüneberg* (Fn. 1), § 313 Rn. 4.

⁷ So auch: *Grüneberg* (Fn. 1), § 313 Rn. 4.

⁸ Zur Beweislast siehe auch: BGH NJW 2003, 510.

⁹ Vgl. zu den Fallgruppen ausführlich: *Grüneberg* (Fn. 1), § 313 Rn. 25 ff.

¹⁰ *Medicus* (Fn. 2), § 313 Rn. 13.

¹¹ BGH NJW 2000, 1714 (1716).

Geschäftsgrundlage gemacht hat. Dass die Bank „pokert“ und im Stillen auf Zusatzgeschäfte hofft, dürfte eindeutig in ihren Risikobereich fallen. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Hoffnung der Bank auf Zusatzgeschäfte (und mehr als eine Hoffnung kann – wie gezeigt – im Zweifel nicht nachgewiesen werden) in deren eigene Risikosphäre fällt und daher auch von ihr zu vertreten ist.

d) Zwischenergebnis

Nach alledem dürfte bei Verträgen, in denen sich keine Regelung zu etwaigen Zusatzgeschäften findet, aus den dargestellten Gründen kein Anspruch der Bank auf eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB bestehen.

2. Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB

Regelmäßig wird der Bank auch kein Kündigungsrecht aus § 314 BGB zustehen, weil es hierfür bereits meistens an dem Erfordernis des „wichtigen Grundes“ fehlen wird. Ein wichtiger Grund liegt immer dann vor, „wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen“¹². Ein solcher wichtiger Grund dürfte – unter Inbezugnahme des oben zu § 313 BGB Gesagten – nicht vorliegen. Insbesondere wird auch durch eine wesentliche Änderung der Verhältnisse kraft § 314 BGB kein außerordentliches Kündigungsrecht begründet, weil Störungen aus dem eigenen Risikobereich (und genau dieser ist in der hier gegebenen Konstellation auch betroffen) grundsätzlich kein Kündigungsrecht begründen.¹³

Aus diesem Grunde steht der Bank in aller Regel auch kein Kündigungsrecht gemäß § 314 BGB zu.

3. Kündigungsrechte nach AGB-Banken

Sofern eine Bank die AGB-Banken verwendet, sind – über die Vorschrift des § 314 BGB hinaus – theoretisch Kündigungsrechte aus Nr. 19 AGB-Banken möglich. Diese scheitern jedoch in der Praxis regelmäßig an der Einschlägigkeit einer der in Nr. 19 AGB-Banken niedergelegten Varianten.¹⁴

4. Anfechtung des Kreditvertrages

Im Rahmen der verschiedenen „Vertragsauflösungsszenarien“ dürfen die verschiedenen Anfechtungsszenarien samt ihrer Voraussetzungen nicht außer Acht gelassen werden, auch wenn sie wohl am Nichtvorliegen eines Anfechtungsgrundes scheitern werden. Grundsätzlich kommen als Anfechtungsgründe sowohl die in §§ 119 und 120 BGB niedergelegten Irrtümer als auch eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung (§ 123 BGB) in Betracht.

Die Bank wusste jedoch, was sie erklärte, sie wurde auch nicht getäuscht oder gezwungen und sie irrte auch nicht über einen konkreten Umstand des Vertrages, so dass die „klassi-

schen“ Anfechtungsgründe allesamt ausscheiden. Allerdings hat sich die Bank Zusatzgeschäfte mit dem Kunden erhofft und ihre Willenserklärung – für den Kunden unbemerkt – innerlich damit verknüpft. Wenn nun keine Zusatzgeschäfte getätigt werden, hat sich die Bank dann nicht doch über einen für sie entscheidenden und wesentlichen Umstand geirrt?

Die Frage ist zu verneinen, da diese Konstellation den typischen Fall eines Motivirrtums darstellt. Ein Motivirrtum liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Erklärende objektiv das erklärt, was er subjektiv auch erklären wollte. Daran ändert sich auch nichts, wenn er sich im Rahmen der zur Abgabe seiner Erklärung führenden Erwartungen, Vorüberlegungen, Hoffnungen und Vorstellungen geirrt hat.¹⁵ Ein solcher Motivirrtum berechtigt jedoch grundsätzlich zu keiner Irrtumsanfechtung und ist daher für die Irrtumslehre völlig unbeachtlich.¹⁶ Somit lässt sich aus den enttäuschten Erwartungen der Bank kein Anfechtungsrecht herleiten.

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man auch für die Rechte des Kunden. Dieser hat in der Regel genau diejenige Erklärung, die er auch abgegeben wollte, abgeben und somit den günstigen Zinssatz erhalten. Er wird sich in der Regel keine weiteren Gedanken und Hoffnungen in Bezug auf etwaige über den geregelten Vertragsinhalt hinausgehende vertragliche Beziehung gemacht haben, so dass der Kunde von vornherein nicht einmal einem Motivirrtum unterliegen dürfte. Dem Kunden steht in der Regel auch kein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung zu. Eine solche arglistige Täuschung könnte – wenn überhaupt – nur durch ein bankseitiges Unterlassen der Aufklärung des Kunden zu seiner Verpflichtung zum Abschluss von Zusatzgeschäften bestehen.¹⁷ Dies wiederum setzt in objektiver Hinsicht eine Aufklärungspflicht der Bank sowie eine Unerfahrenheit des Kunden voraus.¹⁸ In subjektiver Hinsicht ist ein Täuschungsvorsatz der Bank erforderlich.¹⁹ Unabhängig davon, ob objektiver und subjektiver Tatbestand des § 123 BGB erfüllt sind, dürfte in der Regel bereits der Anwendungs- und Schutzbereich der Vorschrift nicht eröffnet sein. Dies folgt daraus, dass – wie gezeigt – bereits kein durchsetzbarer Anspruch der Bank auf den Abschluss von Zusatzgeschäften besteht, so dass es schon an einer für § 123 BGB relevanten Täuschung mangelt.

5. Zwischenergebnis

Sofern die Bank mit dem Kunden überhaupt keine Regelung bezüglich der abzuschließenden Zusatzgeschäfte getroffen hat, dürfte ihr weder ein Anpassungsanspruch gemäß dem Grundsatz über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) noch ein Kündigungsanspruch aus § 314 BGB oder den AGB-Banken zustehen. Auch Anfechtungsrechte des gesamten Kreditvertrages sind regelmäßig nicht gegeben.

¹⁵ BGH NJW 2008, 2442 (2443).

¹⁶ Siehe auch: *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 119 Rn. 29.

¹⁷ Zur Möglichkeit der arglistigen Täuschung durch Unterlassen: *Ellenberger* (Fn. 16), § 123 Rn. 5.

¹⁸ *Ellenberger* (Fn. 16), § 123 Rn. 5 ff.

¹⁹ *Ellenberger* (Fn. 16), § 123 Rn. 11.

¹² *Grüneberg* (Fn. 1), § 314 Rn. 7.

¹³ BGH NJW 1991, 1829; *Grüneberg* (Fn. 1), § 314 Rn. 9.

¹⁴ Siehe hierzu auch ausführlich: *Merz*, in: *Kümpel/Wittig*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, 6.516 ff.

III. Keine vertragliche Regelung, aber vorvertragliche Thematisierung zwischen den Parteien

Auch wenn keine vertragliche Regelung getroffen wurde, kann die Möglichkeit bestehen, dass die Parteien den Abschluss von Zusatzgeschäften thematisiert haben. Dies kann bspw. in der vorvertraglichen Korrespondenz, in einem Letter of Intent oder im Term Sheet geschehen sein.

1. Thematisierung in der vorvertraglichen Korrespondenz zwischen Bank und Kunde oder Abschluss eines Letters of Intent

a) Thematisierung in der vorvertraglichen Korrespondenz

Denkbar ist hier ein Hinweis auf die Erwartung der Bank auf Zusatzgeschäfte mit dem Kunden in der Korrespondenz der Parteien (bspw. „...wir gewähren Ihnen den günstigen Zins in der Erwartung der Tötigung von Zusatzgeschäften...“ oder „...wir gehen davon aus, dass sie für die Gewährung des niedrigen Zinses mit uns Zusatzgeschäfte abschließen...“).

b) Letter of Intent

Der sog. Letter of Intent stellt eine Absichtserklärung²⁰ des Kunden dar, gewisse Zusatzgeschäfte mit der Bank tätigen zu wollen. In einem solchen Letter of Intent erklärt der Kunde bspw. ein Folgeangebot der Bank (das Zusatzgeschäft) „wohlwollend“ zu prüfen oder im Vergleich zu anderen Instituten vorrangig zu berücksichtigen. Allerdings ist auch hier davon auszugehen, dass diese Absichtserklärung keinen einklagbaren Anspruch der Bank herbeiführt, da es gerade die Natur einer „Absichtserklärung“ ist, dass sie keine vertragliche Verpflichtung begründen, sondern nur eine Absicht ausdrücken soll.²¹

c) Rechtliche Konsequenzen

aa) Allgemeines

Bei einer Thematisierung in der Korrespondenz oder dem Abschluss eines Letters of Intent kann man erneut darüber nachdenken, ob nun die Erwartung der Bank zur Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB geworden ist und daher der Kreditvertrag nun über das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage angepasst werden kann. Auf den ersten Blick erscheint dies für die Bank erfolgsversprechend. Es ist jedoch zu beachten, dass, wenn die Erwartung auf den Abschluss von Zusatzgeschäften lediglich für eine Partei maßgeblich war, sie nur dann zur Geschäftsgrundlage wird, wenn sie in den dem Vertrag zu Grunde liegenden gemeinschaftlichen Geschäftswillen beider Parteien aufgenommen worden ist.²² Hierfür ist es erforderlich, dass die andere Vertragspartei zu verstehen gibt, dass die Erwartungen grundlegend für

die vertragliche Vereinbarung sein sollen.²³ Es genügt hierfür nicht, dass eine Partei ihre Erwartungen bei den Vertragsverhandlungen der anderen Partei mitgeteilt hat,²⁴ vielmehr muss davon auszugehen sein, dass der andere Teil die Erwartungen nach Treu und Glauben als Einverständnis und Aufnahme in die gemeinsame Geschäftsgrundlage wertet.²⁵

bb) Thematisierung in der Korrespondenz

Sofern es um die erste Konstellation (Erwähnung in der Korrespondenz) geht, hat die Bank ihre Erwartungen dem Kunden lediglich mitgeteilt. Da – wie oben dargestellt – bei einseitigen Erwartungen besondere Anforderungen an eine gemeinsame Geschäftsgrundlage zu stellen sind, ist bei einer Thematisierung in der Korrespondenz davon auszugehen, dass regelmäßig keine gemeinsame Geschäftsgrundlage vorliegt. Der Grund hierfür ist, dass bei einem Bankkunden die Erwartung der Bank auf ein Zusatzgeschäft eher einseitig sein dürfte, da der Kunde an dem Zusatzgeschäft entweder gar kein Interesse oder nur unter bestimmten Voraussetzungen ein Interesse haben dürfte. In jedem Fall ist das Interesse des Kunden an einer ausdrücklichen vertraglichen Bindung oder einer Bindung mit dieser Reichweite in der Regel zu verneinen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Kunde sich nicht vertraglich binden möchte, sondern je nach Bedarfsfall zusätzliche (kostenpflichtige) Leistungen der Bank beanspruchen möchte oder nicht. Von einer vertraglichen Verpflichtung wird er regelmäßig nicht ausgehen. Aus diesem Grunde ist nicht davon auszugehen, dass der Bankkunde die einseitigen Erwartungen der Bank als ein Einverständnis und damit einhergehend als eine Aufnahme in die Geschäftsgrundlage wertet.

Anders mag diese Einschätzung regelmäßig dann aussehen, wenn der Kunde einzelne Punkte (solche, die sich nicht auf die Zusatzgeschäfte beziehen) in der ihm zugegangenen bankseitigen Korrespondenz diskutiert und verhandelt und der Bank somit klar zum Ausdruck bringt, dass er mit einigen Punkten nicht einverstanden ist. Hierdurch kommt zum Ausdruck, dass der Kunde sich durchaus mit allen Aspekten der Finanzierung (vor allem mit der Verknüpfung des niedrigen Zinses mit dem Abschluss von Zusatzgeschäften) beschäftigt hat und solche Punkte, die er für nachteilig oder nicht wünschenswert erachtet, ausdrücklich ausschließen möchte. Wenn er bei diesem Prozedere die bankenseits erwähnten Zusatzgeschäfte nicht moniert, ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) davon auszugehen, dass er gerade diese im Speziellen nicht ausschließen oder bemängeln möchte, so dass in diesem Fall von einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage auszugehen sein dürfte. Dies folgt auch aus dem Gedanken des § 362 HGB, der das Schweigen eines Kaufmanns auf einen Antrag als Annahme dieses Antrags wertet.

Bemängelt der Kunde die Regelungen zu der Verpflichtung zum Abschluss des Zusatzgeschäftes und kommen die Parteien diesbezüglich zu keinem Konsens, kann wieder

²⁰ Baisch, in: Hamann/Sigle, Vertragsbuch Gesellschaftsrecht, 2008, § 9 Rn. 312; Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2009, vor § 343 Rn. 25.

²¹ So im Ergebnis auch: Hanke/Socher, NJW 2010, 1261; Baisch (Fn. 20), § 9 Rn. 312.

²² Grüneberg (Fn. 1), § 313 Rn. 9; BGH NJW-RR 1989, 753.

²³ Feißel/Gorn, BB 2009, 1138 (1139).

²⁴ Grüneberg (Fn. 1), § 313 Rn. 9; BGH NJW-RR 1993, 774.

²⁵ Siehe hierzu auch: Grüneberg (Fn. 1), § 313 Rn. 9.

wegen der einseitigen Erwartungen der Bank nicht von einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage ausgegangen werden.

cc) *Letter of Intent*

Ein Letter of Intent ist zwar mangels detaillierter vertraglicher Regelung nur eine unverbindliche Absichtserklärung,²⁶ führt damit allerdings regelmäßig zu einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage, weil er die wichtigsten Absichten der Parteien für den später abzuschließenden Vertrag regelt.²⁷ Bei einem Letter of Intent erklärt der Kunde (durch Gegenzeichnung) ausdrücklich, sich der Tatsache bewusst zu sein, dass die Bank sich den Abschluss von Zusatzgeschäften erhofft und verspricht eine wohlwollende Prüfung der entsprechenden Angebote, die die Bank ihm unterbreitet. Je nach Sachlage des Einzelfalles führt dies daher oft dazu, dass der Kunde die Erwartung der Bank nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern auch – in jedem Fall über Treu und Glauben – als Einverständnis und Aufnahme in die gemeinsame Geschäftsgrundlage wertet.

Ferner verstärkt der Letter of Intent vorvertragliche Pflichten,²⁸ so dass unter Umständen auch Schadensersatzansprüche der Bank gegen den Kunden über §§ 311 Abs. 1 und 2, 280 Abs. 1 BGB entstehen können, wenn der Kunde ohne guten Grund keinen dem Letter of Intent nachfolgenden Vertrag abschließt.²⁹

dd) *Zwischenergebnis*

Selbst wenn bei einer Thematisierung in der Korrespondenz oder bei einem Letter of Intent nun doch im Einzelfall eine gemeinsame Geschäftsgrundlage zu bejahen ist, besteht dennoch – aus den oben dargelegten Gründen³⁰ – in der Regel keine so schwerwiegende Störung (als weiteres Tatbestandsmerkmal), die die Anwendung von § 313 BGB rechtfertigen würde. Aus diesem Grunde wird auch in diesen Fallkonstellationen ein Anspruch aus § 313 BGB regelmäßig scheitern.

2. *Term Sheet*

Eine etwas hervorgehobene Stellung nimmt diejenige des dem Letter of Intent zeitlich nachgelagerten Term Sheets ein. Das Term Sheet ist eine gemeinsame Erklärung der Parteien und enthält die Eckdaten und „die wesentlichen Konditionen

der Finanzierung“³¹. Es ist also ein Ausdruck dessen, was die Parteien wirtschaftlich wollen,³² so dass die Vereinbarungen im Term Sheet sowohl eine vertragliche Regelung darstellen als auch mit einem Letter of Intent vergleichbar sein können.

Eine solche vertragliche Regelung kann immer dann erblickt werden, wenn sich aus dem gegengezeichneten Term Sheet direkt ergibt, dass eine vertragliche Regelung und eine daraus resultierende Pflicht zum Abschluss von Zusatzgeschäften vertraglich bindend für den Kunden vereinbart werden soll. In diesem Fall lässt sich in der Verhandlung des Kreditvertrages auch ein entsprechender Anspruch der Bank auf eine vertragliche Fixierung des Abschlusses von Zusatzgeschäften herleiten. Grundsätzlich besteht immer die Notwendigkeit der Einzelfallprüfung, inwieweit eine vertragliche Regelung im Term Sheet getroffen werden soll oder nicht. Allerdings ist davon auszugehen, dass immer dann, wenn im Term Sheet keine ausdrückliche Verpflichtung der Parteien zu einer späteren Vereinbarung im Kreditvertrag geregelt wird, eine solche aus dem Term Sheet auch nicht hervorgeht. Diese Konstellation ist dann mit der des Letters of Intent vergleichbar, so dass in diesem Fall dann in Bezug auf die Zusatzgeschäfte regelmäßig nur eine Absichtserklärung vorliegt.

Werden allerdings im späteren Kreditvertrag die zu tätigen Zusatzgeschäfte nicht mehr vertraglich vereinbart, kann dies entweder auf entsprechenden Verhandlungen der Parteien oder auf einem Versehen beruhen. In letzterem Falle dürfte dies dann wieder zu Lasten der Bank gehen, da der Kreditvertrag dem Term Sheet gegenüber grundsätzlich vorrangig ist³³ und es der Bank oblegen hätte, auf eine ordnungsgemäße Normierung ihrer Rechte zu achten.

3. *Zwischenergebnis*

Auch aus der vorvertraglichen Korrespondenz oder einem Letter of Intent lässt sich regelmäßig kein ausdrücklicher Anspruch der Bank gegenüber dem Kunden zur Vornahme von Zusatzgeschäften herleiten. Selbst wenn sich durch den Abschluss eines Letters of Intent oder einer eindeutigen Inbezugnahme der abzuschließenden Zusatzgeschäfte in der Korrespondenz der Parteien eine gemeinsame Geschäftsgrundlage über den Abschluss von Zusatzgeschäften gebildet hätte, wäre die Störung der Geschäftsgrundlage beim Nichtabschluss solcher Zusatzgeschäfte in der Regel nicht so schwerwiegend, dass ein Anspruch der Bank auf Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB bestünde.

Einzig aus der Unterzeichnung eines Term Sheets und der dortigen Verankerung der kundenseitigen Pflicht zum Abschluss von Zusatzgeschäften, ließe sich ein späterer Anspruch der Bank auf Aufnahme dieser bereits im Term Sheet vereinbarten Zusatzgeschäfte in den Kreditvertrag ableiten. Ist ein solcher Anspruch im Term Sheet nicht angelegt, hat

²⁶ Hanke/Socher, NJW 2010, 1261.

²⁷ Die Tatsache, dass aus dem Letter of Intent kein direkter vertraglicher Anspruch entsteht, ist hierfür unschädlich. Dies folgt daraus, dass die Geschäftsgrundlage grundsätzlich weniger ist als eine vertragliche Regelung. Hierbei ist anerkannt, dass sich Geschäftsgrundlage und vertragliche Regelung dahingehend unterscheiden, dass alles das, was im Vertrag selbst geregelt wurde, von vornherein nicht zur Geschäftsgrundlage gehören kann, vgl. hierzu: Feißel/Gorn, BB 2009, 1138 (1139).

²⁸ Schmidt (Fn. 20), vor § 343 Rn. 25.

²⁹ Hierzu auch: Schmidt (Fn. 20), vor § 343 Rn. 25.

³⁰ Siehe hierzu I. 1. c).

³¹ Diem, Akquisitionsfinanzierungen, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 32; Rossbach, in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2001, 11.50; Hanke/Socher, NJW 2010, 1261.

³² Rossbach (Fn. 31), 11.50; Hanke/Socher, NJW 2010, 1261.

³³ So wohl auch: Rossbach (Fn. 31), 11.50.

die Bank – wie auch in dem Fall, dass überhaupt keine vertragliche Regelung (siehe oben unter II.) existiert – regelmäßig keinen Anspruch darauf, dass der Kunde Zusatzgeschäfte abschließt.

IV. Vertragliche Regelung

1. Regelungsmöglichkeiten

Auf den ersten Blick erscheint für die Bank eine vertragliche Normierung der Kopplung von niedrigem Zins und dem Abschluss von Zusatzgeschäften rechtlich unproblematisch. Doch auch hier können sich Probleme ergeben.

a) Regelung im Vertrag und Vereinbarung eines expliziten Kündigungsrechtes

aa) Regelung in den „Verpflichtungen“ und daraus resultierender „allgemeiner“ Kündigungsgrund

Am einfachsten zu beurteilen wäre eine Aufnahme einer eigenständigen Verpflichtung des Kunden zum Abschluss von Zusatzgeschäften im Vertrag, etwa in den sog. „Covenants“ oder „Verpflichtungen“. Um diese Verpflichtung zu konkretisieren und somit klar herauszustellen, bietet es sich an, diejenigen Zusatzgeschäfte, welche binnen eines gewissen Zeitrahmens ebenfalls zwischen den Vertragsparteien getätigt werden müssen um den niedrigen Zins zu rechtfertigen, in einer dem Vertrag beizufügenden Liste aufzuführen. Wird eine solche Verpflichtung nicht erfüllt, liegt regelmäßig ein Kündigungsgrund unter dem Kreditvertrag vor.

bb) Vereinbarung eines expliziten Kündigungsgrundes

Ferner könnte ein expliziter Kündigungsgrund im Falle des Nichtabschlusses von Zusatzgeschäften binnen eines bestimmten Zeitraumes vereinbart werden. Hiernach wäre einerseits dem Kunden klar, dass zwischen dem niedrigen Zins und dem Abschluss von Zusatzgeschäften eine Verknüpfung besteht, andererseits verbleibt dem Kunden aber auch noch die Entscheidung, ob er die Zusatzgeschäfte abschließen oder lieber eine Vertragsauflösung durch Kündigung riskieren möchte. Dieser Möglichkeit steht regelmäßig – insbesondere bei Kaufleuten – auch § 242 BGB (Treu und Glauben) nicht entgegen, welcher für Kündigungen von Kreditverträgen ein Rechtsmissbrauchsverbot normiert. Die Bank ist nach § 242 BGB grundsätzlich gehalten, auf die „berechtigten Belange“ des Kunden Rücksicht zu nehmen und ihr Kündigungsrecht unter Berücksichtigung der besonders wichtigen Interessen des Kunden schonend auszuüben.³⁴ Allerdings dürfte sich der Kunde immer dann nicht mehr auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Bank berufen können, wenn er den Grund für die niedrige Zinsmarge kannte und somit wusste, dass die Bank Zusatzgeschäfte mit ihm in ihrer Kalkulation einberechnet hatte. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kunde möglicherweise Zins und Tilgung ordnungsgemäß erbringt. Sinn und Zweck der niedrigen Zinsmarge war – wie im Kreditvertrag auch geregelt – der Abschluss von Zusatzgeschäf-

ten. Kommen diese nicht zu Stande, muss der Kunde zwangsläufig damit rechnen, dass die Bank den Kredit kündigt, weil sie die Sonderkonditionen unter diesen Umständen nicht aufrechterhalten kann.

Für die Bank dürfte es dennoch ratsam sein, den Kunden vor der endgültigen Vertragsauflösung einmalig abzumahnern, um ihm eine letzte Frist zur Vertragserfüllung zuzugestehen und um somit nach § 242 BGB eventuell bestehende Restrisiken aus dem Weg zu gehen.³⁵

cc) Änderungskündigung

Als weiteres milderes Mittel und als „Minus“ zur herkömmlichen Kündigung steht ferner für eine Zinsanpassung die Änderungskündigung zur Verfügung.³⁶ Bereits im Jahre 1977 hat der BGH es für zulässig befunden, dass eine Sparkasse ein im Kreditvertrag vereinbartes beiderseitiges ordentliches Kündigungsrecht dazu genutzt hatte, von ihren Kreditkunden mittels einer Änderungskündigung eine Entscheidung herbeizuführen, ob diese den Kreditvertrag zu einem höheren Zinssatz fortführen wollten oder ob sie eine Beendigung des Vertrags wünschten.³⁷ In diesem Zusammenhang hat *Berger* zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Änderungskündigung strengen Voraussetzungen unterliegt: zunächst muss eine ordentliche Kündigung gemäß § 488 Abs. 3 S. 1 BGB zulässig sein und weiterhin darf die Ausübung des Kündigungsrechtes nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.³⁸ Ferner verweist *Berger* darauf, dass nicht schon jede beliebige Zinsänderung die Kündigung rechtfertigen könne.³⁹ Hieraus wird deutlich, dass sich die Auffassung *Bergers* grundsätzlich auf einen anderen Sachverhalt bezieht, nämlich denjenigen, dass die Zinsänderung „von außen“ kommt und nicht im Innenverhältnis der Parteien (ursprüngliche Gewährung eines niedrigen Zinses zu „Attraktivitätszwecken“) angelegt ist. Trotzdem zeigt die Konstellation *Bergers*, dass das Instrumentarium der Änderungskündigung – unabhängig von dem zugrunde liegenden Sachverhalt – strengen Regularien unterliegen muss. Wenn jedoch im Kreditvertrag ein Kündigungsgrund für den Fall vereinbart ist, dass die vereinbarten Zusatzgeschäfte nicht zu Stande kommen und ein solcher Kündigungsgrund unter dem Kreditvertrag auch eingetreten ist, dürfte einer Änderungskündigung als milderem Mittel zu einer normalen Kündigung nichts im Wege stehen.

b) Änderungsvertrag zum Kreditvertrag

Eine weitere denkbare Lösungsalternative, welche auch als milderes Mittel zur Kündigung anzusehen ist, wäre der Entschluss der Parteien, den Vertrag nicht zu kündigen, ihn jedoch zu ändern. Durch den Abschluss eines solchen Änderungsvertrages zum Kreditvertrag zwischen den Parteien

³⁵ So wohl auch: *Bunte* (Fn. 34), § 24 Rn. 47.

³⁶ Hierzu: *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 488 Rn. 187.

³⁷ Vgl. hierzu: BGH WM 1977, 834; hierzu ausführlich: *Berger* (Fn. 36), § 488 Rn. 187.

³⁸ *Berger* (Fn. 36), § 488 Rn. 190.

³⁹ *Berger* (Fn. 36), § 488 Rn. 190.

³⁴ Vgl. hierzu ausführlich: *Bunte*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch Bd. 1, 4. Aufl. 2011, § 24 Rn. 47.

kann der Zins dann auf ein marktübliches Niveau angehoben werden. Diese Möglichkeit erscheint grundsätzlich auch sehr praktikabel, da sowohl die Bank als auch der Kunde regelmäßig ein Interesse am Fortbestehen des Vertrages haben und auf diese Art und Weise einen einzelnen Vertragsbestandteil (den Zins) überdenken und dann dementsprechend neu regeln können, mit dem Ziel den Vertrag dem Grunde nach aufrecht zu erhalten. Wenn der Kunde eine höhere Zinsmarge nicht akzeptiert, bleibt der Bank ihr Recht zur Kündigung.

c) Auflösende Bedingung im Kreditvertrag

Alternativ bestünde auch die Möglichkeit, den Vertrag unter die auflösende Bedingung (§ 158 BGB) des Abschlusses von Zusatzgeschäften binnen eines gewissen Zeitraumes stellen. Auch hier bietet sich das Beifügen einer Liste der abzuschließenden Zusatzgeschäfte an.

d) Verlängerungsoption

Eine denkbare – aber wohl wenig praktikable – Lösung des Problems wäre auch die Vereinbarung einer relativ kurzen Vertragslaufzeit. Kommen die erhofften Zusatzgeschäfte binnen dieser Vertragslaufzeit nicht zu Stande, kann die Bank entscheiden, ob sie den Vertrag auslaufen lässt oder ob sie einen neuen Vertrag zu geänderten Konditionen (d.h. einem höheren Zins) abschließt.

2. Probleme im Rahmen der Geltendmachung des Anspruchs

Kommt man im Ergebnis zu der Annahme, dass ein vertraglicher Anspruch der Bank auf den Abschluss eines oder mehrerer Zusatzgeschäfte mit dem Kunden besteht, stellen sich im Folgenden weitere Probleme. Zum einen muss überlegt werden, ob AGB-Regeln dieser Lösung entgegenstehen könnten oder ob gar eine Sittenwidrigkeit des Vertrages anzunehmen ist. Im Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zueinander sind die AGB-Regeln vorrangig, weil bei einer Überprüfung nach AGB-Regeln ein strengerer Maßstab angelegt wird als bei § 138 BGB.⁴⁰ Dies führt dazu, dass bei Wirksamkeit einer Regelung nach AGB-Recht eine Prüfung wegen einer möglichen Sittenwidrigkeit nicht mehr in Betracht kommt.⁴¹

a) Entgegenstehende AGB-Regeln?

Grundsätzlich dürften die Regelungen im Kreditvertrag über die Verpflichtung des Kreditnehmers zum Abschluss von Zusatzgeschäften aus verschiedenen Gründen keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterworfen sein. Zum einen werden die entsprechenden Klauseln regelmäßig individuell verhandelt, so dass von vornherein schon keine Allgemeine Geschäftsbedingung vorliegt,⁴² zum anderen sind nach

höchstrichterlicher Rechtsprechung Bankentgelte regelmäßig von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle ausgeschlossen.⁴³

Nach Ansicht des BGH sind Entgeltklauseln in den Preisverzeichnissen der Banken gemäß § 307 Abs. 3 BGB nur dann einer richterlichen Kontrolle unterworfen, wenn es sich bei der Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden nicht um die Vereinbarung von Entgelten für „echte“ rechtsgeschäftliche Leistungen handelt, sondern die Entgelte z.B. für die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen oder solcher Tätigkeiten erhoben werden, die ausschließlich im Eigeninteresse der Bank stehen.⁴⁴ Als Beispiele für solche gesetzlichen Verpflichtungen führt *Nobbe* u.a. Pflichten der Banken im Zusammenhang mit dem Zinsabschlagsgesetz oder der Bearbeitung von Änderungen von Freistellungsaufträgen an.⁴⁵ Genau solche Pflichten sind hier jedoch nicht betroffen. Durch das Zusatzgeschäft will die Bank gerade eine echte rechtsgeschäftliche Leistung erbringen, die dem Kunden auch entsprechend in Rechnung gestellt werden soll. Aus diesem Grunde dürfte eine Überprüfung der Klausel an Hand der §§ 307 ff. BGB daher regelmäßig nicht in Betracht kommen.

b) Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB?

Mangels Prüfung der Zusatzgeschäfte an Hand des AGB-Rechts kann eine mögliche Sittenwidrigkeit im Raum stehen. Der besondere Schutzgedanke des § 138 BGB liegt in der Beziehung zwischen Bank und Kunden bei dem Schutz des Letzteren gegen eine mögliche wirtschaftliche Übermacht der Bank.⁴⁶ In diesem Zusammenhang besteht die Gefahr, dass der Kunde sich durch die Kreditaufnahme stark an die kreditgebende Bank bindet und unter Umständen in eine sog. „Lock-in-Situation“⁴⁷ gerät. Hierbei hat der Kunde regelmäßig Vermögensgegenstände der Bank zur Sicherung des Kredits überlassen. Überlegt der Kunde nun, die Vertragsbeziehung zu einer neuen Bank zu übertragen, führt dies in der Regel dazu, dass ihm für eine neue Kreditaufnahme bei einer anderen Bank entweder keine Sicherheiten mehr zur Verfügung stehen oder die bestehenden Sicherheiten an die neue Bank (teilweise) übertragen werden müssten. In jedem Fall stellt dies – insbesondere bei großen Kreditvolumina – einen erhöhten Arbeits-, Organisations- und Kostenaufwand dar, was dazu führen kann, dass der Kunde aus diesen Gründen faktisch an die ursprüngliche Bank gebunden bleibt.

Für die Bejahung des § 138 BGB müssen aber sowohl eine objektive Komponente als auch eine subjektive Komponente erfüllt sein. Hinsichtlich der objektiven Komponente ist einhellig anerkannt, dass ein Rechtsgeschäft wegen seines Inhalts oder seines Gesamtcharakters, d.h. aufgrund einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und

ausführlich: *Federlin*, in: Kumpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 12.570.

⁴³ *Krüger*, NZI 2010, 1.

⁴⁴ Vgl. hierzu: *Krüger*, NZI 2010, 1.

⁴⁵ *Nobbe*, WM 2008, 185 (189) mit vielen weiteren Beispielen.

⁴⁶ So im Ergebnis auch: *Heinrichs* (Fn. 41), § 138 Rn. 24.

⁴⁷ Hierzu ausführlich: *Krüger*, NZI 2010, 1.

⁴⁰ *Krüger*, NZI 2010, 1.

⁴¹ Siehe hierzu: *Krüger*, NZI 2010, 1; so auch: BGHZ 136, 347 (355) in NJW 1997, 3372; *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 70. Aufl. 2011, § 138 Rn. 16.

⁴² So auch: *Diem* (Fn. 31), § 29 Rn. 3. Wenn die entsprechenden Klauseln nicht individuell verhandelt wurden, besteht die Möglichkeit, dass es sich um AGB handelt. Hierzu

Zweck, sittenwidrig sein kann.⁴⁸ Ob eine subjektive Komponente vorliegt, kann hier dahinstehen, da nicht abschließend entschieden werden kann, ob überhaupt die objektive Komponente erfüllt ist. Die objektive Komponente erfordert unter anderem ein „auffälliges Missverhältnis“ zwischen Leistung und Gegenleistung. Ob ein solches vorliegt, muss im Einzelfall an Hand eines konkreten Vertrages überprüft werden. Es liegt nahe, wenn die Bank einen niedrigen Zins gewährt und dafür stark überhöhte Entgelte bei Zusatzleistungen fordert.⁴⁹ In diesem Fall hätte die Bank ihre überlegene Vertragsposition zu Lasten des ausgenutzt. Sofern jedoch die Zusatzleistungen dem normalen Kostenniveau entsprechen, dürften Sittenwidrigkeitsbedenken nicht durchgreifen.

3. Zwischenergebnis

Wird zwischen Bank und Kunden vertraglich geregelt, dass der Kunde zum Abschluss von Zusatzgeschäften verpflichtet ist, hat die Bank gegen den Kunden auch einen Anspruch auf Abschluss dieser Zusatzgeschäfte bzw. auf Änderung oder Kündigung des Kreditvertrages im Falle des Nichtabschlusses dieser Zusatzgeschäfte. Die entsprechende Vertragsklausel über die Zusatzgeschäfte und deren Gebühren unterliegt regelmäßig auch nicht der AGB-Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB und dürfte bei der Berechnung normaler Gebühren für die Zusatzgeschäfte auch keinen Sittenwidrigkeitsbedenken gemäß § 138 BGB begegnen.

V. Fazit

Die Lösung, die den Interessen der Bank von rein rechtlicher Seite am meisten gerecht wird, ist eine ausdrückliche vertragliche Regelung. In diesem Fall kann sich die Bank zweifellos auf einen Anspruch gegenüber dem Kunden berufen, bzw. kann sich im Falle des Nichtabschlusses von Zusatzgeschäften von dem für sie ungünstigen Vertrag lösen oder den Vertrag anpassen. Einem solchen Anspruch stehen auch keine AGB-Regeln entgegen und bei normalen Kosten für die Zusatzgeschäfte sind auch keine Sittenwidrigkeitsprobleme des Vertrages zu befürchten.

Ob bei einer derartigen vertraglichen Regelung das Angebot aus wirtschaftlicher Sicht für den Kunden noch in gleichem Maße attraktiv ist, wie es ohne eine vertragliche Regelung (also auch ohne das Eingehen einer expliziten Pflicht) wäre, muss einzelfallabhängig beurteilt werden. Aus diesem Grunde sollten Banken das für und wider der einzelnen Möglichkeiten abwägen und entscheiden, worauf sie den Schwerpunkt legen möchten: auf eine wirtschaftliche und rechtlich risikobehaftete Variante oder auf eine rechtlich eindeutige Variante, die jedoch unter Umständen für den Kunden und unter Gesichtspunkten des Wettbewerbes der Banken untereinander weniger interessant sein könnte.

⁴⁸ BGHZ 141, 357 (361); BGH NJW 2001, 1127; *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2003, § 138 Rn. 3; s.a.: *Krüger*, NZI 2010, 1 (2).

⁴⁹ So im Ergebnis auch: *Krüger*, NZI 2010, 1 (7), der jedoch noch weiter geht und fordert, dass das auffällige Missverhältnis in diesem Fall widerlegbar vermutet werden sollte.