BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 434/14

Verkündet am:
28. Juli 2015
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 134, § 307 Abs. 1 Satz 1 Bl, Cb, § 675u

Die unterschiedslos auf sämtliche Buchungen bezogene Bestimmung in dem Preis- und Leistungsverzeichnis einer Bank

"Preis pro Posten 0,32 EUR"

ist sowohl nach § 134 BGB i.V.m. § 675e Abs. 1 und 4, § 675u BGB nichtig als auch nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB auch gegenüber Unternehmern unwirksam, weil sie zu deren Nachteil von § 675u BGB abweicht.

BGH, Urteil vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14 - OLG Karlsruhe
LG Baden-Baden

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juli 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 9. September 2014 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Baden-Baden vom 27. November 2012 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte Sparkasse aus eigenem und abgetretenem Recht der A. mbH und der S. GmbH (im Folgenden: Zedenten) auf Rückzahlung von vereinnahmten Kontoführungsgebühren in Anspruch.

2 Der Kläger, ein eingetragener Kaufmann, und die Zedenten sind auf dem Gebiet der Vermittlung und Verwaltung von Versicherungsverträgen tätig und übernehmen dabei auch das Beitragsinkasso im Auftrag des jeweiligen Versicherers. Sie verwalten ca. 25.000 Versicherungsverträge mit einem monatlichen Beitragsinkasso von ca. 550.000 €.

3 Seit Ende der 1990er Jahre unterhielten der Kläger und die Zedenten bei der Beklagten mehrere Geschäftsgirokonten. In den von der Beklagten den einzelnen Geschäftsbeziehungen zugrunde gelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es in Nr. 17 unter anderem wie folgt:

> "(1) Entgelt-Berechtigung
> Die Sparkasse ist berechtigt, für ihre Leistungen Entgelte, insbesondere Zinsen, Gebühren und Provisionen, vom Kunden zu verlangen. Dies gilt auch für Leistungen, die zusätzlich zu einer üblichen Grundleistung im Auftrag oder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Interesse des Kunden erbracht oder im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung mit ihm erforderlich werden ....
> (2) Festsetzung und Ausweis der Entgelte
> .... Für typische, regelmäßig vorkommende Bankleistungen gelten die im Preisaushang, ergänzend im Preis- und Leistungsverzeichnis ausgewiesenen Entgelte, und zwar in der jeweils geltenden Fassung. ..."

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

4 In den - im hier maßgeblichen Zeitraum geltenden - Preis- und Leistungsverzeichnissen der Beklagten ist für Geschäftsgirokonten bestimmt, dass der "Preis pro Posten" 0,32 € beträgt.

5 Zu Beginn der Geschäftsbeziehung hatten die Parteien vereinbart, dass bei einer Rückbelastung von Lastschriften, die im Einzugsermächtigungsverfahren eingezogen werden, lediglich die im Interbankenverkehr geschuldeten Entgelte im Wege des Auslagenersatzes abgerechnet werden sollten, nicht jedoch ein gesondertes Entgelt geschuldet war. Nachdem die Beklagte ab dem 1. Januar 2007 für jede Rücklastschrift ein Entgelt von 3 € berechnet hatte, fand noch im Januar 2007 auf Veranlassung des Klägers ein Gespräch mit dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten statt, in dem sich die Parteien darauf einigten, dass die Beklagte rückwirkend ab dem 1. Januar 2007 für Rücklastschriften - neben den Fremdgebühren - zu Lasten des Klägers und der Zedenten ein eigenes Entgelt von jeweils 0,10 € berechnen durfte. In der Folgezeit berechnete die Beklagte neben diesem Entgelt im jeweiligen Monatsabschluss - wie bereits zuvor - pro Rücklastschrift unter der Bezeichnung "Rückbelastungen" weitere 0,32 €. Die Abbuchungen hierfür summierten sich seit dem 1. Januar 2007 für die Konten des Klägers und der Zedenten auf insgesamt 81.648,08 €, wovon die Beklagte noch im Jahr 2007 einen Betrag in Höhe von 4.010,70 € zurückerstattete.

6 Mit der Klage begehrt der Kläger die Rückzahlung von 77.637,38 € nebst Zinsen. Er meint, die Geltendmachung eines "Buchungspostenentgelts" widerspreche der Vereinbarung vom Januar 2007. Zudem verstoße die Buchungspostenklausel gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Beklagte behauptet, die Berechnung des Buchungspostenentgelts sei bei der Vereinbarung im Januar 2007 nicht thematisiert worden. Vielmehr sei der Kläger bereits bei einer Besprechung am 18. Juli 2000 mit der Berechnung von Buchungsgebühren

einverstanden gewesen, wobei es sich dabei um eine vorrangige Individualvereinbarung handele, die fortgelte. Die Belastung von Buchungspostenentgelten sei daher mit Rechtsgrund erfolgt.

7 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil.

I.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Rückzahlung der Buchungspostenentgelte gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, § 398 BGB zu, weil diese die Entgelte mit Rechtsgrund erlangt habe. Mit dem Landgericht sei zunächst davon auszugehen, dass die Parteien im Januar 2007 keine abschließende Entgeltvereinbarung geschlossen hätten, die eine Erhebung von Buchungspostenentgelten ausgeschlossen habe. Dies lasse sich den Schreiben der Beklagten vom 15. Januar 2007 nicht entnehmen. Denn darin habe die Beklagte dem Kläger und den Zedenten lediglich mitgeteilt, dass sie für die Nicht-

einlösung von Lastschriften ab dem 1. Januar 2007 ein eigenes Entgelt von jeweils 3 € berechne, sie aber aufgrund der angenehmen Geschäftsverbindung bereit sei, nur eine Gebühr in Höhe von 10 Cent pro Rücklastschrift zu verlangen. Einen Bezug zu den auch vor dem 1. Januar 2007 daneben in Rechnung gestellten Buchungspostenentgelten wiesen die Schreiben dagegen nicht auf; diese seien auch nicht Gegenstand des zwischen den Parteien geführten Gesprächs gewesen. Für etwas anderes habe der Kläger keine Indizien oder Umstände vorgetragen.

11 Der Beklagten stehe nach Nr. 17 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 ihrer zwischen den Parteien wirksam vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Verbindung mit dem jeweiligen Preis- und Leistungsverzeichnis das von ihr verlangte Buchungspostenentgelt zu. Diese Bestimmungen seien nicht wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 310 Abs. 1 BGB unwirksam. Bei der Buchungspostenregelung handele es sich zwar um eine kontrollfähige Preisnebenabrede, die aber einer Inhaltskontrolle standhalte.

12 Für den Zeitraum vor Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) benachteilige die Klausel im Geschäftsverkehr zwischen - wie hier - Unternehmern den anderen Teil nicht unangemessen, weil dieser - was auch der vorliegende Fall zeige - im Vergleich zu einem Verbraucher eine weitaus stärkere Verhandlungsposition habe, die es ihm ermögliche, mit der Bank die einzelnen Vertragskonditionen auszuhandeln. Soweit der Bundesgerichtshof im Privatkundenverkehr die Einräumung von fünf Freiposten verlange, komme dem bei einem Geschäftsgirokonto mit einem - wie hier - monatlichen Beitragsinkasso von ca. 500.000 € keine Bedeutung zu und sei zu vernachlässigen. Das Buchungspostenentgelt von 0,32 € sei mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch der Höhe nach nicht zu beanstanden. Das zwischen den Parteien ausge-

handelte Entgelt für die Nichteinlösung der Lastschrift von 10 Cent sei insoweit kein Vergleichsmaßstab.

13 Für den Zeitraum nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts gelte nichts anderes. Insbesondere sei die Preisklausel auch insoweit kontrollfähig. Zwar könnten Kreditinstitute gemäß § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB innerhalb der Grenzen der §§ 134, 138 BGB Kontoführungsentgelte grundsätzlich frei vereinbaren. Dieses Preisbestimmungsrecht gelte aber nur für Entgeltabreden, die unmittelbar den Preis für die vertraglich vereinbarte Hauptleistung regeln würden, nicht aber für formularmäßig erhobene Bankentgelte, mit denen der Aufwand für die Erfüllung gesetzlicher oder vertraglicher Nebenpflichten auf den Kunden abgewälzt werde. Die hier streitgegenständliche Preisklausel für einzelne Buchungen auf dem Girokonto regele Entgelte, die die Beklagte für vertragliche Nebenleistungen erhebe.

14 Schließlich sei die Klage auch im Hinblick auf den - vom Landgericht übersehenen - Vortrag der Beklagten unbegründet, die Parteien hätten sich in einer Besprechung am 18. Juli 2000 über die Berechnung der Buchungsgebühren geeinigt. Dabei handele es sich um eine Individualvereinbarung, die gemäß § 305b BGB Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe. Der für das Fehlen eines Rechtsgrundes beweisbelastete Kläger habe keinen Beweis dafür angetreten, dass die Parteien eine solche Vereinbarung nicht geschlossen hätten.

II.

15 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht

dem Kläger ein Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der erhobenen Buchungspostenentgelte aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 398 BGB zu, weil die Beklagte diese ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

16 1. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Parteien im Januar 2007 keine Vereinbarung mit dem Inhalt geschlossen haben, die eine Erhebung von Buchungspostenentgelten ausschließt. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

17 Die Auslegung einer Individualvereinbarung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung unterliegt im Revisionsverfahren nur der eingeschränkten Überprüfung darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen wurde (st.Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37; Senatsurteil vom 21. Oktober 2014 - XI ZR 210/13, WM 2014, 2160 Rn. 15 mwN). Das ist hier nicht der Fall.

18 Bei der Auslegung ist in erster Linie der von den Parteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - I ZR 304/99, BGHZ 150, 32, 37 mwN). Dem Wortlaut der Schreiben der Beklagten vom 15. Januar 2007 lässt sich - was das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat - lediglich entnehmen, dass die Beklagte für die Nichteinlösung von Lastschriften ein eigenes Entgelt von nur noch jeweils 10 Cent anstatt der zuvor in Rechnung gestellten 3 € berechnen werde, während die - davon unabhängige - Geltendmachung eines Buchungspostenentgelts nicht angesprochen wurde. Da die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ein solches bereits

vor dem 1. Januar 2007 in Rechnung gestellt hat, ist die darauf gestützte Annahme des Berufungsgerichts, die Buchungspostenentgelte seien nicht Gegenstand des Gesprächs im Januar 2007 gewesen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

19 Entgegen den Angriffen der Revision hat das Berufungsgericht keinen erheblichen Vortrag des Klägers unbeachtet gelassen oder eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung vorgenommen. Die Revision kann auf kein Vorbringen des Klägers verweisen, wonach die Parteien die Vereinbarung von Januar 2007 abweichend von dem Wortlaut der Schreiben der Beklagten vom 15. Januar 2007 als abschließend dahin verstanden hätten, dass neben dem Entgelt für die Rücklastschrift ein allgemeines Buchungspostenentgelt nicht anfalle. Soweit die Revision meint, dies ergebe sich "mittelbar" aus dem Vortrag des Klägers, er habe die Berechnung des Buchungspostenentgelts gegenüber der Beklagten moniert, woraufhin diese eine Überprüfung zugesagt, ihn indes in der Folgezeit immer wieder vertröstet habe, lässt dies den von der Revision gezogenen Schluss nicht zu; die bloße Überprüfung eines in Rechnung gestellten Entgelts bedeutet gerade kein Eingeständnis einer abweichenden Abrede.

20 2. Dagegen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung mit der Begründung verneint, dass der für das Fehlen eines Rechtsgrunds beweisbelastete Kläger keinen Beweis dafür angetreten habe, die Parteien hätten sich entgegen dem diesbezüglichen Vortrag der Beklagten in einer Besprechung am 18. Juli 2000 über die Berechnung der Buchungsgebühren nicht geeinigt.

21 a) Das Berufungsgericht ist im Ausgangspunkt noch zutreffend davon ausgegangen, dass die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen

Voraussetzungen eines Anspruchs auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung grundsätzlich der Anspruchsteller trägt. Dies gilt auch für eine negative Tatsache wie das Fehlen des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. nur Senatsurteile vom 23. September 2008 - XI ZR 253/07, WM 2008, 2158 Rn. 36 und XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 21, jeweils mwN). Allerdings trifft den Leistungsempfänger eine sekundäre Darlegungslast. Der Anspruchsteller muss daher nur denjenigen Rechtsgrund ausräumen, der sich aus dem Vortrag des Leistungsempfängers ergibt (vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2014 - X ZR 150/11, WM 2014, 2128 Rn. 11, 17 jeweils mwN).

22 b) Das Berufungsgericht hat aber rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast im Hinblick auf das Vorliegen eines rechtlichen Grundes für die Vereinnahmung der Buchungspostenentgelte - hier in Form einer Individualvereinbarung - genügt hat. Das Gegenteil ist der Fall.

23 Individuelle Vertragsabreden sind Vereinbarungen, die im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Sie können auch stillschweigend (vgl. BGH, Urteile vom 1. Juni 1989 - III ZR 219/87, WM 1989, 1011, 1013 und vom 6. Februar 1996 - XI ZR 121/95, WM 1996, 2233, 2234) und nachträglich getroffen werden (BGH, Urteil vom 21. September 2005 - XII ZR 312/02, BGHZ 164, 133, 136). In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Auch wenn der Text unverändert bleibt, kann aber ausnahmsweise eine Individualvereinbarung vorliegen, wenn der andere Teil nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Regelung überzeugt wird und ihr zustimmt (vgl. BGH, Urteile vom 22. November 2012 - VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 Rn. 10 mwN und vom 26. März 2015 - VII ZR 92/14, WM 2015, 867 Rn. 33, für BGHZ bestimmt). Eine

allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt aber nicht (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 56/04, WM 2005, 1188, 1189). Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls, vor allem die intellektuellen Fähigkeiten und die berufliche Position der Verhandlungspartner sowie das Bestehen oder Fehlen eines wirtschaftlichen Machtgefälles (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2015 - VIII ZR 243/13, ZIP 2015, 979 Rn. 55, für BGHZ bestimmt).

24 Nach diesen Maßgaben hat die Beklagte, anders als das Berufungsgericht meint, den Tatbestand einer Individualvereinbarung nicht schlüssig vorgetragen. Die Beklagte hat lediglich vorgebracht, dass "in der Besprechung vom 18.07.2000 erstmals und letztmals über 'Buchungsgebühren' gesprochen wurde und der Kläger gemäß Aktennotiz vom 20.07.2000 damit einverstanden war". Dies genügt den Anforderungen an einen substantiierten Vortrag für das Zustandekommen einer Individualvereinbarung im Sinne des § 305b BGB nicht. Dem Vortrag der Beklagten ist bereits nicht zu entnehmen, ob sie zu einer ernsthaften Verhandlung über die Berechnung der Buchungspostenentgelte überhaupt bereit war und auf welche Weise sie dem Kläger eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt haben will (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14. April 2005 - VII ZR 56/04, WM 2005, 1188, 1189). Aus der Aktennotiz der Beklagten vom 20. Juli 2000 ergibt sich auch kein ausdrückliches Einverständnis des Klägers mit der Berechnung von Buchungsentgelten. Vielmehr geht daraus lediglich hervor, dass es im Hinblick auf die Buchungsgebühren keine Veränderung zur bisherigen Handhabung geben sollte. Da die bis dahin erfolgte Berechnung von Buchungsentgelten nach dem eigenen Vortrag der Beklagten auf der Grundlage ihrer in die Kontoführungsverträge einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgt ist, bietet ihr weiteres Vorbringen keine hinreichende Grundlage dafür, dass dies ab Juli 2000 auf einer Individualvereinbarung beruhen sollte. Dies stünde vor allem auch dazu im Widerspruch, dass sie in der Folgezeit

- wiederum nach ihrem eigenen Vorbringen - die Buchungspostenentgelte auf Grundlage ihrer insoweit geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Zeit zu Zeit erhöht hat.

25 Aufgrund dessen bedarf es keiner Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil weitere Feststellungen durch dieses mangels substantiierten Vorbringens der Beklagten nicht zu erwarten sind. Ein solcher Vortrag wird von der Revisionserwiderung weder in den tatinstanzlich eingereichten Schriftsätzen aufgezeigt noch im Revisionsverfahren dargelegt. Da es aufgrund dessen bereits an einem substantiierten und schlüssigen Vorbringen der Beklagten zum Vorliegen einer Individualvereinbarung als Rechtsgrund für die Berechnung der Buchungspostenentgelte fehlt, bedurfte es auch keines Beweisantritts des Klägers zur Widerlegung einer diesbezüglichen Behauptung.

26 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht des Weiteren die Wirksamkeit der streitigen Klausel bejaht. Diese hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB weder für den Zeitraum vor noch nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) am 31. Oktober 2009 stand. Für die Zeit nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts ist die Klausel darüber hinaus auch bereits wegen Verstoßes gegen (halb-)zwingendes Recht nach § 134 BGB i.V.m. § 675e Abs. 1 und 4, § 675u BGB nichtig.

27 a) Das Berufungsgericht hat allerdings - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - die Klausel zu Recht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle anhand des § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterworfen.

28 aa) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen grundsätzlich weder bloß deklaratorische Klauseln noch

solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen (Senatsurteil vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 12). Weiter kontrollfähig sind Klauseln, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten des Klauselverwenders oder für Tätigkeiten in dessen eigenem Interesse auf den Kunden abwälzen (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16, vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 26, vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 19, vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 10 und vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13 mwN). Dies gilt auch dann, wenn die Entgeltklausel in einem Regelwerk enthalten ist, das - wie hier das Preis- und Leistungsverzeichnis der Beklagten - Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt (Senatsurteile vom 18. Mai 1999 - XI ZR 219/98, BGHZ 141, 380, 383, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13 mwN und vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 9).

29 bb) Die vom Kläger beanstandete Klausel enthält von Rechtsvorschriften abweichende Regelungen in diesem Sinne.

30 (1) Die Klausel ist so auszulegen, dass sie auch Buchungen bepreist, die im Zuge von Bareinzahlungen auf das Konto wie auch Barabhebungen am Schalter sowie im Rahmen der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags anfallen.

31 Der Inhalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann (Senatsurteile vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15 und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 26). Dabei ist ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel zu fragen. Sie ist so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, BGHZ 187, 360 Rn. 29, vom 7. Juni 2011 - XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rn. 21 und vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 16 mwN). Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Die Unklarheitenregel gilt auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr (vgl. BGH, Urteil vom 29. September 1987 - VI ZR 70/87, NJW-RR 1988, 113 f.). Außer Betracht zu bleiben haben Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 16 und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 25).

32 Die vom Kläger beanstandete Klausel ist nach Maßgabe dieser Grundsätze so zu verstehen, dass sie ein Entgelt für sämtliche bei der Führung eines Zahlungskontos anfallenden Buchungen bestimmt. Indem sie sämtliche Buchungen bepreist, beansprucht sie ein Entgelt unter anderem für Buchungen im Zuge von Bareinzahlungen auf ein solches Konto wie auch Barabhebungen am Schalter sowie im Rahmen der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags und Buchungen, mittels derer das Zahlungskonto nach solchen Buchungen wieder auf den sachlich richtigen Stand gebracht wird. Zwar gilt bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen der von der Revisionserwiderung be-

anspruchte Grundsatz, dass sich eine nach ihrem Regelungsbereich nicht zu beanstandende Klausel nach dem realen oder hypothetischen Willen des Verwenders nicht auf völlig atypische Regelungssituationen bezieht, in denen sie als kontrollfähig und nach der Wertung des Gesetzes potentiell als unangemessen zu qualifizieren wäre (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 13 mwN). Indessen geht es hier nicht darum, Ausnahmefälle, auf die die Klausel ersichtlich nicht zugeschnitten ist oder in denen die Berufung auf die Klausel schlechthin treuwidrig wäre, als von ihr nicht erfasst anzusehen. Vielmehr legt ihr Wortlaut die Erstreckung der Klausel auf Buchungen in dem oben genannten Sinne nahe. Soweit der Senat dies bislang nur im Rahmen von Verbraucherverbandsklagen entschieden hat (vgl. Senatsurteile vom 30. November 1993 - XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 256 f., vom 7. Mai 1996 - XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 13 und vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 13), gilt im Geschäftsverkehr der Banken gegenüber Unternehmern nichts anderes. Auch für den durchschnittlichen Unternehmer stellt sich der Geltungsbereich der Buchungspostenklausel so dar, dass sie sämtliche Buchungen in dem oben genannten Sinne erfasst und bepreist. Daran ist entgegen der Auffassung der Revision und einer kritischen Stimme im Schrifttum (Kropf, WuB 2015, 253 f.) bereits deshalb festzuhalten, weil auch der Gesetzgeber jedenfalls für den Fall einer fehlerhaften Ausführung des Zahlungsvorgangs Anlass gesehen hat, insoweit im Hinblick auf Entgelte und Zinsen ausdrücklich einen gesetzlichen Erstattungsanspruch zu normieren.

33 (2) Mit der Bepreisung von Ein- und Auszahlungen am Bankschalter unterliegt die streitige Klausel - jedenfalls für den Zeitraum bis zum Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) am 31. Oktober 2009 - als Preisnebenabrede der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 und 2 BGB, weil die Ein- und Auszahlungen nach den Kategorien des Bürgerlichen Gesetzbuchs entweder einem Darlehen

(§§ 488 ff. BGB) oder einer unregelmäßigen Verwahrung (§ 700 BGB) zuzuordnen sind und sich aus der gesetzlichen Regelung beider Vertragstypen Grundsätze für die Frage der Entgeltlichkeit von Ein- und Auszahlungen entnehmen lassen. Dies hat der Senat für private Girokonten entschieden (vgl. Senatsurteile vom 30. November 1993 - XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 256 ff. und vom 7. Mai 1996 - XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 12 ff.) und gilt für Geschäftsgirokonten gleichermaßen. Auch diese bieten den Kunden die Möglichkeit, jederzeit von Bargeld zu Giralgeld und zurück zu wechseln, und weisen damit eine Darlehens- und Verwahrungsfunktion auf. Dies ist insbesondere bei solchen Kontoinhabern der Fall, die in ihren Geschäften von ihren Kunden Barzahlungen erhalten und diese Einnahmen einmal oder mehrmals am Tag auf ihr Konto einzahlen, um diese zumindest "über Nacht" sicher zu verwahren oder damit ein bestehendes Debet zu vermindern.

34 (3) Ob sich bereits daraus die Kontrollfähigkeit der Buchungspostenklausel auch für die Zeit nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) am 31. Oktober 2009 ergibt, hat der Senat dagegen bislang nicht entschieden (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519) und bedarf auch weiterhin keiner Entscheidung.

35 Die Kontrollfähigkeit ergibt sich jetzt jedenfalls daraus, dass die Beklagte mit der Bepreisung von Buchungen, die bei der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags anfallen, von § 675u Satz 2, § 675y Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB abweicht. Wird ein vom Zahlungsdienstnutzer ausgelöster Zahlungsauftrag fehlerhaft ausgeführt, hat der Zahlungsdienstleister gegen den Zahlungsdienstnutzer im Ergebnis keinen Anspruch auf ein Entgelt (Senatsurteil vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 14 mwN). Bei Ausführung eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs im Sinne des § 675u BGB gilt dies - was mittelbar auch aus § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB hervorgeht - erst recht

(vgl. BeckOK BGB/Schmalenbach, Stand: 1. Februar 2015, § 675z Rn. 2; MünchKommBGB/Casper, 6. Aufl., § 675z Rn. 6; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 675z Rn. 2; Ellenberger in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Aufl., § 675z Rn. 2). Zwar enthält diese Norm keine § 675y Abs. 4 BGB entsprechende Bestimmung; dies beruht aber darauf, dass bei der fehlerhaften Ausführung eines vom Zahler ausgelösten Zahlungsauftrags ein dafür vereinbartes Entgelt (vgl. § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB) zunächst einmal anfällt und es daher einer Anspruchsgrundlage für dessen Rückerstattung bedarf, während bei einem nicht autorisierten Zahlungsvorgang bereits die tatsächlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Entgelts dem Grunde nach fehlen (vgl. § 675j Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Beklagte verlangt dagegen 0,32 €.

36 Außerdem wälzt die Beklagte mittels der vom Kläger beanstandeten Klausel Aufwand zur Erfüllung eigener gesetzlicher Pflichten auf ihre Kunden ab. Die Beklagte hat von Gesetzes wegen in Fällen der fehlerhaften Ausführung eines Zahlungsauftrags wie auch in Fällen eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs das Zahlungskonto wieder auf den sachlich richtigen Stand zu bringen (§ 675y Abs. 1 Satz 2, § 675u Satz 2 BGB). Indem sie für solche Berichtigungsbuchungen, die von Gesetzes wegen unentgeltlich vorzunehmen sind, ein Entgelt verlangt, setzt sie die von ihr formulierte Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB aus.

37 b) Die von der Beklagten verwendete Buchungspostenklausel ist nach Maßgabe des § 307 BGB unwirksam. Für die Zeit nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts ist die Klausel darüber hinaus bereits nach § 134 BGB i.V.m. § 675e Abs. 1 und 4, § 675u BGB nichtig.

38 aa) Für die Zeit bis zum Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) am 31. Oktober 2009 ist die streitgegenständliche Buchungspostenklausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Kläger als Vertragspartner der Beklagten und Klauselverwenderin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

39 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats ist bei einem privaten Girokonto eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Postenpreisklausel nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn sie keine angemessene Freiposten-Regelung enthält. Durch eine allgemeine Postenpreisklausel werden auch Ein- und Auszahlungen bepreist, die indes als Akte zur Begründung oder Erfüllung von Darlehens- oder Verwahrungsverhältnissen zu werten sind, für die nach den gesetzlichen Regelungen des Darlehens und der unregelmäßigen Verwahrung kein Entgelt vorgesehen ist (vgl. Senatsurteile vom 30. November 1993 - XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 257 und vom 7. Mai 1996 - XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 15). Dabei handelt es sich um eine Abweichung von dispositivem Recht, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist, weil das Bürgerliche Gesetzbuch als selbstverständlich davon ausgeht, dass in Bezug auf Bareinzahlungen - was § 270 Abs. 1, § 369 Abs. 1 BGB, Art. 10 Satz 2, Art. 11 Satz 3 der Verordnung (EG) Nr. 974/98 des Rates vom 3. Mai 1998 über die Einführung des Euro (ABl. EG 1998 Nr. L 139 S. 1), § 3 Abs. 1 MünzG, § 14 Abs. 1 Satz 2 BBankG belegen - jede Geldschuld durch Barzahlung des Nennwertbetrags erfüllt werden und der Gläubiger für die Entgegennahme von Bargeld keine gesonderte Vergütung verlangen kann (vgl. Senatsurteile vom 30. November 1993 - XI ZR 80/93, BGHZ 124, 254, 259 f. und vom 7. Mai 1996 - XI ZR 217/95, BGHZ 133, 10, 14 ff.). In Bezug auf Barauszahlungen gilt nichts anders; auch hier gehen das Bürgerliche Gesetzbuch und die Verkehrserwartung als selbstverständlich davon aus, dass ein Schuldner für die Erfüllung seiner Barleistungspflicht nicht eine gesonderte Vergütung

verlangen oder von seiner Schuld einen Betrag für die Auszahlungshandlung absetzen kann (vgl. Senatsurteil vom 30. November 1993, aaO, S. 261). Im Rahmen der nach § 307 Abs. 2 BGB erforderlichen Abwägung kann allerdings nach der Rechtsprechung des Senats eine im Preisaushang enthaltene Freiposten-Regelung dazu führen, dass der Buchungspostenklausel der Makel der unangemessenen Kundenbenachteiligung genommen und sie damit wirksam ist (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1996, aaO, S. 16).

40 (2) Diese Maßgaben gelten für ein Geschäftsgirokonto gleichermaßen. Bei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, ist zwar auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB) und darüber hinaus den Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs angemessen Rechnung zu tragen (BGH, Urteile vom 27. September 1984 - X ZR 12/84, BGHZ 92, 200, 206 und vom 14. Mai 2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rn. 43). Der kaufmännische Rechtsverkehr ist wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und wegen der zumeist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten auf eine stärkere Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen angewiesen als der Letztverbraucher. Innerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs sind auch die branchentypischen Interessen der Vertragschließenden zu berücksichtigen (BGH, Urteile vom 16. Januar 1985 - VIII ZR 153/83, BGHZ 93, 252, 260 f., vom 3. März 1988 - X ZR 54/86, BGHZ 103, 316, 328 f. und vom 14. Mai 2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rn. 43 mwN).

41 Die gesetzlichen Regelungen des Darlehens und der unregelmäßigen Verwahrung wie auch die oben genannten Vorschriften zur Verpflichtung, gesetzliche Zahlungsmittel unentgeltlich annehmen zu müssen, gelten aber auch - zum Teil zwingend - für Geschäftsgirokonten (vgl. Fischer, WuB IV B. § 8

AGBG 1.94). Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung tritt bei einem Geschäftsgirokonto dessen Darlehens- und Verwahrungsfunktion nicht so weit hinter die übrigen Funktionen zurück, dass dies im Rahmen der nach § 307 BGB erforderlichen Abwägung zu vernachlässigen wäre. Ganz im Gegenteil ist der Inhaber eines Geschäftsgirokontos in den Bargeldkreislauf wesentlich stärker eingeschaltet und daher auf die Inanspruchnahme des Kontos als "Kasse" angewiesen als der private Verbraucher, so dass die unangemessene Benachteiligung durch die Buchungspostenklausel eher noch verstärkt zutage tritt (vgl. Drygala, DZWir 1994, 383, 385). Insbesondere Bareinzahlungen sind im Geschäftsverkehr üblich und dienen der sicheren Verwahrung der tagsüber eingenommenen Gelder.

42 bb) Für die Zeit nach Inkrafttreten des Zahlungsdiensterechts (§§ 675c ff. BGB) am 31. Oktober 2009 folgt die Unwirksamkeit der von der Beklagten für ein Geschäftsgirokonto verwendeten Buchungspostenklausel aus deren Verstoß gegen (halb-)zwingendes Recht nach § 134 BGB i.V.m. § 675e Abs. 1 und 4, § 675u BGB. Die Klausel bepreist - was oben im Einzelnen dargelegt worden ist - auch Buchungen, die bei der Ausführung eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs und dessen Berichtigung anfallen, obwohl der Zahlungsdienstleister insoweit nach § 675u BGB keinen Anspruch auf ein Entgelt hat. Von den Vorgaben des § 675u BGB darf indes nach § 675e Abs. 4 BGB nicht zum Nachteil eines Unternehmers als Zahlungsdienstnutzer abgewichen werden. Dies führt - was im Übrigen auch bei einer Individualvereinbarung der Fall wäre - nach § 134 BGB zur Nichtigkeit der Klausel (vgl. BGH, Urteile vom 22. März 1984 - VII ZR 189/83, BGHZ 90, 363, 365 und vom 7. Mai 2009 - III ZR 48/08, BGHZ 180, 372 Rn. 7 f.).

43 Zugleich benachteiligen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Nachteil des Kunden gegen (halb-)zwingendes Recht verstoßen, ihn mit der

Folge ihrer Unwirksamkeit unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB (Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 10 und vom 27. Januar 2015 - XI ZR 174/13, WM 2015, 519 Rn. 17; BGH, Urteil vom 6. Mai 1992 - VIII ZR 129/91, BGHZ 118, 194, 198; Urteil vom 25. September 2002 - VIII ZR 253/99, BGHZ 152, 121, 133; Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rn. 20, 42).

44 c) Ob die Klausel sonst noch gegen (halb-)zwingendes Recht oder gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt, weil der "Preisaushang" einzelne Zahlungsdienste in weiteren Abschnitten gesondert behandelt, ohne klarzustellen, in welchem Verhältnis die dort zur Entgeltlichkeit getroffenen Regelungen zu dem "Preis pro Buchungsposten" stehen, muss der Senat nicht entscheiden.

45 4. Entgegen der Auffassung der Revision hat der Kläger den Rückzahlungsanspruch nicht verwirkt. Es liegen bereits keine besonderen Umstände vor, die die (verspätete) Geltendmachung des Anspruchs als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Allein aus dem Umstand, dass der Kläger nach den Besprechungen im Juli 2000 und im Januar 2007 die Buchungsgebühren nicht mehr beanstandete, konnte die Beklagte bei objektiver Betrachtung nicht entnehmen, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen würde. Davon abgesehen fehlt es auch an Vorbringen der Beklagten dazu, dass sie sich im Vertrauen auf das Verhalten des Klägers in ihren Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihr durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st.Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 6. März 1986 - III ZR 195/84, BGHZ 97, 212, 220 f., vom 20. Oktober 1988 - VII ZR 302/87, BGHZ 105, 290, 298 und vom 23. Januar 2014 - VII ZR 177/13, WM 2014, 905 Rn. 13, jeweils mwN).

III.

46 Das angefochtene Urteil war demnach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO) und die Berufung der Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückweisen.

Ellenberger Grüneberg Maihold

Menges Derstadt

Vorinstanzen:
LG Baden-Baden, Entscheidung vom 27.11.2012 - 3 O 242/11 -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 09.09.2014 - 17 U 339/12 -