



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 790/16

Verkündet am:
5. Juni 2018
Weber
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: _____ ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 BI Cb, § 488 Abs. 1 Satz 2;
UKlaG § 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Die von einer Bank in Darlehensverträgen mit einem variablen Zinssatz verwendeten vorformulierten Klauseln

"Zinsscap-Prämie: ...% Zinssatz p.a. ...% variabel*

*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ...p.a. und höchstens ...p.a.

Die oben angeführte Zinsscap-Prämie ist sofort fällig."

und

"Zinssicherungsgebühr: ...% Zinssatz p.a. ...% variabel*

*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ...p.a. und höchstens ...p.a.

Die oben angeführte Zinsscap-Prämie ist sofort fällig."

sind im Geschäftsverkehr mit Verbrauchern unwirksam.

BGH, Urteil vom 5. Juni 2018 - XI ZR 790/16 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

ECLI:DE:BGH:2018:050618UXIZR790.16.0

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2018 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Pamp sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 1. Dezember 2016 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, ein Verbraucherschutzverein, ist als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Die beklagte Bank verwendet in Vertragsformularen für Darlehen mit einem variablen Zinssatz gegenüber ihren Kunden folgende Klauseln:

"Zinsscap-Prämie: ... % Zinssatz p.a. ... % variabel*

*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ... p.a. und höchstens ... % p.a. Die oben angeführte Zinsscap-Prämie ist sofort fällig."

- 2 sowie

"Zinssicherungsgebühr: ... % Zinssatz p.a. ... % variabel*

*) Bis zum ... beträgt der Zinssatz mindestens ... p.a. und höchstens ... % p.a. Die oben angeführte Zinsscap-Prämie ist sofort fällig."

3 Der Kläger ist der Ansicht, dass die Regelungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB unterliegen und dieser nicht standhalten. Er nimmt die Beklagte gemäß § 1 UKlaG darauf in Anspruch, die Verwendung der Klauseln gegenüber Verbrauchern zu unterlassen. Sein Klageantrag lautet dahin, dass

"die Beklagte es ... zu unterlassen [hat], gegenüber Verbrauchern in Darlehensvertragsangeboten und/oder Darlehensverträgen mit variablem Zins folgende Formularklausel zu verwenden:

Zinsscap-Prämie X %

oder

Zinssicherungsgebühr X %

jeweils mit

Zinssatz p.a. X % variabel*

***) Bis zum XX.XX.XXXX beträgt der Zinssatz mindestens X % p.a. und höchstens X % p.a. Die oben angeführte Zinsscap-Prämie ist sofort fällig."**

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner unter anderem in juris veröffentlichten Entscheidung (OLG Düsseldorf, Urteil vom 1. Dezember 2016 - 6 U 56/16) im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Kläger habe gegen die Beklagte gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. §§ 307 ff. BGB einen Anspruch darauf, es zu unterlassen, die im Klageantrag genannte Klausel bei Darlehensgeschäften mit Verbrauchern zu verwenden.

8 Bei den Bestimmungen über eine "Zinssicherungsgebühr" bzw. "Zinscap-Prämie" handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB.

9 Die im Vertragsformular als "Zinssicherungsgebühr" bzw. "Zinscap-Prämie" bezeichnete Gebühr solle dafür entrichtet werden, dass der Vertrag mit einem Zinscap dergestalt versehen werde, dass der geschuldete variable Zins sich nur innerhalb einer im Vertrag definierten Bandbreite bewege, also zum einen über einen bestimmten Höchstzinssatz nicht hinausgehe, aber auch nicht unter einen bestimmten Zinssatz sinke (Zinsscollar). Da die Beklagte durch die Aufnahme der Gebühr den Vertragsinhalt gestalte, komme dieser ein eigenständiger Regelungsgehalt zu und stelle sie eine vorformulierte Vertragsbedingung dar.

10 Hiergegen spreche nicht, dass die Gebühr in den einzelnen Verträgen unterschiedliche Prozentsätze aufweise. Die Zinssicherungsgebühr sei durch

ihre formularmäßige Aufnahme in die Darlehensangebote für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet bzw. in sonstiger Weise fixiert. Unabhängig davon sei sie schon dann als vorformuliert anzusehen, wenn der Klauselverwender beim Abschluss von Darlehensverträgen regelmäßig ein solches Entgelt in Höhe festgelegter Prozentsätze verlange oder er das Entgelt anhand der Daten des individuellen Darlehensvertrages nach bestimmten Vorgaben errechne und es sodann in den Vertrag einbezogen werde. Dies sei auch hier der Fall, denn die Höhe der Gebühr berechne sich nach Darlegung der Beklagten anhand verschiedener, von ihr allerdings nicht offengelegter Faktoren. Für die Errechnung der Gebühr nach bestimmten Vorgaben spreche auch, dass die Beklagte unstreitig für ihr Sonderkreditprogramm eine Konditionenaufstellung verwende, aus der sich bestimmte Zinscap-Prämien in Abhängigkeit von der Laufzeit des Darlehens ergäben. Wenngleich diese Aufstellung auf die vom Kläger vorgelegten Verträge aus den Jahren 2008 bis 2010 nicht anwendbar gewesen sei, stelle sie ein Indiz dafür dar, dass die Beklagte auch vorher die Konditionen einseitig unter Berücksichtigung der von ihr für wichtig erachteten Faktoren festgelegt habe.

11 Von einer Individualvereinbarung könne auch nicht deswegen ausgegangen werden, weil nach Behauptung der Beklagten für den Kunden vor Abschluss des Darlehensvertrages die Möglichkeit bestanden habe, über die Höhe der Cap-Prämie zu verhandeln und für sich abweichende Konditionen zu erreichen. Ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB bedeute nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mehr als ein bloßes Verhandeln. Der Klauselverwender müsse den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen. Diese Voraussetzungen habe die Beklagte nicht hinreichend dargelegt. Dass nach ihrer Darstellung die Kunden die Möglichkeit ge-

habt hätten, zu verhandeln und abweichende Konditionen zu erreichen, belege, dass die Konditionen von ihr zunächst vorgegeben worden seien. Aufgrund dessen entstehe bei den Kunden der Eindruck, dass diese Gebühr insgesamt nicht zur Disposition stehe und hierdurch ein festes Entgelt für den Zinscap festgesetzt werden solle. Die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dem Kunden erläutert zu haben, dass das Entgelt verhandelbar sei. Sie räume vielmehr selbst ein, dass allenfalls die Höhe verhandelbar gewesen sei, lege aber auch nicht dar, die Höhe der von ihr nach bestimmten Faktoren ermittelten Gebühr gegenüber dem Kunden ernsthaft zur Disposition gestellt zu haben.

12 Als Individualvereinbarung sei die Regelung über die Zinssicherungsgebühr auch nicht deswegen anzusehen, weil die Kunden die Möglichkeit gehabt hätten, sich anstelle des Darlehens mit einem variablen Zins nebst Zinscap für ein Darlehen mit einem festen Zins oder ein solches mit einem variablen Zins ohne Zinscap zu entscheiden. Wähle der Kunde das Darlehen mit einem variablen Zins und Zinscap, verlange die Beklagte regelmäßig die Zinssicherungsgebühr.

13 Die Klausel unterliege der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, weil sie weder eine kontrollfreie Bestimmung über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch ein Entgelt für eine zusätzlich angebotene Sonderleistung der Beklagten enthalte. Vielmehr handele es sich bei der Zinssicherungsgebühr um eine kontrollfähige Preisnebenabrede, weil die Beklagte sich nach der kundenfeindlichsten Auslegung damit keine echte Neben- oder Zusatzleistung für ihre Kunden, sondern auch die Kapitalüberlassung vergüten lasse.

14 Als der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entzogene Preisbestimmung sei beim Darlehen grundsätzlich nur der gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zu zahlende Zins anzusehen. Zins im Rechtssinne sei lediglich die

nach der Laufzeit bemessene, gewinn- und umsatzabhängige Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs des auf Zeit überlassenen Kapitals. Ein zinsähnliches Teilentgelt sei ein zusätzliches Entgelt nur dann, wenn sich das Kreditinstitut die Überlassung des Darlehenskapitals laufzeitabhängig vergüten lasse, weil konstitutives Merkmal für die Einordnung einer Vergütung als derartiges Teilentgelt sei, dass die Vergütung ebenso wie der Zins selbst zugleich laufzeitabhängiges Entgelt für die Gewährung der Möglichkeit zur Nutzung des Kapitals sei.

15 Gemessen daran stelle die streitige Klausel keine Preishauptabrede dar, weil nicht festzustellen sei, dass die Zinssicherungsgebühr ein Entgelt für die vertragliche Hauptleistung im vorgenannten Sinne sei. Nach unbestrittener Darlegung der Beklagten zahle der Kunde die Zinscap-Prämie dafür, dass der variable Zinssatz durch Vereinbarung einer Obergrenze gegen einen unkontrollierten Anstieg abgesichert werde. Die Beklagte verstehe die Zinssicherungsgebühr als echte Zusatzleistung im Darlehensverhältnis. Danach stelle sie kein Entgelt für die Darlehensgewährung und Belassung des Darlehenskapitals dar, sondern eine Vergütung für die Risikobegrenzung bei variablem Zins.

16 Zwar sei die Zinscap-Prämie letztlich auch Teil der Zinskalkulation, denn sie sichere nicht nur den Kunden gegen höhere Zinsen ab, sondern auch die Bank jedenfalls gegen einen Teil möglicher Verluste, sofern der Referenzzinssatz über den vereinbarten Höchstzinssatz steige. Gegen die Einordnung der Prämie als Entgelt für die Gewährung der Möglichkeit zur Kapitalnutzung spreche jedoch der Umstand, dass die Prämie als laufzeitunabhängig ausgestaltet angesehen werden müsse. Die Beklagte habe keine Regelungen im Vertrag vorgesehen, wonach die Zinssicherungsprämie anteilig zu erstatten sei, wenn das Darlehen vorzeitig zurückgezahlt werde. Der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde könne daher die Erhebung dieser Gebühr nur dahingehend

verstehen, dass sie im Falle vorzeitiger Darlehensrückzahlung nicht anteilig erstattet werde, so dass sie bei kundenfeindlichster Auslegung als laufzeitunabhängige Bestimmung anzusehen sei.

17 Die Zinssicherungsgebühr sei auch kein Entgelt für eine echte Sonderleistung der Beklagten. Nach ihrem Wortlaut seien sowohl die Zinssicherungsgebühr als auch die Zinscap-Prämie dahingehend zu verstehen, dass es sich um ein Entgelt für die Sicherung des Zinses bzw. die Begrenzung des Zinssatzes ("Cap" = Deckelung) bei der Vereinbarung eines variablen Zinssatzes handle. Aus Sicht des Durchschnittskunden sei die Begrenzung des Zinssatzes nach unten ("Floor") nicht die Gegenleistung für die Begrenzung des Zinssatzes nach oben. Der Kunde zahle, ausgehend vom Verständnis eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, die Gebühr für die Begrenzung des Zinsrisikos nach oben. Zu einer solchen Begrenzung sei die Bank weder gesetzlich noch aufgrund einer eigenständigen vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet. Entscheide sich der Kunde für einen variablen Zins, trage er das Risiko, dass der Zins sich nach oben hin entwickle und aufgrund der bei solchen Darlehen üblicherweise vereinbarten Zinsanpassungsklauseln zu seinen Lasten angepasst werde. Insoweit sei die dem Kunden gegen eine entsprechende Gebühr versprochene Risikobegrenzung keine Leistung, die der Beklagten dem Kunden gegenüber obliege.

18 Gleichwohl handle es sich bei der Gebühr nicht allein um ein Entgelt für eine nicht geschuldete Sonderleistung. Die Zinssicherungsgebühr sei integraler Bestandteil der Zinskalkulation der Bank. In diesem Rahmen berechne die Beklagte, wie hoch ihr Risiko sei, im Falle des Zinsanstiegs bei Vereinbarung eines Caps auf Zinseinnahmen verzichten zu müssen, und welchen Betrag sie im Sinne einer Einmalzahlung zum Ausgleich dieses Risikos benötige. In diese Berechnung fänden auch die Überlegungen der Bank Eingang, wie sie den

"Floor" bestimme, also welchen Zinssatz der Kunde mindestens zu zahlen habe. Letztlich diene die Zinssicherungsgebühr der Sicherstellung, dass der Kunde insgesamt für die Kapitalüberlassung einen aus Sicht der Bank gewinnbringenden Zins zahle, indem sie den potentiellen Zinsverlust der Bank kompensiere. Damit stelle sich die Gebühr auch als eine Zahlung dar, die für die Überlassung des Kapitals geschuldet sei.

19 Dieses Ergebnis stehe nicht im Widerspruch dazu, dass im Zusammenhang mit der Frage, ob die Klausel kontrollfähig sei, eine laufzeitunabhängige Ausgestaltung angenommen worden sei. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine kontrollfähige Preisabrede vorliege, komme es alleine darauf an, wie der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde die Klausel verstehen könne, nicht aber darauf, wie diese tatsächlich einzuordnen sei. Der Durchschnittskunde könne die Klausel dahin verstehen, dass die Zinscap-Prämie laufzeitunabhängig ausgestaltet sei, was für die Einstufung als Preisnebenabrede ausreiche. Für die Beurteilung der Frage, ob dieser Preisnebenabrede eine echte Sonderleistung zugrunde liege, sei hingegen entscheidend, wofür die erhobene Gebühr tatsächlich gezahlt werde. Die Zinssicherungsgebühr sei laufzeitabhängig, weil sie auch Bestandteil der Zinskalkulation sei und damit nicht ausschließlich für die Begrenzung des Zinssatzes nach oben gezahlt werde, sondern auch für die Überlassung des Kapitals. Deshalb könne sie nicht als echte Sonderleistung gewertet werden.

20 Die hiernach kontrollfähige Zinssicherungsgebühr sei unwirksam, weil sie den Kunden der Beklagten unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Infolge ihrer laufzeitunabhängigen Ausgestaltung weiche die Gebühr von einem wesentlichen Grundsatz der gesetzlichen Regelung des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ab, die ein laufzeitabhängiges Entgelt vorsehe. Hierdurch werde eine unangemessene Benachteiligung der Kunden indiziert. Zu-

dem verstoße die Gebührenregelung, die eine ohne anteilige Rückerstattung ausgestattete Kompensation des potentiellen Zinsverlusts der Beklagten enthalte, gegen § 501 BGB, wonach sich bei vorzeitiger Vertragserfüllung die Gesamtkosten um die laufzeitabhängigen Kosten verminderten.

21 Gründe, die die Klausel bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung gleichwohl als angemessen erscheinen ließen, habe die Beklagte weder dargetan noch seien sie sonst ersichtlich. Der Vorteil für den Kunden, dass der Zins nicht über einen bestimmten Betrag hinaus steigen könne, rechtfertige diese Abweichung nicht. Denn bei vorzeitiger Ablösung des Darlehens trage die Beklagte das Risiko, dass ihr Zinseinnahmen - gemessen am Referenzzinssatz - über die erhaltene Gebühr hinaus entgehen könnten, nicht über die gesamte Vertragslaufzeit. Dass sie gleichwohl die gesamte Gebühr behalten könne, erscheine auch deshalb unangemessen, weil die Beklagte ihrerseits dem Kunden dafür, dass dieser sich mit einer Zinsuntergrenze einverstanden erkläre und dadurch das Risiko trage, bei einem Absinken der Zinsen unter diese Grenze weiterhin den höheren Zinssatz zahlen zu müssen, keine ersichtliche Gegenleistung erbringe.

22 Die Klausel verstoße außerdem gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Kunde werde über die wirtschaftlichen Belastungen durch die Vereinbarung der Zinssicherungsgebühr nicht hinreichend aufgeklärt, weil er nicht erkennen könne, dass bei vorzeitiger Beendigung des Darlehensvertrages keine anteilige Gebührenerstattung erfolge. Auch wenn die Zahlung eines Einmalbetrages gegen eine solche Rückerstattung spreche, könne der Kunde ohne Erläuterung im Vertrag nicht zweifelsfrei erkennen, ob er bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens einen dahingehenden Anspruch habe.

II.

23 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis
stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Der Kläger hat gegen die Be-
klagte einen Anspruch gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG auf Unterlas-
sung der weiteren Verwendung der angegriffenen Klauseln.

24 1. Gegenstand der Unterlassungsklage ist allerdings entgegen der An-
nahme des Berufungsgerichts nicht eine einzelne Klausel. Vielmehr wendet der
Kläger sich gegen zwei verschiedene - von ihrer unterschiedlichen Bezeichnung
abgesehen freilich inhaltlich übereinstimmende - Klauseln.

25 a) Der Klageantrag, den der Senat als prozessuale Erklärung selbst aus-
legen kann (vgl. Senatsurteile vom 27. Mai 2008 - XI ZR 132/07, WM 2008,
1260 Rn. 45 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 387/15, WM 2017, 84 Rn. 6,
jeweils mwN), ist dahin zu verstehen, dass der Kläger der Sache nach zwei - im
einen Fall als "Zinscap-Prämie", im anderen Fall als "Zinssicherungsgebühr"
bezeichnete - Klauseln beanstandet. Dies folgt nicht nur aus der drucktechni-
schen Gestaltung des Klageantrags in der Klageschrift, sondern auch aus der in
der Klagebegründung enthaltenen Bezugnahme auf Vertragsformulare, wonach
die Beklagte zwei - im Übrigen inhaltlich identische - Klauseln verwendet, mit
denen sie eine "Zinscap-Prämie" bzw. eine "Zinssicherungsgebühr" erhebt.

26 b) Die zusammenfassende Wiedergabe beider Klauseln im Klageantrag
steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen. Gemäß §§ 1, 8 Abs. 1 Nr. 1
UKlaG muss in Konkretisierung des allgemeinen Erfordernisses eines bestimm-
ten Antrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) der Wortlaut der beanstandeten Bestim-
mungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Klageantrag genannt wer-
den (vgl. Senatsurteil vom 25. Juli 2017 - XI ZR 260/15, WM 2017, 1744 Rn. 18,
zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Aus der drucktechnischen Gestal-

tung des vorliegenden Klageantrages, bei der die verbindenden Worte "oder" und "jeweils mit" - wie dargestellt - vom Klauseltext abgegrenzt sind, geht hinreichend deutlich hervor, wie die vom Kläger beanstandeten Bestimmungen über die "Zinscap-Prämie" bzw. die "Zinssicherungsgebühr" als solche jeweils lauten.

27 c) Die Klage ist entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat vertretenen Auffassung auch nicht deshalb unzulässig, weil der Klageantrag allgemein auf die Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Klauseln gegenüber Verbrauchern in Darlehensvertragsangeboten und/oder Darlehensverträgen mit variablem Zins gerichtet ist und damit scheinbar auch solche Fälle erfasst, in denen diese Klauseln in bestimmten Regelungszusammenhängen - etwa auf Grund von Formulierungszusätzen oder der Einbeziehung von Ausnahmetatbeständen - nach Auffassung der Revision gemäß §§ 307 ff. BGB wirksam wären. Zwar entspricht es, worauf die Revision abstellt, der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG, dass bei einem über eine konkrete Verletzungshandlung hinaus verallgemeinernd gefassten Klageantrag mögliche Einschränkungen des erstrebten Verbots in den Antrag aufgenommen werden müssen, um erlaubte Verhaltensweisen von dem zu weit gefassten Verbot auszunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 2016 - I ZR 227/14, GRUR 2017, 418 Rn. 34 f.). Solcher Einschränkungen des Klageantrages bedarf es aber vorliegend gemäß §§ 1, 3 UKlaG nicht. Die Revision lässt außer Acht, dass mit der Wiedergabe des Wortlauts der beanstandeten Klauseln im Klageantrag gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG und der Bezugnahme auf konkrete Verträge in der Klagebegründung der Streitgegenstand der Verbandsklage bestimmt wird, der sich aus einer inhaltlich selbständigen Klausel bzw. einem inhaltlich selbständigen Klauselteil in der von dem Antragsgegner konkret verwendeten Fassung und dem dazugehörigen Lebenssachverhalt zusammensetzt (BGH, Urteile vom 25. Juli 2012

- IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 Rn. 9, 12 und vom 25. Juli 2017 - XI ZR 260/15, WM 2017, 1744 Rn. 18). Die Gefahr eines überschießenden Verbots scheidet daher hier aus.

28 2. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den angegriffenen Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt.

29 Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbestimmungen, die der Verwender der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

30 a) Die Bestimmungen über die Erhebung einer Zinscap-Prämie bzw. einer Zinssicherungsgebühr sind, wie auch die Revision im Ausgangspunkt nicht in Abrede stellt, Vertragsbedingungen. Hierunter sind Regelungen zu verstehen, die den Vertragsinhalt bestimmen sollen (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 404/12, BGHZ 200, 362 Rn. 23 f.; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 305 Rn. 4). Die vom Kläger beanstandeten Klauseln sehen die Erhebung einer Zinscap-Prämie bzw. einer Zinssicherungsgebühr bei Darlehensverträgen mit einem variablen Zinssatz vor, bei denen für einen bestimmten Zeitraum neben einer Zinsuntergrenze auch eine Zinsobergrenze vereinbart wird, und gestalten damit den Inhalt der Darlehensverträge.

31 b) Diese Vertragsbedingungen sind auch ungeachtet dessen, dass die Angaben über die Höhe der Zinscap-Prämie bzw. der Zinssicherungsgebühr, des variablen Zinssatzes, der Zinsober- und Zinsuntergrenze sowie der Laufzeit jeweils durch Ausfüllen der betreffenden Leerräume zu ergänzen sind, vorformuliert. Eine Vertragsbedingung ist vorformuliert, wenn sie für die mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert ist. Vorfor-

muliert sind einzufügende Angaben auch dann, wenn sie vom Verwender beim Abschluss bestimmter Verträge regelmäßig verlangt bzw. von ihm anhand der Daten des individuellen Vertrages nach bestimmten Vorgaben errechnet und sodann in den Vertrag einbezogen werden (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 21; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 305 Rn. 8). So liegt der Fall hier. Dem steht, anders als die Revision meint, nicht entgegen, dass die Höhe der Zinscap-Prämie bzw. der Zinssicherungsgebühr in einzelnen Verträgen variiert, da die betreffende Prämie bzw. Gebühr nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts jeweils von der Beklagten nach bestimmten Vorgaben errechnet wird. Auf die vom Berufungsgericht insoweit ergänzend herangezogene Konditionenaufstellung der Beklagten für deren "Sonderkreditprogramm" kommt es deshalb nicht entscheidend an.

32 c) Ohne Erfolg wendet die Revision sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe ein Aushandeln der Höhe der Zinscap-Prämie bzw. der Zinssicherungsgebühr und damit das Vorliegen von Individualvereinbarungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht hinreichend dargelegt.

33 (aa) Nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen dann nicht vor, wenn die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Ein solches Aushandeln erfordert allerdings mehr als ein Verhandeln. Ein Aushandeln kann nur dann angenommen werden, wenn der Verwender den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entspre-

chenden Umstände hat der Verwender darzulegen. Eine nur allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln zu ändern, reicht hierfür nicht aus (vgl. Senatsurteil vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 23 f. mwN).

34 (bb) Gemessen hieran ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Voraussetzungen für das Vorliegen von Individualvereinbarungen nicht hinreichend dargetan hat. Anders als die Revision meint, rechtfertigt das Berufungsvorbringen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 29. Juli 2016 keine andere Betrachtung. Die Beklagte hat dort lediglich vorgetragen, für den Kunden habe vor Abschluss des Darlehensvertrages durchaus die Möglichkeit bestanden, mit dem ihn betreuenden Mitarbeiter der Beklagten über die Höhe der Cap-Prämie zu verhandeln und für sich entsprechende abweichende Konditionen zu erreichen. Gleiches habe selbstverständlich auch für den Darlehenszins gegolten. Ebenso habe es einem Kunden auch frei gestanden, über die Höhe der Zinsober- und Zinsuntergrenze zu verhandeln, nachdem er sich gegen den Abschluss eines Darlehensvertrages mit einem Festzinssatz und für ein Darlehen mit einer variablen Verzinsung, sowie hier wiederum für den Abschluss einer Cap-Vereinbarung entschieden habe. Dass die Beklagte hiernach bereit gewesen sein will, über den konkreten Inhalt einzelner Vertragskonditionen im Einzelfall mit sich reden zu lassen, rechtfertigt indes nicht die Annahme, sie sei bereit gewesen, den Kerngehalt der streitigen Klauseln - die Laufzeitunabhängigkeit der Prämie bzw. Gebühr oder dieses Entgelt als solches - zur Disposition zu stellen bzw. lässt nicht erkennen, auf welche Weise sie ihren Kunden zu diesem Zweck eine Gestaltungsmöglichkeit eingeräumt haben will.

35 3. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, dass die angegriffenen Klauseln gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle unterliegen.

36 a) 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 (Senatsurteile vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 12, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 16 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rn. 22), sowie Bestimmungen, 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 Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (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 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 13, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 24, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, jeweils aaO).

37 b) 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, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 26, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rn. 19 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rn. 23). 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, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, aaO Rn. 16, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, jeweils aaO). Sind mehrere Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar, kommt die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zur Anwendung (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 11, vom 29. Juni 2010 - XI ZR 104/08, BGHZ 186, 96 Rn. 31, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, jeweils aaO). Danach ist die scheinbar kundenfeindlichste Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste, da sie häufig erst die Inhaltskontrolle eröffnet bzw. zu einer unangemessenen Benachteiligung und damit zur Unwirksamkeit führt (Senatsurteile vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, aaO Rn. 35, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, jeweils aaO). Außer Betracht zu bleiben haben dabei solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12 Rn. 25, vom 20. Oktober 2015 - XI ZR 166/14 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, jeweils aaO).

38

c) Nach Maßgabe dieser Grundsätze sind die angegriffenen Klauseln so zu verstehen, dass sie mit der Vereinbarung eines variablen Zinssatzes nebst Festlegung einer Zinsober- und -untergrenze eine Regelung über die Zinshöhe treffen und zugleich in Gestalt der Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ein zusätzliches, laufzeitunabhängiges (Teil-)Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta vorsehen.

- 39 aa) Die streitbefangenen Klauseln bewirken durch die Vereinbarung eines variablen Zinssatzes nebst einer Zinsober- und -untergrenze (sog. Zinscap und Zinsfloor, vgl. Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2012, § 491 Rn. 49; Jahn/Reiner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 114 Rn. 16 f. und 146; Schäfer, ZIP 1986, 1304, 1307; Weiß/Reps, WM 2016, 1865 f.; Winter, DB 1997, 1985), dass sich der Zinssatz nur innerhalb dieses Zinskorridors (sog. Zinscollar, vgl. Jahn/Reiner in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 114 Rn. 19) bewegen kann. In diesem Zusammenwirken zwischen dem variablen Zins einerseits sowie einer Zinsober- und -untergrenze andererseits liegt eine Regelung über die Höhe des als Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta geschuldeten Zinses.
- 40 Durch die Vereinbarung einer Zinsobergrenze schließt der Kunde für sich das Risiko aus, dass der variable Zins während der Vertragslaufzeit die festgelegte Zinsobergrenze übersteigt (vgl. auch BFHE 190, 210, 213), während sich die Bank durch die Vereinbarung einer Zinsuntergrenze gegen das Risiko eines sinkenden, den festgelegten Grenzwert unterschreitenden Markt- bzw. Referenzzinses absichert. Ein für die Vereinbarung einer (isolierten) Zinsobergrenze erhobenes Entgelt dient aus der Sicht eines Durchschnittskunden dazu, der Bank einen Ausgleich für den Fall zu verschaffen, dass der variable Zins die Zinsobergrenze überschreitet und ihr damit Zins(mehr)einnahmen entgehen (vgl. LG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2014 - 22 O 208/12, juris Rn. 99; LG Duisburg, Urteil vom 1. Dezember 2011 - 1 O 124/11, juris Rn. 23).
- 41 Nichts anderes gilt, wenn - wie im Streitfall - neben einem Zinscap auch ein Zinsfloor vereinbart und außerdem innerhalb der vom Verwender als einheitliche Regelung formulierten Bestimmung zugleich ein weiteres Entgelt als "Zinscap-Prämie" bzw. "Zinssicherungsgebühr" erhoben wird. Zwar stehen

Zinscap und Zinsfloor ihrerseits in einem Wechselverhältnis zueinander mit der Folge, dass durch die Vereinbarung der Zinsuntergrenze nicht nur ein für die Zinsobergrenze erhobenes Entgelt reduziert werden, sondern sogar gänzlich entfallen kann (vgl. BFHE 190, 210, 213; Rösler, WM 2000, 1930, 1932; Weiß/Reps, WM 2016, 1865, 1869; Winter, DB 1997, 1985). Ist aber - wie hier - neben dem Zinsfloor ein weiteres Entgelt vorgesehen, dient auch dieses, selbst wenn es nicht als Zinscap-Prämie, sondern nur allgemein als Zinssicherungsgebühr bezeichnet wird, aus der Sicht eines Durchschnittskunden allein dazu, der Bank einen Ausgleich für entgehende Zins(mehr)einnahmen zu verschaffen. Ausgehend von diesem Klauselverständnis stellt die Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ein weiteres (Teil-)Entgelt dar, das der Darlehensnehmer zusammen mit dem Zins als Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta schuldet.

42 bb) Die streitige Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ist nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung laufzeitunabhängig ausgestaltet (aA LG Düsseldorf, Urteil vom 7. November 2014 - 22 O 208/12, juris Rn. 99; Weiß/Reps, WM 2016, 1865, 1869), denn sie ist bei Vertragsschluss sofort fällig, ohne dass in den angegriffenen Klauseln eine anteilige Erstattung im Falle vorzeitiger Vertragsbeendigung vorgesehen ist.

43 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ähnlich einem Disagio Einfluss auf die Höhe des vom Darlehensnehmer geschuldeten Zinses hat (vgl. BFHE 190, 210, 214). Diese Parallele führt nicht dazu, dass sie als laufzeitabhängig ausgestaltetes (Teil-)Entgelt verstanden werden kann. Ein Disagio stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Ausgleich für einen niedrigeren Nominalzins und damit ein zinsähnliches (Teil-)Entgelt in Form einer Einmalzahlung dar, welches bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung anteilig

zu erstatten ist (vgl. Senatsurteile vom 29. Mai 1990 - XI ZR 231/89, BGHZ 111, 287, 289 f., vom 8. Oktober 1996 - XI ZR 283/95, BGHZ 133, 355, 358 und vom 4. April 2000 - XI ZR 200/99, WM 2000, 1243, 1244). Bei diesem Institut handelt es sich auf Grund seiner langjährigen Ausformung in der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs um einen gängigen, feststehenden und inhaltlich klar definierten Begriff, mit dem ein Entgelt im Sinne des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB beschrieben wird. Das ist bei den Begriffen der "Zinscap-Prämie" und "Zinssicherungsgebühr" demgegenüber nicht der Fall.

44 d) Nach Maßgabe dieses Klauselverständnisses unterliegen die angegriffenen Bestimmungen der Inhaltskontrolle, weil sie gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung treffen. Denn sie sehen in Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB in Gestalt der Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ein laufzeitunabhängiges (Teil-)Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta vor. Nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Zins der Preis und damit die Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta (vgl. Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 32 ff. und vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 29, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Zins in diesem Sinne ist aber nur die nach der Laufzeit des Darlehens bemessene gewinn- und umsatzunabhängige Vergütung für die Möglichkeit der Nutzung des auf Zeit überlassenen Kapitals (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, aaO Rn. 43 mwN).

45 4. Der Inhaltskontrolle halten die streitigen Klauseln nicht stand, weil sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen, von denen abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und die Kunden der Beklagten entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

46

Die Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr ist als laufzeitunabhängiges (Teil-)Entgelt für die Überlassung der Darlehensvaluta zu zahlen und weicht damit - wie bereits ausgeführt - vom gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ab. Durch diese Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert (vgl. Senatsurteile vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 Rn. 45, vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 69 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rn. 32). Diese Vermutung ist zwar als widerlegt anzusehen, wenn die Klausel auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung den Kunden gleichwohl nicht unangemessen benachteiligt (vgl. Senatsurteile vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, aaO und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, aaO). Dahingehende Umstände sind aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

47 5. Ob die angegriffenen Klauseln, wie das Berufungsgericht angenommen hat, darüber hinaus auch gegen das Transparenzgebot verstoßen (§ 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 BGB), bedarf hiernach keiner Entscheidung.

Ellenberger

Grüneberg

Pamp

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.02.2016 - 12 O 210/15 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 01.12.2016 - I-6 U 56/16 -