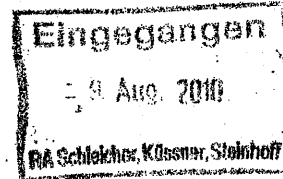


23 U 158/09

2-02 O 51/09 LG Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll und zur Geschäftsstelle gelangt am 04.08.10

Justizfachangestellte



**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

der Commerzbank AG, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, Kaiserplatz,
60311 Frankfurt am Main,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertreten durch den Vorstand,
Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

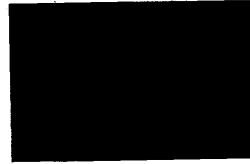
Rechtsanwalt Martin Schleicher, Riphahnstraße 9, 50769 Köln,

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main

durch Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht

Richter am Oberlandesgericht

Richter am Oberlandesgericht



aufgrund der mündlichen Verhandlung

vom 14. Juli 2010

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13. Mai 2009 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main – Az.: 2-02 O 51/09 – insofern abgeändert, als der Klägerin die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Köln entstandenen Mehrkosten auferlegt werden.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:**I.**

Hinsichtlich des Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Zu ergänzen ist, dass die Klägerin zunächst das Landgericht Köln angerufen hatte, das sich mit Beschluss vom 26. Februar 2009 für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Frankfurt am Main verwiesen hatte.

Das Landgericht hat der auf Unterlassung der Verwendung der Klausel über die Gebühren für die Überweisung sowie Erstattung von Kosten gerichteten Klage in vollem Umfang stattgegeben.

Bezüglich der Wirksamkeit der Klausel vertritt das Landgericht die Ansicht, es handele sich nicht um die Gebühr für eine im Interesse des Kunden erfolgende Sonderleistung, vielmehr verlange die Beklagte damit ein Entgelt für eine nur in ihrem Interesse liegende Tätigkeit, nämlich der Bonitätsprüfung vor Ausführung des Auftrags. Dies ergebe sich auch aus der – ursprünglichen – Aufnahme der Klausel unter „Sonderleistungen im Kreditgeschäft“ und dem Umstand, dass die Beklagte Kontenführungspauschalen anbiete, diese Prüfung davon aber nicht erfasst sein solle. Die Leistung liege auch nicht im Interesse des Kunden, da er damit rechnen müsse, dass die Prüfung zu seinem Nachteil erfolge. Ein Vorteil aus der Ausführung des Auftrags – als Alternative zur Nichtdurchführung und der damit weiter bestehenden Forderung des Empfängers der Überweisung – sei nicht zwingend, was sich jedenfalls aus den unterschiedlichen Zinssätzen für den Überziehungskredit einerseits und den Verzug andererseits ergebe. Die Klausel sei weiter nicht unter dem Aspekt zulässig, dass ansonsten die Kosten der Prüfung auf alle Kunden bzw. Kontenarten umgelegt werden müssten.

Die Klausel sei aber auch deshalb unwirksam, da sie überraschend und damit nicht hinreichend transparent sei. Zum einen gehe der Kunde davon aus, dass mit der jeweiligen Kontopauschale alle Kosten abgegolten seien. Zum anderen sei nicht erkennbar, dass es sich bei der Gebühr um (weitere) Kosten für die Inanspruchnahme eines – weitergehenden – Darlehens handele. Dies gelte auch deshalb, weil die besonderen Kosten eines Überziehungskredits durch höhere Zinsen für dieses – im Vergleich zu einem regulären Dispositionskredit – teurere Darlehen ausgeglichen würden. Dabei sei ferner zu

berücksichtigen, dass gerade bei geringfügigen Überziehungen aus der Kombination der Gebühr und den höheren Zinsen Kosten entstehen könnten, die in einem deutlichen Missverhältnis zu der Höhe der Überziehung stünden.

Der Klägerin stehe daneben der Ersatz der für die Abmahnung aufgewendeten Kosten in der geltend gemachten Höhe zu.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Sie begehrt zunächst die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, da das Verfahren unter erheblichen formellen Fehlern leide. Sie rügt dabei, die 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main sei bei der Entscheidung nicht vorschriftsgemäß besetzt gewesen, da Vorsitzender Richter am Landgericht Dr. Kögler als Vertreter mitgewirkt habe, ohne dass erkennbar sei, dass die entsprechenden Voraussetzungen dafür bzw. dessen Zuständigkeit gegeben gewesen seien.

Das Landgericht habe weiter der Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde gelegt, der so nicht vorgetragen worden sei. Insofern habe das Landgericht zu Unrecht einen Tatbestandsberichtigungsantrag zurückgewiesen. Die Beklagte habe nämlich in der ersten Instanz immer deutlich gemacht, dass das Entgelt nicht für die Durchführung einer Bonitätsprüfung, sondern für die Durchführung des konkreten Kundenauftrags, also der Überweisung, verlangt werde. Schließlich habe das Landgericht nicht darauf hingewiesen, dass es annehme, die Klausel bzw. deren Inhalt seien intransparent, was auch die Klägerin nicht vorgetragen habe.

Daneben sei die Entscheidung des Landgerichts materiell unzutreffend, da es sich nicht um eine der Klauselkontrolle unterliegende Regelung handele.

So sei die Klausel nach ihrem maßgeblichen Wortlaut allein darauf gerichtet, eine vom Kunden gewünschte Verfügung über das Konto zu bepreisen; die Durchführung einer Bonitätsprüfung werde davon nicht erfasst und sei nicht beabsichtigt. Auf die Frage, an welcher Stelle des Preisverzeichnisses die Klausel früher erwähnt wurde, komme es nicht an, da Streitgegenstand nur der aktuelle Standort sei.

Dieses Verständnis von der Bedeutung bzw. Reichweite der Klausel habe auch der Kunde, der davon ausgehe, dass es sich bei ihr nur um eine Regelung weiterer Kosten

bei einer nicht genehmigten Überziehung handele. Dies ergebe sich auch aus einem von der Beklagten eingeholten Gutachten eines Marktforschungsinstituts.

In Anbetracht dieses Inhalts der Klausel erfasse sie eine Tätigkeit der Bank, die selbstständig mit Kosten verbunden werden könne, gehe es doch nur um die Durchführung eines Auftrags des Kunden. Diese Tätigkeit, die Freigabe der Überweisung, erfolge auch nicht aufgrund einer gesetzlichen Pflicht, einer vertraglichen Nebenpflicht oder im eigenen Interesse der Beklagten. Letzteres scheidet deshalb aus, weil es nicht um die Prüfung der Bonität des Kunden gehe, sondern allein um den höheren Aufwand, der mit der Freigabe einer Überweisung verbunden sei, durch die es zu einer Überziehung komme. Bei dieser Tätigkeit handele es sich um eine Sonderleistung für den Kunden, da dieser eine Verfügung beabsichtige, für die keine Deckung (mehr) vorhanden sei, die Bank also nicht verpflichtet sei, diese auszuführen. Diese liege allein im Interesse des Kunden, der dieses dadurch deutlich gemacht habe, dass er gerade den Auftrag für die Überweisung erteilt habe. Dabei sei weiter zu berücksichtigen, dass die Folgen der Nichtausführung (zeitliche Verzögerung, Rufschädigung bei dem Vertragspartner) in der Regel gravierender seien als die höheren Zinsen für die Überziehung.

Die Klausel sei daneben nicht intransparent, da sie unmittelbar im Anschluss an die Kosten der Kontoführung genannt werde. Außerdem müsse dem Kunden bewusst sein, dass er nur dann – im Rahmen seines jeweiligen Kontomodells – kostenfrei Überweisungen vornehmen könne, wenn entsprechende Deckung vorhanden sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 13. Mai 2009, Az. 2-02 O 51/09, aufzuheben und den Rechtsstreit an eine andere Kammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückzuverweisen,
hilfsweise: das Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Rechtsverletzung und es rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Der Unterlassungsanspruch besteht bezüglich der hier angegriffenen Klausel, weshalb auch die Kosten der vorgerichtlichen Tätigkeit, deren Höhe nicht angegriffen wurde, zu erstatten sind. Abzuändern ist jedoch die erstinstanzliche Kostenentscheidung im Hinblick auf § 281 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

Ein Verfahrensfehler liegt nicht vor, die von der Beklagten insofern beantragte Zurückverweisung scheidet aus.

Soweit die Beklagte die ordnungsgemäße Besetzung der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main und dabei die Anwendung des Geschäftsverteilungsplans des Landgerichts – vor allem die Handhabung der Vertretungsregeln – rügt, ist diese Rüge unbegründet. Dabei kann dahinstehen, ob Vorsitzender Richter am LG Dr. Kögler tatsächlich der „richtige“ Vertreter des erkrankten Vorsitzenden Richters am LG Jeßberger, des geschäftsplanmäßigen Vorsitzenden der 2. Zivilkammer, war. Fehler bei der Anwendung des Geschäftsverteilungsplans führen, was sich der auch für die Landgerichte geltenden (BGH, Urteil vom 16. Mai 1962, V ZR 155/60, NJW 62, 1396) Wertung des § 22d GVG entnehmen lässt, nur dann zur Anfechtbarkeit der richterlichen Entscheidung, wenn der Fehler auf Willkür beruht (BVerfG, Beschluss vom 18. Dezember 2007, 1 BvR 1273/07, NVwZ-RR 08, 289, 290). Die Entscheidung des Gerichts bzw. die Anwendung des Geschäftsverteilungsplans muss dabei von grober Missachtung des Rechts auf den gesetzlichen Richter geprägt sein bzw. sich als grob fehlerhafte Handhabung des Rechts darstellen (BVerfG, Beschluss vom 3. November 1992, 1 BvR 137/92, NJW 93, 381; Zimmermann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, § 21e GVG, Rn. 66). Dazu trägt die Beklagte hier aber nichts vor, entsprechende Umstände sind auch nicht ersichtlich. Vielmehr ergibt sich, was im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit den Parteien erörtert wurde und dem auch nicht widersprochen wur-

de, aus der Akte (vgl. Bl. 121R d.A.), dass der geschäftsplanmäßige Vorsitzende der Kammer unmittelbar vor dem Termin erkrankte und deshalb Vertretungsbedarf bestand. Dass dann – möglicherweise in einer Eilsituation – Fehler bei der Anwendung des Geschäftsverteilungsplans gemacht wurden, lässt keine Rückschlüsse auf Willkür zu, Entsprechendes wird auch nicht vorgetragen.

Eine Rechtsfehler, der zur Zurückverweisung führt, liegt auch nicht insofern vor, als in dem Verfahren vor dem Landgericht in dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13. Mai 2009 (Bl. 122-123 d.A.) keine Antragstellung enthalten ist. Aufgrund der Beweiskraft des Protokolls (§ 165 ZPO) ist der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen, dass in der ersten Instanz keine Anträge gestellt wurden, da das Protokoll auch nicht erkennbar lückenhaft ist (dazu Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl. (2009), § 165 ZPO, Rn. 3). Dass in der Akte nach dem Protokoll, das mit Bl. 123 endet, die Seite 124 fehlt, ist insofern nicht ausschlaggebend, da das Protokoll selbst nicht den Eindruck der offensichtlichen Unrichtigkeit vermittelt.

Ergeht aber ein Urteil, ohne dass Anträge gestellt wurden, liegt ein Verstoß gegen § 308 ZPO vor, da dann eine Verurteilung nicht zulässig ist (BGH, Urteil vom 12. März 2004, V ZR 37/03, NJW 04, 2019, 2021). Dass die Parteien dies nicht rügen, ist unerheblich, da ein Verstoß gegen § 308 ZPO nicht nach § 295 ZPO heilbar ist und von Amts wegen zu beachten ist (Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. (2010), § 308 ZPO, Rn. 6).

Allerdings ist hier eine Zurückverweisung nicht geboten, da trotz des entsprechenden Antrags der Beklagten die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind. So ist neben dem Vorliegen eines gravierenden Verfahrensmangels, der hier durch die Entscheidung ohne Anträge vorliegt (vgl. Heßler, in: Zöller, § 538 ZPO, Rn. 18), erforderlich, dass daneben noch eine aufwändige/umfangreiche Beweisaufnahme geboten ist. Ohne eine solche Notwendigkeit ist eine Zurückverweisung nicht zulässig (BGH, Urteil vom 17. März 2008, II ZR 313/06, NJW 08, 1672). Hier ist die Sache schon aus Rechtsgründen entscheidungsreif, so dass eine Zurückverweisung nicht geboten ist.

Die zulässige Klage ist auch begründet, die streitgegenständliche Klausel ist unwirksam, woraus sich der Unterlassungsanspruch der Klägerin ergibt (§ 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG).

Bei der streitgegenständlichen Klausel handelt es sich zunächst um eine der AGB-Kontrolle unterliegende Regelung (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB), da keine kontrollfreie Preishauptabrede, sondern die Regelung zu einer Nebenleistung, mithin eine Preisnebenabrede, vorliegt. Die Unterscheidung zwischen beiden ist danach zu treffen, ob es sich um die Bestimmung des Preises der vertraglichen Hauptleistung bzw. eine Klausel über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung handelt, oder ob die Regelung eine Aufwendung für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten des Klauselverwenders oder für Tätigkeiten in dessen eigenem Interesse betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2009, XI ZR 78/08, BKR 09, 345, 347; Nobbe, WM 08, 185, 186, je m.w.N.). Insofern trägt die Beklagte vor, es handele sich um ein Entgelt für die Ausführung einer vom Kunden beauftragten Maßnahme, nämlich der Überweisung ohne entsprechende Deckung, mithin um eine Sonderleistung für den Kunden, deren Preisgestaltung nicht kontrollfähig wäre. Dieser Argumentation schließt sich der Senat nicht an.

So ist zunächst darauf abzustellen, dass für die bloße Durchführung der Überweisung (§§ 675f ff. BGB) gerade kein Entgelt verlangt wird. Dies ergibt sich zum einen aus dem Vortrag der Beklagten selbst, die die Gebühren mit dem Mehraufwand rechtfertigt, den eine solche, über das Limit hinausgehende Überweisung bei ihr verursacht. Dass die eigentliche (technische) Weiterleitung des Geldes besondere Kosten verursacht, wird dagegen nicht vorgetragen. Daneben enthalten aber die einzelnen Gebührenmodelle der Beklagten für Girokonten zum anderen schon eigenständige Regelungen über die Kosten von Überweisungen (vgl. Bl. 68 d.A.), die in der Regel in der Monatspauschale enthalten sind. Aus diesem Grund liegt aus Sicht des Kunden bzw. des Lesers der AGB – unabhängig davon, ob hier die kundenfeindlichste Auslegung gewählt wird oder nicht – eine besondere Gebühr vor, die Tätigkeiten erfassen muss, die gerade nicht mit der bloßen Weiterleitung des Geldes verbunden sind. Soweit die Beklagte dazu vorträgt, die Kunden würden in der Klausel kein Entgelt für eine zusätzliche Bonitätsprüfung sehen (Berufungsbegründung, S. 10, Bl. 169 d.A.), kann dies daher nur teilweise zutreffend sein, da die Kunden, schon aufgrund der jeweiligen Kontostruktur, in der Gebühr nicht die Kosten für die bloße Überweisung sehen werden.

Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der von der Beklagten in der Berufungsinstanz vorgelegten Marktforschungsstudie. Aus dieser folgt nur, dass die befragten Marktteil-

nehmer die Klausel so verstehen, dass ein bestimmter Betrag zu zahlen ist, wenn das Konto überzogen ist bzw. keine ausreichende Deckung vorhanden ist. Wofür dieser Betrag gezahlt wird, also ob dies für die Weiterleitung des Geldes an den Empfänger oder für eine andere Tätigkeit der Beklagten erfolgt, war dagegen nicht Gegenstand der Vorstellungen der Befragten.

Auch der Hinweis der Beklagten, der Streitgegenstand des Verfahrens sei „nur“ der Wortlaut der Klausel, greift insofern nicht durch. Bei der Prüfung von AGB's geht es – wie Cahn in WM 2010, 1197, 1199, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH darstellt – nicht darum, wie der Verwender der Klausel diese bezeichnet, sondern darum, ob ihr, und wenn ja, welche, eine Gegenleistung für den Kunden zugrunde liegt. Andernfalls hätte es der Verwender durch eine geschickte Bezeichnung der Klausel in der Hand, diese zu einer Leistung allein für den Kunden zu erklären und sie dadurch der Kontrolle zu entziehen.

Soweit sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung darauf berufen hatte, mit der Klausel werde nur eine bestimmte Art der Überweisung, nämlich eine solche, der keine ausreichende Deckung zugrunde liegt, bepreist, folgt dem der Senat ebenfalls nicht. Nach dieser Ansicht der Beklagte stehe es ihr frei, bestimmte Arten von Überweisungen jeweils separat zu bepreisen, sodass kein Unterschied bestehe, ob eine beleghafte Überweisung oder eine solche ohne Deckung zu einer gesonderten Vergütung führe, die dann wiederum als Hauptleistungsabrede keiner Inhaltskontrolle unterworfen sei. Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht ausreichend, dass die – eng zu fassende (Kieninger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2007), § 307 BGB, Rn. 12) – Hauptleistungspflicht der Beklagte die Durchführung der Überweisung, mithin der technische Vorgang des Transfers von Buchgeld, ist. Dass es für diese Hauptleistung von Bedeutung ist, ob auf einem Konto eines Kunden eine ausreichende Deckung vorhanden ist, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Im Gegenteil erscheint es dem Senat plausibel, dass es für den bloßen technischen Vorgang des Geldtransfers keinen Unterschied darstellt, ob eigenes Geld des Kunden oder solches der Bank – im Auftrag des Kunden – transferiert wird. Im Vergleich hierzu ist es ohne Weiteres nachvollziehbar, dass für die Verarbeitung einer beleghaften Überweisung im Unterschied zu einer online eingereichten Überweisung ein höherer technischer Aufwand anfällt, der zu entsprechend höheren Kosten führt. Damit bepreist die Beklagte in dem hier relevanten Fall

aber nicht den bloßen Vorgang der Geldweiterleitung, dessen Kosten nicht kontrollfähig wären, sondern eine zusätzliche Leistung, die wiederum eine Nebenpflicht betrifft und als Preisnebenabrede kontrollfähig bleibt.

Handelt es sich damit um eine Gebühr für eine besondere Leistung, lag diese nach dem bisherigen Sach- und Streitstand allein im Interesse der Beklagten, der gegenteilige Vortrag der Beklagten ist nicht überzeugend.

Nach der Behauptung der Beklagten hat sie bei der Freigabe einer Überweisung, die nicht aus dem vorhandenen Guthaben oder dem bereits bewilligten Dispositionskredit gedeckt werden kann, einen besonderen Prüfungsaufwand. Diese Prüfung kann sich aber nur auf die Frage erstrecken, ob seitens des jeweils zuständigen Kundenberaters die Überweisung freigegeben werden kann, nicht aber auf technische Fragen im Rahmen einer Überweisung, also darauf, wie die Überweisung durchgeführt wird. Insofern hat die Beklagte nämlich, wie dargestellt, nicht vorgetragen, dass sich eine solche Überweisung technisch, also bezogen auf die bloße Weiterleitung, von einer Überweisung unterscheidet, für die Deckung vorhanden ist. Auch insofern ist der Vergleich der Beklagten mit der – zulässigen – Gebühr für eine belegte Überweisung im Rahmen eines Girovertrags nicht passend. In einem solchen Fall ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass durch die Verarbeitung des Überweisungsbelegs ein besonderer Aufwand anfällt, der eine Sonderleistung darstellt, die selbstständig bepreisbar ist und von der Beklagten insofern auch berechnet wird (vgl. Kontogebühren Bl. 68 d.A., dort Aktivkonto: 0,89 Euro pro Überweisung). Eine solche Trennung nimmt die Beklagte aber für den hier relevanten Fall nicht vor, vielmehr fällt die Gebühr auch z. B. bei einer Online-Überweisung an, die nach den eigenen Kontenmodellen der Beklagten nicht zu einem vergütungspflichtigen technischen Mehraufwand führt.

Demnach muss der behauptete Aufwand in der Entscheidung liegen, ob die Überweisung überhaupt genehmigt wird. Damit verbunden ist dann auch die Möglichkeit, dass diese Genehmigung abgelehnt wird, was in der Klausel dadurch deutlich wird, dass die Gebühr nur dann anfällt, wenn der Kundenberater die Durchführung des Transfers genehmigt. Damit bepreist aber die Gebühr nicht die Überweisung als solche, sondern den Vorgang der Prüfung, ob die Genehmigung für diese erteilt werden kann. Gegenteiliges hat die Beklagte – trotz entsprechender Nachfrage des Senats in der mündlichen Verhandlung – nicht vorgetragen.

Ausgehend von diesem Ansatz handelt es sich bei dieser Prüfung aber um eine im Interesse der Beklagten liegende Tätigkeit, da Maßstab für die Prüfung nur sein kann, ob die jeweilige Bonität des Kunden die Durchführung der Überweisung rechtfertigt (zu einem ähnlichen Fall vgl. OLG Hamm, Urteil vom 21. September 2009, 31 U 55/09, zit. nach juris, Rn. 33, mit Zustimmung Schnauder, jurisPR-BKR 1/2010, Anm. 4). Dies ergibt sich zunächst daraus, dass ein anderes Kriterium, das die Entscheidung über die Genehmigung determinieren könnte, nicht vorstellbar ist. Durch das Zulassen einer weiteren Überziehung des Kontos (entweder durch tatsächliche Überziehung bei vorher nicht zugesagtem Dispositionskredit oder bei Überschreitung desselben) gewährt die Bank stillschweigend ein Darlehen (BGH, Urteil vom 24. Januar 1985, IX ZR 65/84, NJW85, 1218; Urteil vom 14. April 1992, XI ZR 196/91, NJW 92, 1751, 1752; K. P. Berger, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. (2008), vor § 488 BGB, Rn. 53). Dass die Bank ein solches Darlehen ohne jede Prüfung der Bonität des Kunden vergibt, ist schwer vorstellbar. Daneben ist sie zu einer solchen Prüfung gegebenenfalls auch aufsichtsrechtlich verpflichtet (vgl. Rundschreiben der Bafin 15/2009 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, dort BTO 1.2 u. a. Nr. 3, 4). Diese Prüfung geschieht allein im Interesse der Bank (so auch Nobbe, WM 08, 185, 188), da der Kunde nur an der Durchführung der Überweisung, nicht aber an einer – gegebenenfalls erneuten – Prüfung seiner Kreditwürdigkeit interessiert ist. Der Hinweis der Beklagten, die positive Entscheidung als solche liege bereits im Interesse des Kunden, verkürzt diesen Aspekt, da die Prüfung auch zu dem Ergebnis führen kann, dass im Interesse der Beklagten – im Hinblick auf das Risikoprofil des Kunden und eine deshalb möglicherweise zweifelhafte Bonität – gerade keine Überweisung genehmigt wird.

Soweit die Beklagte betont, es handele sich deshalb um eine – nicht kontrollfähige – Preishauptabrede, weil es um die Zurverfügungstellung eines geduldeten Überziehungskredits gehe und sie für diesen in der Preisgestaltung frei sei, übersieht diese Argumentation, dass sie gerade für solche Darlehen einen höheren als den „normalen“ Dispositionskreditsatz verlangt. Ist damit das höhere Risiko für die Bank bei dieser Art von Darlehen durch den entsprechend höheren Zinssatz abgedeckt, handelt es sich bei dem hier in Rede stehenden Entgelt um eine Gebühr für eine Kreditantragsprüfung, die nicht durch AGB's vereinbart werden kann (vgl. Nobbe, WM 08, 185, 193).

Daneben ist der Hinweis, die Bank prüfe eine Kreditgewährung auch deshalb im Interesse des Kunden, weil sie ihn vor einer Kreditaufnahme „zu nicht höheren als risiko-

adäquaten Zinsen" bewahrt, nicht zielführend. Unabhängig davon, dass die Beklagte nichts zu den für die Entscheidung maßgeblichen Kriterien vorträgt, ist es wenig wahrscheinlich, dass die Bank bei gegebener Bonität des Kunden die Gewährung eines Überziehungsdarlehens verweigert, um eine – weitere – Verschuldung des Kunden in dessen Interesse zu verhindern. Daneben ist auch nicht vorgetragen, dass der jeweilige Sachbearbeiter einen Spielraum bei der Bemessung der Überziehungszinsen hat, er mithin auf das Risikoprofil des jeweiligen Kunden speziell eingehen kann. Ist der Zinssatz für den Überziehungskredit aber festgelegt, kann es bei der Entscheidung nicht darum gehen, den Kunden vor „zu hohen“ Zinsen zu bewahren, da die Entscheidung des Mitarbeiters der Bank nur entweder die Genehmigung oder die Nichtgenehmigung der Überziehung beinhalten kann.

Dass die Prüfung andere Ziele hat bzw. von anderen Kriterien getragen wird, wird von der Beklagten im Übrigen nicht vorgetragen. Insofern ist auffällig, dass die Beklagte über die bloße Darstellung, dass es sich um eine aufwendige Maßnahme handelt, nicht darlegt, was der jeweilige Kundensachbearbeiter eigentlich prüft bzw. welche Handlungen er konkret unternimmt, bevor er eine Überweisung freigibt. Dies wäre hier ohne Weiteres z. B. durch Vorlage entsprechender Organisationsanweisungen o. ä. möglich. Aus diesem Grund ist die Rüge der Beklagten, das Landgericht habe hier die Vernehmung der Zeugin Taege rechtsfehlerhaft unterlassen, nicht haltbar. Die Zeugin soll „zu den Arbeitsvorgängen im Rahmen der Verfügungen und zu der Frage (...) [gehört werden], ob die Beklagte das Entgelt für die Bonitätsprüfung oder für die Auftragsdurchführung erhebt“ (Berufungsbegründung, S. 6, Bl. 165 d.A.). Zu dem erstgenannten Aspekt hat die Beklagte aber – auch in der zweiten Instanz und trotz eines entsprechenden Hinweises des Senats in der mündlichen Verhandlung – keinerlei tatsächlichen Vortrag gehalten, die Beweisaufnahme wäre damit ein Ausforschungsbeweis. Die zweite Frage beinhaltet eine rechtliche Würdigung, zu der die Zeugin nur ihren eigenen Standpunkt angeben kann, der aber im Ergebnis vom Gericht zu entscheiden ist.

Damit erfolgt hier die bepreiste Tätigkeit, nämlich die Prüfung, ob eine Genehmigung der Überweisung erfolgen kann, im Interesse der Bank und sie ist im Übrigen gesetzlich bzw. aufsichtsrechtlich vorgeschrieben, unterfällt also nach den oben dargestellten Kriterien als Preisnebenabrede der Prüfung nach §§ 307ff. BGB, die hier zur Feststellung der Unwirksamkeit führt.

