

Zur rechtliche Wirksamkeit von Negativzinsen

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
und Notar a.D.

I. Vorbemerkung

Die Wirtschaftspresse berichtet üngst wiederholt, Kreditinstitute würden für Einlagen nach Freibeträgen Negativzinsen, Strafzinsen bzw. Verwahrgebühren verlangen. Andere wiederum würden davon absehen. Damit wird der Eindruck erweckt, Es sei eine Frage der jeweiligen Geschäftspolitik von Kreditinstituten, ob man Negativzinsen auf Einlagen verlange oder nicht. Unerörtert bleibt weitgehend, ob bzw. unter welchen rechtlichen Wirksamkeits-Voraussetzungen Negativzinsen überhaupt verlangt werden können. Denn wäre es rechtswirksam nicht möglich, Negativzinsen zu verlangen und würde dies gleichwohl geschehen, würden solche Kreditinstitute sich in nicht unerheblichem Umfang bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen ausgesetzt sehen können.

II. Allgemeiner Diskussionsstand

Nach bisherigem Verständnis i.S. Zinsen wird eine Vergütung an denjenigen bezahlt, der Kapital überlässt, heißt es doch im Volksmund: „Bring Dein Geld aufs Sparbuch, da bekommst Du Zinsen.“¹⁾ Zinsen werden nach einer Laufzeit bemessen und sind i.d.R. gewinn- und umsatzunabhängig.²⁾ Unter „Negativzinsen“ oder „Strafzinsen“ werden dagegen Zinsen verstanden, mit denen Kapital belastet wird. Zinsen sind folglich nicht von demjenigen zu zahlen, der Kapital zur Verwendung empfängt, sondern von demjenigen, der es zur Verwendung zur Verfügung stellt.³⁾ Auch andere Begrifflichkeiten finden sich für diesen Tatbestand: In der Schweiz werden von reichen Sparern „Guthabengebühren“ von 1 % verlangt. War es mithin bisher so, daß „Zinsen“ ein Entgelt für die Überlassung von Kapital bedeutete, wird nunmehr von einigen Banken ein „Negativzins“ bzw. eine „Guthabengebühr“ – teilweise auch „Strafzins“ genannt⁴⁾ – eine „Ge-

1) www.financescout24.de/wissen/ratgeber/strafzinsen vom 05.12.2016

2) *Hingst/Neumann* BKR 2016, 95, 97

3) *Hingst/Neumann* BKR 2016, 95 f.; www.financescout24.de/wissen/ratgeber/strafzinsen vom 05.12.2016

4) www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/negativzins-bayerische... vom 11.08.2016

als Rechtsanwalt in folgenden Rechtsbereichen tätig: Europarecht; privates Baurecht;
Amtshaftungsrecht; Gesellschaftsrecht; Grundstücks- und Immobilienrecht; Kapitalanlagerecht;
Mitarbeiterbeteiligungsrecht; Finanzgerichtsprozesse (incl. BFH); Verfassungsrecht

Sprechstunden nur nach Vereinbarung · Bürostunden Montag bis Freitag 9.00 bis 17.00 Uhr
Hinweis gemäß § 33 BDSG: personenbezogene Daten werden gespeichert / telefonische Auskünfte sind unverbindlich

Bankverbindung:

bühr“ für Einlagen verlangt, teilweise steigend, je höher der Anlagebetrag ausfällt.⁵⁾ Man spricht von „Zinsen dafür zahlen, daß man Geld anlegt und welche kassieren dafür, dass man Geld ausleiht.“⁶⁾

Ziel der Negativzinsen ist es, nicht das Sparen zu belohnen sondern davor abzuschrecken, damit kreditfinanzierte Investitionen an Attraktivität gewinnen. „Überschüssig angespartes Kapital, das seit Jahren keine produktive Verwendung findet, wird in Richtung der Realwirtschaft gelockt. Dieser Marktanzreiz ist der Kernzweck der Negativzinspolitik,“ weshalb im Internet auch in Abrede gestellt wird, Neegative Zinsen als Strafzinsen zu bezeichnen.⁷⁾

Die Europäische Zentralbank (EZB) führte als erste große Zentralbank am 11.06.2014 einen Negativzins von -0,1 % ein, um Bankguthaben der Geschäftsbanken bei der EZB unattraktiv zu machen. Dies deshalb, weil Kreditinstitute dazu bewegt werden sollten, eine erhöhte Kreditvergabe an den Nichtbankensektor vorzunehmen. Inzwischen zahlen Banken selbst 0,4 %, wenn sie überschüssige Einlagen bei der EZB „parken.“⁸⁾ Und inzwischen wird davon gesprochen, dieser Negativzins könne deutsche Banken im Jahr fast EUR 2 Mrd. kosten.⁹⁾

Als erste Bank führte im Oktober 2015 die Alternative Bank Schweiz (ABS) Negativzinsen im Privatkundengeschäft ein. Dies wohl als Folge dessen, daß in der Schweiz Banken, welche Gelder bei der Schweizerischen Nationalbank (SNB) parken, einen Strafzins von 0,75 % von einer Schwelle an bezahlen müssen. Und sollte die SNB diesen Strafzins weiter erhöhen, so haben bereits 35 % der Schweizer Banken angekündigt, Negativzinsen von ihren Kunden zu erheben.¹⁰⁾

Während bisher positive Zinsen zur Geldhortung führten, sollen Negativzinsen genau dies verhindern. Negativzinsen sollen zu Konsum und Investitionen anregen und Sparen unattraktiv machen. Der Zinsaufwand schmälert den Gewinn des Gläubigers, so daß er sich gezwungen sieht, andere Anlageformen (z.B. Sachanlagen wie z.B. Aktien, Immobilien, Edelmetalle etc.) zu wählen, bei denen er einen Zinsertrag realisieren kann. Und indem auch Banken bei ihren Geldanlagen Negativzinsen ausgesetzt sein können, wird für diese zweierlei die Folge sein können:

- Banken werden in andere risikolose Anlageformen wie Staatsanleihen (mit positivem Zins) ausweichen.
- Banken werden dazu übergehen, Negativzinsen auf ihre Kunden zu verlagern.¹¹⁾ Es wird von „Auslagenersatz für Einlagen“ gesprochen.¹²⁾

5) So die Volksbank Niederschlesien lt. www.biallo.de/geldanlage/banken/negativzinsen-bankkonto.p... vom 02.11.2016

6) *Kaiser* in www.manager-magazin.de/politik/europa/negativzins-fuenf-irrtuemer-ueber-minuszinsen-a-1081649.html vom 10.03.2016

7) *Kaiser* in www.manager-magazin.de/politik/europa/negativzins-fuenf-irrtuemer-ueber-minuszinsen-a-1081649.html vom 10.03.2016

8) www.Handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/... vom 10.08.2016

9) FAZ vom 13.04.2017, Seite 27

10) FAZ vom 06.01.2017, Seite 21

11) Lt. www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/sparen-und-geld..... vom 13.10.2016 so auch Volksbank Stendal

12) www.Handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/... vom 10.08.2016

Sparkassen stellen sich derzeit die Frage, ob es für sie wirtschaftlicher sein könnte, hohe Bargeldwerte nicht mehr – wie bisher – bei der EZB einzulagern, sondern statt dessen selbst zu verwahren, um, weil an die EZB keine Negativzinsen mehr zu entrichten sind, solche auch nicht eigenen Geschäftskunden in Rechnung zu stellen. Bezüglich letzterem erregte es Aufsehen, als die Raiffeisenbank Gmund am Tegernsee dazu übergang, Privat- und Firmenkunden für Einlagen über EUR 100.000,- auf Giro- und Tagesgeldkonten Negativzinsen von 0,4 % abzuverlangen.¹³⁾ Der Genossenschaftsverband Bayern (GVB), dem 299 Volks- und Raiffeisenbanken im Freistaat angehören, soll Verständnis dazu geäußert haben. Denn „der extreme geldpolitische Kurs der EZB verursache bei allen Banken erhebliche Kosten.“¹⁴⁾ Im Internet ist nachlesbar, daß auch der bayerische Sparkassenverband, der 71 Institute in Bayern vertritt, Negativzinsen für die Zukunft nicht ausschließen wolle.

In Südbaden gehen lt. Internet immer mehr Banken dazu über, Negativzinsen zu verlangen.

In der jüngeren Wirtschaftspresse ist nachlesbar, daß kleine Banken dazu übergegangen seien, die Reaktion ihrer Kunden auf Negativzinsen zu testen.¹⁵⁾ Ein Forschungsprojekt des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Mannheim im Auftrag der ING-DiBa habe ergeben, daß Sparer Negativzinsen nicht mit Gleichmut gegenüber stünden. Negativzinsen würden von Kunden als kundenschädliche Maßnahme ohne Gegenleistung wahrgenommen, einerlei wie diese von Banken bezeichnet werden. Aufgrund einer Umfrage¹⁶⁾ ließen 54 % der Befragten wissen, daß sie im Falle von Negativzinsen ihr Geld bei einer anderen Bank anlegen würden und ihr altes Konto kündigen würden, wenn Negativzinsen ab dem ersten EUR verlangt würden. Weitere 14 % der Befragten würden ebenfalls ihr Geld bei einer anderen Bank anlegen, allerdings das eigene alte Konto nicht kündigen. Nur 6 % der Befragten würden nichts machen.

längst¹⁷⁾ wurde davon berichtet, daß Negativzinsen auch in Großstädten erhoben werden. So werde erwartet, daß z.B. die Stadtparkasse München¹⁸⁾ und die Hamburger Volksbank¹⁹⁾ schon bald Zinsen auf Einlagen (sog. Negativzinsen) erheben würden und zwar bei Unternehmenskunden oder Privatkunden mit überdurchschnittlich großen Einlagen.

Ab 01.01.2017 führt die Sparkasse Allgäu mit Sitz in Kempten für Geschäftskunden ein sog. Verwahrtgelt ein und zwar oberhalb eines „Freibetrages“ von EUR 250.000,- in Höhe von 0,4 % p.a..²⁰⁾

Bei Sparern, die Negativzinsen bezahlen, soll laut Bundesfinanzministerium keine steuerliche Abzugsfähigkeit dieser Negativzinsen gegeben sein, da es sich dabei nicht um Zinsen sondern um

13) www.Handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/... vom 10.08.2016;
www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/negativzins-bayerische... vom 11.08.2016

14) www.Handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/... vom 10.08.2016

15) FAZ vom 14.12.2016, Seite 25

16) FAZ vom 29.06.2017, Seite 23 u.H.a. eine Internetumfrage des Internetportals Yougov

17) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23

18) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23: Die Stadtparkasse München wolle ab 01.04.2017 von Firmenkunden und institutionellen Anlegern bei Einlagen von mehr als EUR 240.000,- ein sog. Verwahrtgelt von 0,4 % erheben.

19) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23: Die Hamburger Volksbank erwägt, Negativzinsen auf Tagesgeldkonten einzuführen. Dies in Höhe von 0,2 % für Beträge von mehr als EUR 500.000,-.

20) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23

eine Art „Verwahr- oder Einlagegebühr“ handle. Des ungeachtet verlangt aber der Fiskus gleichwohl auf alle Zinserträge 25 % Abgeltungssteuer, die Banken automatisch an das Finanzamt überweisen würden.²¹⁾

Fazit:

Eine „Schuld“ für die Einführung von Negativzinsen wird der EZB zugeschoben. Dabei bleibt Banken und Sparkassen freigestellt, ob sie ihren Geschäftskunden Negativzinsen anlasten. Ob gegenüber eigenen Geschäftskunden Negativzinsen eingeführt werden oder nicht, wird mit jeweils unterschiedlicher Begründung gerechtfertigt oder verneint.²²⁾ Ob das Erheben von Negativzinsen rechtlich unbedenklich ist/wäre, wird in der Öffentlichkeit derzeit kaum diskutiert. Folglich auch nicht, ob dann, wenn dies nicht der Fall wäre, Banken und Sparkassen, die Negativzinsen erheben, Risiken gerichtlicher Auseinandersetzungen mit ungewissem Ausgang ausgesetzt sein können.

Vereinzelte wird thematisiert, Negativzinsen für Verbraucher seien unzulässig.²³⁾ Innerhalb bestehender Verträge seien Negativzinsen gegenüber Verbrauchern unzulässig, so daß sie allenfalls neu vereinbart werden müßten/könnten, z.B. wenn es darum gehe, eigene negative Notenbankzinsen weiter zu geben. Man müsse aber aufpassen, daß keine Irreführung erfolge. Ferner wird berichtet, daß Negativzinsen die Sozialkassen in Schwierigkeiten bringen würden.²⁴⁾ So habe z.B. der Gesundheitsfonds, der die Krankenversicherungsbeiträge an die Krankenkassen verteilt, in 2016 EUR 5,1 Mio. an Negativzinsen an Banken zahlen müssen.

Jüngst wird berichtet, die schweizer Privatbank Julius Bär reiche Strafzinsen an eigene Mitarbeiter weiter.²⁵⁾ Dahinter verbirgt sich: Ein Teil der Strafgebühren, die sie aufgrund selbst geparkter Einlagen an schweizerische Notenbank zahlen müsse, trage die Bank selbst, ein Teil die Kunden und ein Teil die Kundenberater.

In der Wirtschaftspresse wird sinniert, daß das, was scheinbar alle wirtschaftlichen Grundsätze auf den Kopf stelle, normal zu werden scheine, so daß es an der Zeit sei, sich an Negativzinsen zu gewöhnen.²⁶⁾ Dies beantwortet aber noch nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen Negativzinsen rechtswirksam sein können, wenn überhaupt ? Und soweit die Presse in großen Überschriften erklärt, Negativzinsen würden ein flächendeckendes Phänomen,²⁷⁾ wird über die

21) www.focus.de/finanzen/banken/negativzins-so-funktioniert-de... vom 14.04.2016

22) www.zeit.de/wirtschaft/2016-04/sparkasse-neaktivzinsen-etz... vom 28.04.2016; FAZ vom 20.01.2017: Frankfurter Volksbank will weiterhin keine Negativzinsen für ihre Privat- und Firmenkunden einführen, anders jedoch institutionellen Kunden und großen Unternehmenskunden.

23) www.vzbv.de/pressemitteilung/negativzinsen-fuer-verbraucher... vom 18.02.2015

24) www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/negativzinsen-bringen-sozialkassen-in-schwierigkeiten vom 10.01.2017 mit weiteren Beispielen.

25) www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/jukius-baer-privatbank-reicht-negativzinse vom 23.01.2017

26) *Kaiser* in: <http://www.manager-magazin.de/politik/europa/negativzins-fuenf-irrtuemer-ueber-minuszinsen-a-1081649.html> vom 10.03.2016; - Gemäß *Atzler/Holtermann* Handelsblatt vom 06.07.2017, Seite 26 gehen immer mehr (Volks-) Banken dazu über, auf Geldbeträge des Tagesgeldkontos Kontoführungsgebühren ab dem ersten EUR zu verlangen.

27) FAZ 08.02.2017, Seite 23

Entwicklung des Themas Negativzinsen bei Sparkassen,²⁸⁾ Volksbanken²⁹⁾ sowie die unterschiedlichen Bezeichnungen berichtet,³⁰⁾ wobei man mitunter bei Firmen-/Geschäftskunden und Privatkunden unterschiedlich verfährt. Inzwischen gingen Sparkassen dazu über, (auch) Kommunen mit Verwarentgelten zu belasten.³¹⁾

In einer ersten Bilanz der Negativzinsen hat die FAZ auf Entwicklungen bei der Raiffeisenbank Gmund am Tegernsee verwiesen, die als eine der ersten Banken in Deutschland von 2016 an 0,4 % Negativzinsen auch für Privatkunden von EUR 100.000 an eingeführt hatte.³²⁾

- Rd. 1/5 weniger Einlagen auf Giro- und Tagesgeldkonten war die Folge.
- Die Einnahmen aus Negativzinsen waren/sind bescheiden.
- Aber bisher ist es zu keinen Kontoauflösungen gekommen.

Bei anderen Banken, die als erste Negativzinsen eingeführt hatten, sollen reihenweise Kunden davongelaufen sein.³³⁾ Sogar die zweitgrößte Sparkasse (hinter der Hamburger Sparkasse) ist dazu übergegangen, Privatkunden mit Negativzinsen auf größere Einlagen zu belasten,³⁴⁾ was inzwischen die Baden-Württembergische Verbraucherzentrale veranlaßt hat, gegen die Ankündigung der Volksbank Reutlingen per Abmahnung vorzugehen, weil diese Strafzinsen für Erspartes verlangen will; denn diese Ankündigung sei rechtswidrig.³⁵⁾ Andere Kreditinstitute wie z.B. die Kreissparkasse Köln, verschonen Ihre Kunden (vorerst) mit Negativzinsen.³⁶⁾

III. Gerichtsverfahren

Die Frage nach der Rechtswirksamkeit von Negativzinsen wird mit dem zuvor Ausgeführten derzeit nicht eindeutig beantwortet. Deshalb gibt es Banken und Sparkassen, die von Negativzinsen keinen Gebrauch machen, einerlei ob Geschäftskunden oder Privatkunden betreffend, um sich nicht anschließend Gerichtsverfahren ausgesetzt zu sehen. Aber es gibt bereits Gerichtsverfahren,³⁷⁾ ohne daß allerdings bisher Urteile bekannt geworden wären.

Wie der FAZ vom 07.07.2017, Seite 23 zu entnehmen ist, hat die Verbraucherzentrale Baden-Württemberg eine Klage gegen die Volksbank Reutlingen eingereicht, um die Frage der Rechtswirksamkeit von Negativzinsen in einem Musterprozess klären zu lassen. Dies, nachdem strafbewehrte Unterlassungserklärungen nicht abgegeben wurden.³⁸⁾

28) Sparkasse Gießen, Sparkasse Nürnberg, Hamburger Sparkasse (Haspa), Stadtparkasse München; Sparkasse Paderborn-Detmold, Sparkasse Höxter

29) Hamburger Volksbank

30) Negativzinsen, Verwarentgelte

31) Kreissparkasse München-Starnberg-Ebersberg, Sparkassen Allgäu, Augsburg und Miltenberg, Sparkasse Leipzig

32) FAZ vom 09.02.2017, Seite 25

33) FAZ vom 22.03.2017, Seite 23

34) FAZ vom 22.03.2017, Seite 25; FAZ vom 14.06.2017, Seite 22

35) FAZ vom 14.06.2017, Seite 22

36) FAZ vom 22.03.2017, Seite 25

37) FAZ vom 01.04.2017, Seite 29

38) *Atzler / Holtermann* Handelsblatt vom 06.07.2017, Seite 26; FAZ 07.07.2017, Seite 23

IV. Rechtslage

Das Verfolgen einer Geschäftsstrategie ist eine Sache, die Frage nach ihrer rechtlichen Unbedenklichkeit eine andere.³⁹⁾ So wird derzeit diese Frage kaum diskutiert. Und der BGH hat sie bislang nicht entschieden. Erstmals wurde in einer Pressemitteilung der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) vom 18.02.2015 die These vertreten, Negativzinsen für Verbraucher seien rechtlich unzulässig, dies mit folgender Begründung:

- (1) Innerhalb bestehender Sparverträge seien Negativzinsen für Verbraucher unzulässig. Denn eine einseitige Umkehrung der Zinsverpflichtung (Verbraucher überlassen ihrer Bank Geld und zahlen einen Zins) sei unzulässig. So sei z.B. für Sparverträge § 488 BGB anwendbar. Indem Verbraucher Banken oder Sparkassen Geld in Höhe ihrer Einlage überlassen würden, zahle dafür das Kreditinstitut im Gegenzug einen Zins wie in § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Umkehr der Zinsverpflichtung hat mithin eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 BGB zur Folge.

Gehe es dagegen um Sichteinlagen auf Giro- und Tagesgeldkonten, handele es sich um eine unregelmäßige Verwahrung gemäß § 700 BGB, für die allerdings das Darlehensrecht Anwendung finde. Der Verbraucher werde 2 Leistungspflichten ausgesetzt: Die Einlagepflicht und die Zinszahlungspflicht. Die Leistungspflicht der Banken bei Darlehen, Zinsen zu zahlen, werde in eine Leistungspflicht des Verbrauchers umfunktioniert. Dies sei unzulässig,

ABER die Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv) hält negative Einlagezinsen bei Neuverträgen grds. für möglich, wenn dabei eine Zinszahlungspflicht des Kunden explizit vereinbart werde.

- (2) Bei Sparkonten Negativzinsen zu verlangen sei rechtlich irreführend, wenn mit Einlagensicherung geworben werde.

An die Stelle von Negativzinsen könnten neue Gebühren treten. Auch dies eine Behauptung, aber keine rechtliche Begründung.

Es bleibt mithin dabei, daß eine saubere rechtliche Begründung für oder gegen die rechtliche Wirksamkeit von Negativzinsen fehlt.

1. Allgemeine Grundsätze

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde eine Vermutung für eine (positive) Verzinsungspflicht der Einlagenkreditinstitute eingeführt, wonach Banken vom Kunden erbrachte Finanzierungsleistungen dem Kunden zu vergüten haben.⁴⁰⁾ Mit einer Veränderung des Blickwinkels wird inzwischen teilweise das Interesse des Kunden an einer sicheren Verwahrung seiner Gelder in den Vordergrund und an einem Schutz durch ein entsprechendes Einlagensicherungssystem in den Vordergrund geschoben, weshalb die Kreditgewährung des Kunden als echter Verwahrungsvertrag (§ 688 BGB) eingeordnet wird, bei welchem den Bankkunden als Hinterle-

39) *Träger NJW* 2015, 657

40) *Träger NJW* 2015, 657, 658

ger eine Verzinsungspflicht (§ 689 BGB) per Negativzinsen für die Aufbewahrung durch die Bank/Sparkasse trifft.⁴¹⁾ Es kommt zu einer Typenverschmelzung von unregelmäßigem Verwahrungsvertrag (§ 700 Abs. 1 BGB) und Darlehensvertrag (§ 488 BGB).⁴²⁾

Soweit vertreten wird, eine Zinszahlungspflicht unterliege aufgrund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien,⁴³⁾ bedarf diese schlichte Aussage einer Konkretisierung. Erfolgt dies per Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Unternehmen, so gilt auch für diese Rechtsbeziehungen, daß sie durch rechtswirksame Einbeziehung Vertragsinhalt geworden sind⁴⁴⁾ und einer AGB-Inhaltskontrolle standhalten (§ 307 BGB), sofern sie nicht Gegenstand von Individualvereinbarungen geworden sind (§ 305 b BGB).

Das Recht, AGBs zu vereinbaren, ist nicht nur für Rechtsverhältnisse zwischen Unternehmen und Personen/Verbrauchern gegeben, sondern auch für Rechtsverhältnisse zwischen Unternehmen und Unternehmen, weil/wenn der AGB-Verwender die Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig für sich in Anspruch genommen hat.⁴⁵⁾ Für die AGB-Inhaltskontrolle macht es mithin grundsätzlich keinen Unterschied aus, ob dann, wenn Negativzinsen in AGBs des Klauselverwenders enthalten sind, es sich um Verträge mit Privatpersonen oder Unternehmen handelt.

2. Geschäftskunden

In der Presse⁴⁶⁾ wird berichtet, daß die Sparkasse Allgäu mit Sitz in Kempten ab 01.01.2017 von Geschäftskunden oberhalb eines „Freibetrages“ von EUR 250.000,-- künftig eine Verwahrtgelt von 0,4 % p.a. verlangen werde; dies einseitig durch die Aufnahme in Preis- und Leistungsverzeichnis der Sparkasse. Ob dies rechtswirksam ist, ist jedoch fraglich, denn das Einfordern von Negativzinsen von Geschäftskunden setzt nach herkömmlichem Verständnis eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Bank/Sparkasse und Geschäftskunde voraus; eine einseitige Erklärung der Bank/Sparkasse, ab einem bestimmten Stichtag Negativzinsen zu verlangen, reicht nicht.⁴⁷⁾ Dies können auch Allgemeine Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr sein, wenn im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss der Verwender auf sie hinweist und der Vertragspartner ihrer Geltung nicht widerspricht. Die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien betreffend die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen muß ausdrücklich oder stillschweigend sein.⁴⁸⁾

Ist dies zu bejahen, dann sind zwar AGB für das Berechnen von Negativzinsen Vertragsbestandteil geworden, damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob die Inrechnungstellung von Negativzinsen rechtswirksam vereinbart wurde. Denn wenn die Rechtsprechung darin eine unan-

41) *Tröger* NJW 2015, 657, 658; *Erman/Herrmann*, BGB, 13. Aufl. 2011, § 700 Rdn. 1

42) *Gehrlein* in: *Bamberger/Roth*, BGB, BeckOK, (Stand: 01.08.2016), § 700 Rdn. 1; *Hingst/Neumann* BKR 2016, 95, 98

43) *Hingst/Neumann* BKR 2016, 95, 98

44) *Grüneberg/Palandt*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 305 Rdn. 49

45) BGH 20.01.2016 – VIII ZR 26/15, NJW 2016, 1230, Rdn. 24 f. m.w.N.; *Maier-Reimer* NJW 2017, 1, 2

46) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23

47) *Tröger* NJW 2015, 657, 660

48) BGH 12.02.1992 – VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 194; BGH 24.10.2002 – I ZR 104/00, NJW-RR 2003, 754 Rdn. 22; BGH 15.01.2014 – VIII ZR 111/13, NJW 2014, 1296 Rdn. 17

gemessene Benachteiligung desjenigen sehen würde, der bei einem Kreditinstitut Geld einlegt, könnte die Rechtsfolge unabhängig von § 307 BGB die der Unwirksamkeit der Negativzinsregelung sein,⁴⁹⁾ wenn die Negativzinsklausel nicht ernsthaft zur Disposition gestellt worden sei.⁵⁰⁾

a) **Negativzinsen: Inhaltskontrolle oder kontrollfrei ?**

Werden von einem Kreditinstitut Vertragsbedingungen einseitig gestellt und vorformuliert, indem dem anderen Vertragsteil keine freie Entscheidung zusteht, sich darauf einzulassen oder auch nicht, so ist das Kreditinstitut Verwender i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB mit der Folge des § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁵¹⁾ Einer Inhaltskontrolle als Rechtsfolge kann man nur entgehen, wenn die Vertragsbedingungen untereinander frei ausgehandelt worden sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Auch unabhängig vom Thema Negativzinsen wird derzeit im juristischen Fachschrifttum diskutiert, ob Nebenentgelte im Bankgeschäft einer AGB-Kontrolle unterliegen.⁵²⁾ Dies dann, wenn solche Nebenentgelte in Preisverzeichnissen, Formularverträgen oder AGBs eingeführt werden. Allerdings bedarf es dazu vorab der Bestimmung, ob es sich bei Negativzinsregelungen um

- eine Preisabrede handelt, die gemäß §307 Abs.3 Satz1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen ist oder
- kontrollfähige Vergütungsregelung handelt.

Der BGH⁵³⁾ hat sich zu den Unterschieden – wenngleich nicht explizit zu Negativzinsen – wie folgt geäußert:

„a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass §307 Abs.3 Satz1 BGB die Inhaltskontrolle nach §§307 bis 309 BGB auf solche Bestimmungen beschränkt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weder Klauseln, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung regeln, noch solche, die das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen (Senatsurteile vom 14. Oktober 1997 - XIZR 167/96, BGHZ 137, 27, 30, vom 18. Mai 1999 - XIZR 219/98, BGHZ 141, 380, 382 f., vom 30. November 2004 - XIZR 200/03, BGHZ 161, 189, 190 f., vom 21. April 2009 - XIZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16 mwN). Hat die Regelung hingegen kein Entgelt für eine Leistung, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, zum Gegenstand, sondern wälzt der Verwender durch die Bestimmung allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden ab, so ist sie kontrollfähig. Solche (Preis-)Nebenabreden werden durch § 307 Abs.3 Satz1 BGB nicht der AGB-Kontrolle entzogen (vgl. zuletzt Senatsurteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16 und vom 7. Dezember 2010 - XI ZR 3/10, WM 2011, 263 Rn. 26, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 - III ZR 78/10, MDR 2011, 354 f., jeweils mwN).

49) Ähnlich BGH 22.11.2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856 Rdn. 18 und BGH BGH 25.10.2016 – XI ZR 9/15, WM 2017, 80 Rdn. 30 f.

50) BGH 22.10.2015 – VII ZR 58/14, NZBau 2016, 213 Rdn. 26

51) BGH 20.01.2016 – VIII ZR 26/15

52) *Guggenberger BKR* 2017, 1

53) BGH 07.06.2011 – XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rdn. 19

Bei Negativzinsen dürfte letzteres gelten, so daß ihre Regelung in Preisverzeichnissen, AGBs etc. der AGB-Kontrolle nicht entzogen sind,⁵⁴⁾ werden doch in vielen Fällen mittels Negativzinsen wirtschaftliche Belastungen an Kunden weitergereicht, die das Kreditinstitut bei Einlagen seinerseits zu erichten hat. Und die AGB-Kontrolle kann zur Unwirksamkeit vorgegebener Negativzinsen führen, wenn man von folgenden Erwägungen des BGH⁵⁵⁾ ausgeht:

„a) Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass Entgeltklauseln, in denen ein Kreditinstitut einen Vergütungsanspruch für Tätigkeiten normiert, zu deren Erbringung es bereits gesetzlich oder aufgrund einer selbständigen vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet ist oder die es - wie hier - vorwiegend im eigenen Interesse wahrnimmt, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar sind, da nach dem gesetzlichen Leitbild für solche Tätigkeiten ein Entgelt nicht beansprucht werden kann (Senatsurteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 21 mwN). Durch diese Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung der Kunden des Verwenders bereits indiziert (Senatsurteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 21 mwN). Das gilt auch im vorliegenden Fall, in dem die angegriffene Klausel der Beklagten die Möglichkeit einräumt, ihren Darlehensnehmern eine Vergütung für Tätigkeiten abzuverlangen, die das Kreditinstitut nach dispositivem Recht ohne gesondertes Entgelt zu erbringen hätte. Gründe, die die Klausel gleichwohl als nicht unangemessen erscheinen lassen, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

.....

d) Allerdings hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 1. Juni 1989 - III ZR 219/87 (WM 1989, 1011, 1014) in einem Rechtsstreit um die Abrechnung zweier Baudarlehen die von der klagenden Bank geltend gemachte Kontoführungsgebühr beiläufig mit der Begründung zugesprochen, die Gebühr finde ihre Grundlage in den Darlehensbedingungen der Bank und sei vom beklagten Kreditnehmer mit dessen Revision nicht substantiiert angegriffen worden. Falls darin die Auffassung zum Ausdruck kommen sollte, die Gebühr für die Führung eines Darlehenskontos könne AGB-rechtlich wirksam vereinbart werden, hält der infolge geänderter Geschäftsverteilung seit längerem für Darlehenssachen allein zuständige erkennende Senat hieran nicht fest (vgl. § 132 Abs. 3 Satz 2 GVG).“

ABER: seit dem 31.10.2009 gilt § 675 f BGB. Da der vom BGH am 07.06.2011 entschiedene Fall aus einer Zeit *vor* dem 31.10.2009 stammt, mußte sich der BGH nicht mit der Frage befassen, ob und inwieweit seine zuvor zitierten Aussagen zu § 675 f Abs. 4 BGB passen. Es ist daher ungewiss, wie der BGH in Abgrenzung zu seiner Entscheidung vom 07.06.2011 einen Fall entscheiden würde, der aus einer Zeit *nach* dem 31.10.2009 stammen würde.

b) Vorrang der Individualabrede (§ 305 b BGB)

Ist es zwischen den Vertragsparteien zu einer Individualabrede über die Vereinbarung von Negativzinsen gekommen oder auch nicht, so hat diese Vorrang vor einer damit im Widerspruch stehenden AGB. Eine Individualabrede ist dann gegeben, wenn ein individuelles Aushandeln gegeben ist (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB), d.h. wenn ein gesetzesfremder Kerngehalt ernsthaft zur Disposition gestellt worden ist, wobei derzeit streitig ist, ob sich dies auf das Gesamtvertragswerk beziehen muß oder nur auf einzelne Klauseln.⁵⁶⁾

54) BGH 07.06.2011 – XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rdn. 20 f.

55) BGH 07.06.2011 – XI ZR 388/10, BGHZ 190, 66 Rdn. 33, 39; zweifelnd *Guggenberger BKR* 2017, 1, 2

56) *Maier-Reimer NJW* 2017, 1, 3

Möchte mithin eine Bank/Sparkasse für sich i.S. Negativzins Rechtssicherheit schaffen, sollte dieses Thema individualvertraglich geregelt werden, einerlei ob pro oder contra. Dies entweder bei Neuabschluss eines Vertrages oder nach ordentlicher Kündigung des bestehenden Vertrages nebst Neuabschluss. Davor schrecken aber viele Banken/Sparkassen derzeit noch zurück, weil sie dem Interesse an der Pflege der Kundenbeziehungen widerspricht.⁵⁷⁾

c) **Überraschende Klauseln (§ 305 c Abs. 1 BGB)**

Im Geschäftsverkehr mit Banken/Sparkassen entspricht es für Unternehmen und Verbraucher noch immer dem Normalfall der eigenen Vorstellung, daß man für Geldguthaben Zinsen erhält. Auch das Gesetz geht in §§ 488, 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 4. und 5., Abs. 2 BGB davon aus, daß bei der Darlehensgewährung der Darlehensgeber Zinsen erhält. Daß ein Geschäftskunde bzw. Privatkunde für eigene Geldguthaben gemäß AGB Zinsen oder sich anders nennende Vergütungen soll zahlen müssen, kann derzeit überraschende Klausel gemäß § 305 c Abs. 1 BGB sein und damit zu Lasten des AGB-Verwenders unwirksam sein, dies selbst dann, wenn Auslegungszweifel verbleiben (§ 305 c Abs. 2 BGB).

d) **Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB)**

Gesetzliches Leitbild in den §§ 488, 492 Abs. 1 Satz 5 Nr. 2., 4. und 5., Abs. 2, § 493 BGB geht davon aus, daß der Darlehensnehmer für die Inanspruchnahme von Darlehen Zinsen zu zahlen hat. Daß jedoch derjenige, der Geld „einlegt“, Zinsen bzw. eine sich anders nennende Vergütung zu zahlen hat, kann als Abweichung vom gesetzlichen Leitbild verstanden werden und daher nach einer richterlichen Inhaltskontrolle unwirksam sein (§ 307 BGB),⁵⁸⁾ weil es keine Vergütung für Aufwendungen wäre, die nachweisbar im konkreten Einzelfall entstanden sind,⁵⁹⁾ dient doch der Negativzins

- der Weiterreichung eines von der Bank/Sparkasse selbst veranlassten Negativzinseszinses bzw.
- einer geschäftspolitischen Entscheidung, z. B. überlassene Gelder bei der EZB angelegt zu haben, die dafür Negativzinsen verlangt und diese eigene Belastung wirtschaftlich zu minimieren.

Dies auch gegenüber Unternehmen als Geschäftskunden.⁶⁰⁾

e) **Einführung von Negativzinsen als Ausübung von „billigem Ermessen“ (§ 315 BGB) ?**

Wenn in AGBs von Banken/Sparkassen geregelt ist, diese hätten ein Leistungsbestimmungsrecht, so stellt sich die Frage, ob die Bestimmung von Negativzinsen für Einlagen dem billigen Ermessen im Hinblick auf § 315 BGB entspricht. Dies wird im iuristischen Fachschrifttum verneint.

57) *Tröger* NJW 2015, 657, 660

58) Ähnlich BGH 22.09.2016 – III ZR 264/15, ZIP 2016, 2224 Rdn. 15 f. zu einer sog. „Administrationsgebühr“

59) BGH 22.09.2016 – III ZR 264/15, ZIP 2016, 2224 Rdn. 17

60) Palandt/*Grüneberg*, Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 307 Rdn. 38 - 39

„Der durch die Erhebung negativer Zinsen im Einlagengeschäft bewirkte Wechsel von Darlehen bzw. unregelmäßiger Verwahrung zur regelmäßigen Verwahrung bzw. einem Typenmischvertrag sui Generis kann auch deshalb nicht im Rahmen von Leistungsbestimmungsrechten iSd § 315 BGB bewirkt werden.“⁶¹⁾

Denn die Erhebung von Negativzinsen betrifft keine Leistungsanpassung, sondern einen ökonomischen Paradigmenwechsel. *Tröger* weist zutreffend darauf hin, daß

„durch negative Zinsen auf Einlagen soll nicht das Liquiditätsangebot der Bankkunden, sondern die gänzlich anders gelagerte Leistung (Verwahrung) der liquiditätsnehmenden Bank vergütet werden.“⁶²⁾

f) Vertragsanpassung als Folge der Veränderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB) ?

Haben Umstände sich schwer verändert, die zu einer Änderung oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage geführt haben, so kann eine Vertragsanpassung verlangt werden (§ 313 Abs. 1 BGB). Kann dieser rechtliche Ansatz dazu führen, seitens Banken/Sparkassen Negativzinsen von Geschäftskunden zu verlangen. Was aber wären solche schwerwiegenden Veränderungen ?

Fraglich und damit rechtlich ungeklärt ist, ob die Einführung von Negativzinsen durch die EZB dazu zählen.⁶³⁾ Es wird vertreten, daß eventuelle Schwierigkeiten der Bank, vorhandene – von Kunden zur Verfügung gestellte - Liquidität im Aktivgeschäft profitabel zu investieren, grundsätzlich in die Risikosphäre der Bank falle und daher dieser keine Vertragsanpassung i.S. Negativzins per AGB gegenüber eigenen Geschäftskunden nur deshalb gestatte,⁶⁴⁾ weil die Bank/Sparkasse ihrerseits wegen Geldanlage bei der EZB Negativzinsen bezahlen müsse.

g) Sonderproblem: Sind Negativzinsen auf Kundeneinlagen bei Sparkassen zulässig ?

Hinter dieser Frage verbirgt sich folgendes von *Binder/Hellstern*⁶⁵⁾ aufbereitetes Problem: So heißt es z.B. in Art. 2 Abs. 1 des Sparkassengesetzes für Bayern:

„(1) ¹ Die Sparkassen haben nach näherer Regelung der Sparkassenordnung ³¹ (Art. 20) der Bevölkerung Gelegenheit zur sicheren und verzinslichen Anlegung von Ersparnissen und anderen Geldern zu geben sowie dem örtlichen Kreditbedürfnis, insbesondere der Bevölkerungsschichten, aus denen die Spareinlagen stammen, zu dienen. ² Sie haben durch geeignete Einrichtungen den Sparsinn der Bevölkerung zu pflegen und den bargeldlosen Zahlungsverkehr in jeder Weise zu fördern.“

61) *Tröger* NJW 2015, 657, 659

62) *Tröger* NJW 2015, 657, 659

63) *Tröger* NJW 2015, 657, 660

64) BGH 17.02.2004 – XI ZR 140/03, BGHZ 158, 149, 158; *Tröger* NJW 2015, 657, 660

65) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1309

Wenn also Sparkassen gesetzlich zur Bereitstellung von Möglichkeiten zur Ersparnisbildung verpflichtet sind (Gemeinwohlbezogenheit), würde dieser Gesetzeszweck verfehlt, wenn eine Sparkasse die Ersparnisbildung mit Negativzinsen oder einer Gebühr sui generis versehen würde. In der Realität jedoch scheinen Sparkassen von der Zulässigkeit der Weitergabe von Negativzinsen auszugehen.⁶⁶⁾ Dies wohl deshalb, weil die Sparkassen-Gesetze der Länder nicht ausdrücklich regeln, ob Sparkassen Negativzinsen an eigene Geschäftskunden weitergeben dürfen und man von einer weitgehenden Gleichstellung mit sonstigen Instituten z.B. in Sachen Gewinnerzielung ausgeht, wie z.B. Regelungen in § 4 SparkO BY zu entnehmen ist.⁶⁷⁾

Da das zuvor Ausgeführte in den einzelnen Sparkassen-Gesetzen und Sparkassenordnungen der Länder unterschiedlich geregelt sind, läßt sich allgemein keine rechtlich sichere Aussage darüber treffen, ob Sparkassen an Geschäftskunden Negativzinsen weiterberechnen dürfen. Dabei bildet zudem Bayern einen Sonderfall, weil dort die Verpflichtung zum Angebot verzinslicher Sparmöglichkeiten gesetzlich ausdrücklich geregelt ist.⁶⁸⁾ Gleichwohl wird auch für Bayern vertreten, daß die Weitergabe von Negativzinsen möglich sein müsse.⁶⁹⁾

Im Fachschrifttum wird vertreten, daß der öffentlichrechtliche Auftrag der Sparkassen keine Verbot der Weitergabe von Negativzinsen an Privat- und Geschäftseinleger zum Gegenstand hat.⁷⁰⁾

Dem scheint man dadurch aus dem Wege gehen zu wollen, daß z.B. die Sparkasse Allgäu in Kempten ab 01.01.2017 ein sog. Verwahrtgelt eingeführt hat, dies mit der Begründung, daß man ein solches einfach und einseitig in's Preis- und Leistungsverzeichnis der Sparkasse aufnehmen könne.⁷¹⁾ Die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit solcher Entgelte wird nicht thematisiert.

V. Ergebnis und verbleibende offene Fragen

Ob Negativzinsen erhoben werden, wird derzeit unterschiedlich gehandhabt.

- Soweit von Privatkunden oder Geschäftskunden für Geldeinlagen Vergütungen verlangt werden, werden unterschiedliche Begrifflichkeiten und unterschiedliche Begründungen bemüht.
- Ob und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um Negativzinsen rechtswirksam gestaltet werden können, wird kaum diskutiert, kaum in der Wirtschaftspresse⁷²⁾ und kaum im Fachschrifttum.⁷³⁾

Man muß unterscheiden zwischen den Fragen

66) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1309 f.

67) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1310 - 1312

68) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1313, 1315 f.

69) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1313, 1315 f.

70) *Binder/Hellstern* ZIP 2015, 1313, 1316

71) FAZ vom 28.12.2016, Seite 23

72) FAZ vom 01.04.2017, Seite 29

73) *Binder/Ettensberger* WM 2015, 2069

- ob Negativzinsen überhaupt vereinbart werden können und
- welche Wirksamkeitsanforderungen beachtet werden müssen.

Ob der Begriff „Zinsen“ auch den von „Negativ-Zinsen“ mit umfaßt und ob es sich bei Negativzinsen überhaupt um Zinsen im Rechtssinne handelt, ist derzeit nicht gesichert.⁷⁴⁾ Dies nicht nur bei Altverträgen sondern auch betreffend die aktuelle Rechtslage. Insoweit bestehen mithin Wirksamkeitsrisiken.

- (1) Im Rahmen bestehender Einlagenverträge können seitens der Bank/Sparkasse **nicht einseitig** Negativzinsen erhoben werden. Auch eine extensive Auslegung von AGBs geben dies nicht her.
- (2) In AGBs und Formularverträgen geregelte Negativzinsen – auch wenn mit anderer Bezeichnung – unterliegen einer **Inhaltskontrolle** und verstoßen gegen das gesetzliche Leitbild, da das Gesetz eine Vergütungspflicht des Einlegers nicht kennt. Erfolgt solches vorwiegend im eigenen Interesse des Kreditinstitutes, so ist dies mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar, da nach dem gesetzlichen Leitbild für solche Tätigkeiten ein Entgelt nicht beansprucht werden kann.⁷⁵⁾ Durch diese Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung der Kunden des Verwenders bereits indiziert.
- (3) Banken/Sparkassen bedürfen mithin i.S. Negativzinsen einer **individualvertraglichen** Vereinbarung mit Geschäftskunden oder Verbrauchern, um diesen gegenüber Negativzinsen berechnen zu können. Nur damit können sie Unsicherheiten aus dem Wege gehen, die bestehen, wenn es um die Klärung der Frage geht, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen **formularvertragliche** Vereinbarungen – z.B. per AGB – i.S. Negativzinsen wirksam bzw. unwirksam sein können.
- (4) Unsicherheiten der zivilrechtlichen Wirksamkeit von Negativzinsen können dadurch minimiert werden, daß das Thema Negativzinsen gesetzlich geregelt wird, um damit dem Einwand des Widerspruches gegen das gesetzliche Leitbild zu begegnen.

Negativzinsen, soweit sie wirksam vereinbart werden können, können sowohl im Rahmen eines Darlehensvertrages (§ 488 BGB) als auch im Rahmen eines unregelmäßigen Verwahrungsvertrages (§ 700 BGB) vereinbart werden.

74) Bejahend: *Hingst/Neumann* BKR 2016, 95, 101

75) BGH 21. 04. 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 21 mwN