

OLG Düsseldorf
Urteil vom 01.12.2016
Az.: I-6 U 56/16

Tenor

Auf die Berufung des Klägers wird das am 24.02.2016 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an einem der Vorstandsmitglieder, zu unterlassen, gegenüber Verbrauchern in Darlehnsvertragsangeboten und/oder Darlehnsverträgen mit variablem Zins folgende Formulklausel zu verwenden:

Zinscap-Prämie X %
oder
Zinssicherungsgebühr X %
jeweils mit
Zinssatz p.a.X % variabel*

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

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger, ein in die Liste der qualifizierten Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverband, wendet sich gegen die formularmäßige Vereinbarung einer Zinscap-Prämie bzw. einer Zinssicherungsgebühr.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat dies damit begründet, dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 BGB nicht zu, da nicht ersichtlich sei, dass die Beklagte eine Allgemeine Geschäftsbedingung verwende, die gegen das Transparenzgebot verstoße.

Es sei schon zweifelhaft, ob die Beklagte eine Allgemeine Geschäftsbedingung verwende. Ausweislich der vorgelegten Verträge sei nicht ersichtlich, dass die Beklagte die Zinscap-Prämie formularmäßig bestimme. Angegriffen würden nicht

bestimmte Beträge für einen variablen Zinssatz. Aus den vorgelegten Verträgen bzw. Darlehensangeboten ergebe sich eine formularmäßige Verwendung der angegriffenen "Klausel" nicht. Die in den Verträgen bestimmten Zinscap-Prämien bzw. der Zinssatz unterschieden sich, was für eine Vereinbarung im Einzelfall spreche.

Selbst wenn der Anwendungsbereich von § 307 Abs.1 S. 2 BGB eröffnet sei, könne eine Intransparenz nicht festgestellt werden. Die von dem Kläger vorgelegten Verträge ließen unzweifelhaft erkennen, dass eine Zinscap-Prämie bzw. Zinssicherungsgebühr für einen variablen Zinssatz, d.h. einen Zinssatz, der sowohl nach oben als auch nach unten begrenzt sei, verlangt werde. Soweit der Kläger die fehlende Transparenz aus dem Zusammenspiel mit der Zinsanpassungsklausel herleiten wolle, sei dies nicht möglich. Diese selbst sei nicht streitgegenständlich. Auch ein irgendwie geartetes Zusammenspiel sei dem Klageantrag nicht zu entnehmen. Die optische Darstellung führe nicht zur Intransparenz. Die Vertragsgestaltung lasse ausweislich der vorgelegten Verträge erkennen, wofür die Sicherungsgebühr anfalle. Davon unabhängig regle die Zinsanpassungsklausel die Art und Weise, wie der variable Zinssatz ermittelt werde.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung, mit der er die Klageanträge erster Instanz weiter verfolgt.

Der Kläger ist der Ansicht, es sei im Berufungsverfahren von seinem Vorbringen auszugehen, dass es sich bei den streitgegenständlichen Formulierungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle, weil das Landgericht lediglich erkennen lasse, dass es Bedenken gegen die Annahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen im konkreten Fall habe.

Es handle sich bei der streitgegenständlichen Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Es sei nicht notwendig, dass die Klausel wortgleich im PreisLeistungsverzeichnis oder einem Preisverzeichnis der Beklagten Erwähnung finde. Nach der Rechtsprechung des BGH sei eine Bestimmung über ein Bearbeitungsentgelt in einem Darlehensvertrag auch dann vorformuliert, wenn das Bearbeitungsentgelt nicht in bestimmter Höhe in einem Preisaushang oder in einem PreisLeistungsverzeichnis ausgewiesen sei. Zudem spreche auch eine Vermutung für die Vereinbarung der Zinssicherungsgebühr als Allgemeine Geschäftsbedingung. Die Beklagte habe auch zu keinem Zeitpunkt behauptet, dass sie die Zinsgebühr mit ihren Darlehensnehmern individuell aushandele.

Entscheidend sei, dass die Beklagte die klägerischen Ausführungen zur Frage der Verbraucherdarlehen nicht bestritten habe. Die streitgegenständlichen Formulierungen zur Zinscapprämienklausel fänden bis zum heutigen Tag in Verbraucherdarlehensverträgen der Berufungsbeklagten Verwendung. Zudem habe er für diese Behauptung Unterlagen vorgelegt und Zeugenbeweis angeboten. Auf die Frage welche Zinsanpassungsklausel in welchen Verträgen verwandt worden sei, sei es offensichtlich nicht angekommen.

Das Landgericht habe es unterlassen, die Zinscapprämie rechtlich einzuordnen. Die Beklagte habe anfänglich statt einer Zinscapprämie eine Kreditbearbeitungsgebühr berechnet. Deswegen sei die Annahme, dass die Zinscapgebühr eine verkappte

Kreditbearbeitungsgebühr sei, nicht fernliegend. Ausweislich eines Urteils des Landgerichts Düsseldorf sei eine Zinscapprämie eine laufzeitbezogene Zinszahlung.

Die Zinscapprämie verstoße gegen das Transparenzgebot. Die Begriffe "Zinssicherungsgebühr" bzw. "Zinscapgebühr" würden vom potentiellen Darlehensnehmern lediglich im positiven Sinne so verstanden, dass er eine Prämie für die Gewährung eines Vorteils, nämlich die Begrenzung eines zukünftigen Zinsanstiegs nach oben über eine bestimmte Grenze hinaus bezahle. Für ihn sei die gegenläufige Wette (Zinsfloor/untere Zinsgrenze) nicht wahrnehmbar. Banktechnisch handele es sich um einen Zinscollar. Dem Kunden sei nicht ersichtlich, dass er sich insoweit zu Gunsten der Beklagten verpflichte, ohne dass er dafür eine Gegenleistung erhalte.

Aus der Zinscapprämienklausel gehe auch nicht hervor, in welcher Art und Weise sich der variable Zins innerhalb des Zinscollars bewege. Es fehle jeder klarstellende Hinweis, wo der Darlehensnehmer nachlesen oder überprüfen könne, ob die Beklagte vom zutreffenden variablen Zinssatz ausgehe. Die Zinscapprämienklausel müsse aber aus sich heraus verständlich sein.

Auch lasse die streitgegenständliche Formulierung den Darlehensnehmer vor allem im Unklaren darüber, ob er bei einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung wenigstens anteilmäßig seine Zinscapprämie zurückerhalte. Handele es sich aber um eine laufzeitbezogene Zinszahlung, sei bei einer vorzeitigen Tilgung des Darlehens eine anteilige Rückerstattung der Prämie durch die Beklagte vorzunehmen. Dem durchschnittlichen Klauseladressaten werde nicht verdeutlicht, dass er ein Recht auf teilweise Rückerstattung der Prämie habe.

Dem Klauseladressaten werde auch nicht klar, wo die Höhe des variablen Zinssatzes in den Grenzen des oberen und unteren Zinssatzes zu Beginn liege und wie weit beide Grenzen auseinander lägen. Kein Klauseladressat sei in der Lage, die Angemessenheit der Prämie zu überprüfen. Ihm müssten aber zumindest die grundsätzlichen wertbildenden Faktoren zugänglich gemacht werden, damit er über sein eigenes Risiko Überlegungen anstellen könne.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an einem der Vorstandsmitglieder, zu unterlassen,

gegenüber Verbrauchern

in Darlehensvertragsangeboten und/oder Darlehensverträgen mit variablem Zins folgende Formulklausel zu verwenden:

Zinscap-Prämie X %

oder

Zinssicherungsgebühr X %

jeweils mit

Zinssatz p.a. X % variabel*

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

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffenderweise Zweifel daran geäußert, ob es sich bei der streitgegenständlichen Vereinbarung um eine AGB-Klausel handle. Für die jeweiligen Kunden habe im Rahmen der Verhandlungen vor Abschluss des Darlehensvertrags die Möglichkeit bestanden, über die Höhe der Zinscapprämie zu verhandeln ebenso wie über den Darlehenszins, dessen anfängliche Höhe und die Höhe der Zinsober- und Zinsuntergrenze.

Selbst wenn es sich um eine AGB-Klausel handle, wäre diese hinreichend transparent. Zwar möge sie, die Beklagte, in der Vergangenheit die hier streitgegenständliche Zinscap-Gebühr als Bearbeitungsgebühr bezeichnet haben. In den Verträgen habe sich aber auch immer der Zusatz dahingehend befunden, dass es sich bei der Bearbeitungsgebühr um eine sofort fällige Zinssicherungsgebühr handle. Dass es sich bei der Zinscap-Gebühr nicht um eine verkappte Kreditbearbeitungsgebühr handle, ergebe sich zudem aus dem klägerischen Vortrag selbst. Es sei nämlich unstrittig, dass der jeweilige Kunde die Gebühr zahle, damit sein variabler Zinssatz des Darlehens durch Vereinbarung einer Zinsobergrenze gegen einen unkontrollierten Anstieg abgesichert werde. Dies stelle eine echte Zusatzleistung im Darlehensverhältnis dar, für welche sie, die Beklagte, ohne weiteres ein entsprechendes Entgelt verlangen dürfe.

Der Begriff sei auch nicht irreführend. Aus der Formulierung der streitgegenständlichen Darlehensverträge sei ohne weiteres ersichtlich, dass es neben einer Zinsobergrenze auch eine Zinsuntergrenze gebe.

Aus der Zahlung der Zinscap-Gebühr für die Zinsobergrenze und die vermeintliche Nichtzahlung einer Gebühr für die Untergrenze ergebe sich auch kein grobes Ungleichgewicht im Vertragsgefüge, welches zu einer Intransparenz führe. Die vereinbarte Zinsobergrenze sei durch die jeweils zu leistende Zinssicherungsgebühr abgegolten. Die Vereinbarung einer Zinsuntergrenze sei nicht als Leistung des Kunden an sie, die Beklagte, oder als für die Preisfindung der Zinssicherungsgebühr relevanter Faktor zu werten, da sie tatsächlich keine Zinssicherheit auf dem Niveau der Zinsuntergrenze erlange. Denn der Kunde könne bei Erreichen der Zinsuntergrenze das Darlehen gemäß §§ 489 Abs. 2 BGB kündigen und damit durch Abschluss einer neuen Vereinbarung auch von weiteren Zinssenkungen unterhalb der Zinsuntergrenze profitieren.

Auch die Hinweise zum variablen Zins und dessen Bezugsgröße seien ausreichend. In der Zinsvereinbarungen werde deutlich gemacht, dass es sich um den Zinssatz

pro Jahr handele, welche Höhe dieser Zinssatz habe und dass der Zinssatz variabel ausgestaltet ist. Nähere Hinweise zur Entwicklung des Zinssatzes fänden sich u.a. auf Seite 2 der Darlehensverträge. Hier werde dezidiert angegeben, welcher Referenzzins dem Vertragszins zugrundegelegt sei und im Falle welcher Änderung des Referenzzinses eine Änderung des Vertragszinses erfolge. Dies sei auch für einen nur durchschnittlich erfahrenen Bankkunden ohne weiteres verständlich.

Auch der nicht enthaltene Hinweis auf eine anteilmäßige Rückerstattung bei vorzeitiger Vertragsbeendigung begründe nicht die Intransparenz der Klausel. Der zitierten Rechtsprechung habe ein anderer Sachverhalt zu Grunde gelegen. Dem Kunden sei klar vor Augen zu führen, dass im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung keine (anteilige) Erstattung erfolge. Sofern sich in ihren Darlehensverträgen kein entsprechender Hinweis darauf finde, dass sie, die Beklagte, die Gebühr solle behalten dürfen, und sofern ihre Mitarbeiter regelmäßig mit der anteiligen Erstattung der Gebühr bei einer vorzeitigen Rückführung geworben haben sollten, ergäben sich hieraus jedoch allenfalls für sie Nachteile, jedoch nicht für den Kunden. Ein eigener Nachteil von nicht in einem Vertrag enthaltenen Hinweisen zulasten des Klauselverwenders könne jedoch nicht zu einer Unwirksamkeit der Klausel führen.

Eine Intransparenz ergebe sich auch nicht wegen einer willkürlichen Bandbreite des Zinscollars und des variablen Eingangszinses. Die Bandbreitenpositionierung des Zinscollars einerseits wie auch die Verortung des variablen Zinssatzes andererseits seien gerade diejenigen Bestandteile des Darlehensvertrages, die dem individuellen Teil des Darlehensvertrages zuzurechnen seien. Diese könnten jedoch einer Kontrolle nicht unterzogen werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte ein Anspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. §§ 307 ff. BGB zu, es zu unterlassen, die im Klageantrag genannte Klausel bei Darlehensgeschäften mit Verbrauchern zu verwenden.

Zur Begründung wird zunächst auf die Hinweise des Senats im Hinweisbeschluss vom 27.10.2016 Bezug genommen. Der Senat hat darin ausgeführt:

"a) Der Kläger ist kraft Eintragung in die beim Bundesamt für Justiz geführte Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 UKlaG aktivlegitimiert.

b) Der Anwendungsbereich von § 1 UKlaG ist eröffnet. Bei der in den Darlehensangeboten und den Darlehensverträgen aufgenommenen Bestimmung über eine "Zinssicherungsgebühr" bzw. "Zinscap-Prämie" handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die angegriffene Bestimmung stellt eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung dar (aa)), welche die Beklagte der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt (bb)).

aa) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung liegt nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB bei allen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen vor, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Vertragsbedingungen im Sinne dieser Vorschrift sind alle Regelungen, die den Vertragsinhalt gestalten sollen. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt demnach eine Erklärung des Verwenders voraus, die den Vertragsinhalt regeln soll. Da Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 BGB ebenso gelten wie individuelle vertragliche Vereinbarungen kraft rechtsgeschäftlicher empfangsbedürftiger Erklärungen, ist für die Unterscheidung von allgemeinen (verbindlichen) Vertragsbedingungen und (unverbindlichen) Bitten, Empfehlungen oder tatsächlichen Hinweisen wie für die Abgrenzung zwischen einer auf die Herbeiführung individueller Rechtsfolgen gerichteten Willenserklärung von einem rein gesellschaftlichen oder tatsächlichen Verhalten auf den Empfängerhorizont abzustellen. Eine Vertragsbedingung in diesem Sinne liegt schon dann vor, wenn ein allgemeiner Hinweis nach seinem objektiven Wortlaut bei den Empfängern den Eindruck hervorruft, es solle damit der Inhalt eines (vor-) vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden (BGH, Urt. v. 03.07.1996, VIII ZR 221/95, BGHZ 133, 184 ff.; Senat, Urt. v. 26.09.2013, I-6 U 32/13, juris Rz. 28; Urt. v. 28.04.2016, I-6 U 152/15, juris Rz. 40).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze handelt es sich vorliegend bei den in die Darlehensangebote und in die Darlehensverträge aufgenommenen Bestimmungen über eine "Zinssicherungsgebühr" (vgl. Anlage K 1a, GA 11) bzw. "Zinsscap-Prämie" (vgl. Anlage K 1b, GA 13; Anlage 4.3) um Allgemeine Geschäftsbedingungen, weil der Beklagten, wenn sich ihre Kunden für einen Kredit mit variablem Zinssatz entscheiden, ein Gestaltungsrahmen eröffnet ist, indem sie bei Prüfung des Kreditantrags darüber entscheiden kann, ob und in welcher Höhe sie diese Gebühr von dem konkreten Darlehensnehmer verlangt.

Die Beklagte bietet ihren Kunden unstreitig Darlehensverträge mit einem variablen Zinssatz an, die eine sogenannte Zinsscap-Vereinbarung enthalten, die im Vertragsformular durch Angabe der "Zinssicherungsgebühr" bzw. der "Zinsscap-Prämie" wiedergegeben wird. Unstreitig soll diese Gebühr dafür entrichtet werden, dass der Vertrag mit einem Zinsscap dergestalt versehen wird, dass der geschuldete variable Zins sich nur innerhalb einer im Vertrag definierten Bandbreite bewegt, also zum einen über einen bestimmten Höchstzinssatz nicht hinausgehen wird, aber auch nicht unter einen bestimmten Zinssatz sinkt (Zinsscollar). Da die Beklagte durch Aufnahme dieser Gebühr den späteren Vertragsinhalt gestaltet, kommt ihr ein eigenständiger Regelungsinhalt zu und stellt die Gebühr eine vorformulierte Vertragsbedingung dar.

bb) Gegen die Einordnung dieser Gebühr als Allgemeine Geschäftsbedingung spricht nicht, dass diese Gebühr in den einzelnen Verträgen unterschiedliche Prozentsätze aufweist, was für eine Vereinbarung im Einzelfall, also eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB sprechen könnte. Vielmehr spricht gleichwohl für eine Allgemeine Geschäftsbedingung, dass die Zinssicherungsgebühr durch ihre formularmäßige Aufnahme in die Darlehensangebote und die Darlehensverträge offenkundig für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet bzw. in sonstiger Weise fixiert ist, weswegen das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen prima facie anzunehmen ist (vgl.

Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage 2016, § 305 Rz. 23). Unabhängig davon ist eine Entgeltklausel schon dann vorformuliert, wenn der Klausel-Verwender beim Abschluss von Darlehensverträgen regelmäßig ein solches Entgelt in Höhe festgelegter Prozentsätze verlangt oder er das Entgelt anhand der Daten des individuellen Darlehensvertrages nach bestimmten Vorgaben errechnet und es sodann in den Vertrag einbezogen wird (so zu Bearbeitungsgebühren: BGH, Urt. v. 13. Mai 2014, XI ZR 170/13, juris Rz.20, 21 = WM 2014, 1325 ff. m.w.N.).

Dies ist auch hier der Fall. Denn die Höhe dieser Gebühr bemisst sich nach Darlegung der Beklagten in erster Instanz nach verschiedenen Faktoren, die sie allerdings nicht offengelegt hat. Für die Errechnung dieser Gebühr nach bestimmten Vorgaben spricht auch, dass die Beklagte unstreitig inzwischen für ihr Sonderkreditprogramm eine Konditionenaufstellung verwendet (Anlage K 6, GA 96), aus der sich bestimmte Zinscap-Prämien abhängig von der Laufzeit des Darlehens ergeben. Auch wenn diese Aufstellung auf die von dem Kläger vorgelegten Verträgen aus den Jahren 2008, 2009, 2010 nicht anwendbar war, ist dies ein Indiz dafür, dass die Beklagte auch vorher die Konditionen einseitig unter Berücksichtigung der von ihr für wichtig erachteten Faktoren festgelegt hat.

Von einer Individualvereinbarung kann auch nicht deswegen ausgegangen werden, weil die Beklagte erstmalig in zweiter Instanz behauptet, für den Kunden habe es im Rahmen der Verhandlung vor Abschluss des Darlehensvertrags durchaus die Möglichkeit gegeben, mit dem ihn betreuenden Mitarbeiter über die Höhe der Cap-Prämie zu verhandeln und für sich entsprechende abweichende Konditionen zu erreichen.

Eine formularmäßige Regelung liegt zwar nur dann vor, wenn es sich nicht um eine gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB "im Einzelnen ausgehandelte" Vertragsklausel handelt. Ein "Aushandeln" im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB bedeutet nach der ständigen Rechtsprechung des BGH aber mehr als ein bloßes "Verhandeln". Vielmehr muss der Klauselverwender den seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen (BGH, Urt. v. 22.10.2015, VII ZR 58/14, juris Rz. 25 = NZBau 2016, 213, 215; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Müller, HGB, 3. Auflage 2015, § 377 Rz. 316).

Dies legt die Beklagte nicht hinreichend dar. Dass die Kunden nach ihrer Darstellung durchaus die Möglichkeit gehabt hätten, zu verhandeln und für sich abweichende Konditionen zu erreichen, belegt, dass diese Konditionen von ihr zunächst vorgegeben worden sind. Da aber die Zinssicherungsgebühr von der Beklagten vorgegeben wird, entsteht bei dem Kunden der Eindruck, dass diese Gebühr insgesamt nicht zur Disposition steht und hierdurch ein festes Entgelt für den Zinscap festgesetzt werden soll. Die Beklagte legt hingegen nicht dar, dem Kunden diese Gebühr dahingehend erläutern zu haben, dass es sich hierbei um ein Entgelt für den Zinscap handelt, das verhandelbar ist. Vielmehr räumt sie selber ein, dass allenfalls die Höhe verhandelbar gewesen ist, legt diesbezüglich aber auch nicht dar, ernsthaft dem Kunden gegenüber die Höhe der von ihr nach bestimmten Faktoren ermittelten Zinssicherungsgebühr zur Disposition gestellt zu haben.

Als Individualvereinbarung ist die Regelung über die Zinssicherungsgebühr auch nicht deswegen anzusehen, weil die Kunden die Möglichkeit haben, sich anstelle des

Darlehens mit variablem Zinssatz mit Zinscap für ein Darlehen mit festem Zinssatz zu entscheiden oder gegebenenfalls auch für ein Darlehen mit einem variablen Zinssatz ohne Zinscap. Denn entscheidet sich der Kunde für das Darlehen mit variablem Zinssatz und Zinscap, verlangt die Beklagte regelmäßig die Zinssicherungsgebühr. Dass der Kunde die Möglichkeit hat, eine andere Darlehensvariante zu wählen, bei welchem die Zinssicherungsgebühr nicht zu zahlen ist, ändert nichts, weil mit dieser Begründung jede Allgemeine Geschäftsbedingung unter Hinweis auf deren Fehlen in einer anderen dem Kunden zugänglichen Vertragsvariante desselben oder eines anderen Anbieters derselben Dienstleistung zur im Einzelnen ausgehandelten Vertragsbedingung gemacht werden und schon dadurch der Wirksamkeitskontrolle entzogen werden könnte, was Sinn und Zweck der §§ 307 ff. BGB widerspricht. Dementsprechend ist anerkannt, dass es sich auch dann um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, wenn der Kunde zwischen mehreren vorformulierten Regelungsalternativen wählen kann. Die Eröffnung von Wahlmöglichkeiten zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen macht die vom Kunden gewählte Alternative grundsätzlich noch nicht zur Individualabrede (Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Auflage, § 305 Rz. 11 unter Hinweis auf u.a. BGH, Urt. v. 10.10.2013, VII ZR 19/12, juris Rz. 19 = NJW 2014, 206 ff.; Urt. v. 06.12.2002, V ZR 220/02, juris Rz. 6 = NJW 2003, 1313 ff.). Ebenso wenig wird eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders dadurch zu einer Individualabrede, dass der Vertragspartner des Verwenders auch ein ihm unterbreitetes Alternativangebot mit abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte annehmen können (BGH, Urt. v. 10.10.2013, VII ZR 19/12, juris Rz. 20 = NJW 2014, 206). Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen grundsätzlich auch vor, wenn der Kunde zwischen mehreren vom Verwender vorgegebenen Alternativen wählen kann, wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, ob der Verwender für jede Alternative ein gesondertes Formular benutzt oder ob er alle Alternativen in einem Formular abdruckt und den Kunden die gewünschte kennzeichnen lässt (BGH, Urt. v. 03.12.1991, XI ZR 77/91, juris Rz. 15 m.N., NJW 1992, 503 ff.).

c) Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, weil unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts und des Vorbringens der Parteien davon auszugehen ist, dass es sich bei der Zinssicherungsgebühr um eine kontrollfähige Preisnebenabrede handelt.

aa) Nach § 307 Abs. 3 BGB sind nur solche Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 307 Abs. 1 und Abs. 2, 308, 309 BGB kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Insoweit ist zwischen Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regelnden sogenannten Preisabreden, die wegen § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sind, und grundsätzlich kontrollfähigen sogenannten Preisnebenabreden zu unterscheiden. Letztere sind Abreden, die sich zwar mittelbar auf den Preis auswirken, an deren Stelle aber bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht treten kann. Diese unterliegen der Inhaltskontrolle allerdings dann nicht, wenn sie ein Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzlich angebotene Sonder-, Neben- oder Zusatzleistung festlegen. Hingegen stellen Regelungen, die kein Entgelt für gegenüber den Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbrachte Sonderleistungen zum Gegenstand haben, sondern Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten des Klauselverwenders oder für Tätigkeiten in dessen eigenem Interesse auf den Kunden abwälzen, eine kontrollfähige Abweichung von Rechtsvorschriften dar (BGH, Urt. v.

16.02.2016, XI ZR 454/14, juris Rz. 23 = WM 2016, 699 ff.). Das ist zum Beispiel der Fall, wenn es sich um Preisnebenabreden handelt, die keine echte (Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klausel-Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt (BGH, Urt. v. 13.05.2014, XI ZR 170/13, juris Rz. 24 = WM 2014, 1266 ff.).

Ob eine Klausel eine kontrollfähige Preisnebenabrede oder aber eine kontrollfreie Preisabrede enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Diese hat sich, ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden, nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel einheitlich danach zu richten, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird. Dabei bleiben nur solche Auslegungsmöglichkeiten außer Betracht, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGH, Urt. v. 13.05.2014, a.a.O., juris Rz. 25; Urt. v. 16.02.2016, a.a.O., juris Rz. 24).

bb) Nach diesen Maßstäben handelt es sich bei der angegriffenen Klausel um eine kontrollfähige Preisnebenabrede, weil sie weder eine kontrollfreie und zulässige Bestimmung über den Preis der vertraglichen Hauptleistung ((1), noch ein Entgelt für eine zusätzlich angebotene echte Sonderleistung der Beklagten enthält ((2)). Die Klausel stellt vielmehr eine kontrollfähige Preisnebenabrede dar, da sich die Beklagte nach der kundenfeindlichsten Auslegung des Vertrags mit der Zinssicherungsgebühr keine echte Neben- oder Zusatzleistung für ihre Kunden, sondern auch die Kapitalüberlassung vergüten lässt.

(1) Als der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB entzogene Preisbestimmung ist beim Darlehen, vorbehaltlich etwaiger kontrollfreier Entgelte für Sonder- oder Zusatzleistungen, nur der gemäß § 488 Abs. 1 S. 2 BGB zu zahlende Zins anzusehen. Dieser stellt beim Darlehensvertrag den Preis für die Kapitalnutzung dar (BGH, Urt. v. 13.05.2014, XI ZR 170/13, juris Rz. 42 = WM 2014, 1325 ff.; Urt. v. 13.05.2014, XI ZR 405/12, juris Rz. 33 = WM 2014, 1224 ff.). Zins im Rechtssinne ist lediglich die nach der Laufzeit bemessene, gewinn- und umsatzabhängige Vergütung für die Möglichkeit des Gebrauchs des auf Zeit überlassenen Kapitals. Ein zinsähnliches Teilentgelt ist ein zusätzliches Entgelt nur dann, wenn sich das Kreditinstitut hierdurch die Überlassung des Darlehenskapitals laufzeitabhängig vergüten lässt, weil konstitutives Merkmal für die Einordnung einer Vergütung als derartiges Teilentgelt ist, dass die Vergütung ebenso wie der Zins selbst zugleich laufzeitabhängiges Entgelt für die Gewährung der Möglichkeit zur Nutzung des Kapitals ist (BGH Urt. v. 13.05.2014, XI ZR 170/13, juris Rz. 52; Urt. 13.05.2014, XI ZR 405/12, juris Rz. 43).

Gemessen daran ist die Klausel keine Preishauptabrede, die der Inhaltskontrolle entzogen wäre, da nicht festgestellt werden kann, dass es sich bei der Zinssicherungsgebühr nach der von der Beklagten gewählten Vertragsgestaltung um ein Entgelt für die vertragliche Hauptleistung im vorgenannten Sinne handelt.

In den Darlehensangeboten und -verträgen wird die Zinssicherungsgebühr nicht weiter definiert. Diese wird vielmehr nur mit einem Prozentsatz angegeben, der sich auf die Darlehenssumme bezieht und in einem Einmalbetrag zu leisten ist. Nach der

Darlegung der Beklagten, der der Kläger insoweit nicht entgegentritt, zahlt der Kunde die jeweilige Zinscap-Prämie dafür, dass sein variabler Zinssatz durch Vereinbarung einer Obergrenze gegen einen unkontrollierten Anstieg abgesichert wird. Die Beklagte versteht diese Zinssicherungsgebühr als echte Zusatzleistung im Darlehensverhältnis. Ausgehend von ihrer eigenen Darstellung stellt die Zinssicherungsgebühr danach keine Gebühr für die Darlehensgewährung und Belastung des Darlehenskapitals dar, sondern eine Vergütung für die Risikobegrenzung bei einem variablen Zins.

Zwar ist die Zinscap-Prämie letztlich auch Teil der Zinskalkulation der Beklagten. Denn diese Prämie sichert nicht nur den Kunden gegen höhere Zinsen ab, indem der Kunde für die mit der Bank vertraglich vereinbarten Zinshöchstsätze zahlt. Vielmehr sichert sich durch diese Prämie auch die Bank dagegen ab, dass der als Maßstab heranzuziehende Referenzzinssatz über den vertraglich vereinbarten Zinshöchstsatz hinausgeht und dadurch der Bank mögliche Zinseinnahmen entgehen, indem sie jedenfalls einen Teil der möglichen Verluste durch die Erhebung dieser Prämie kompensiert. Doch spricht entschieden gegen die Beurteilung der Prämie als Entgelt für die Gewährung der Möglichkeit der Kapitalnutzung der Umstand, dass die Prämie als laufzeitunabhängig ausgestaltet angesehen werden muss.

Die Beklagte hat keinerlei Regelung im Vertrag vorgesehen, wonach die Zinssicherungsprämie anteilig zu erstatten ist, wenn das Darlehen vorzeitig zurückgezahlt wird. Sie behauptet nicht einmal, dass sie in diesem Fall die Zinscap-Prämie den Kunden anteilig zurückzuzahlen pflegt, sondern wendet nur ein, dass die "Nicht-Nennung" der anteiligen Rückzahlung im Vertrag und die behaupteten Zusagen ihrer Mitarbeiter, dass bei einer vorzeitigen Rückführung des Darlehens eine anteilige Erstattung der Zinscap-Prämie erfolge, nur dazu führen würde, dass ihr gegenüber ihren Kunden im Falle einer vorzeitigen Tilgung des Darlehens kein Argument an die Hand gegeben sei, um die anteilige Prämie behalten zu dürfen, m.a.W., sie die Prämie dann wohl zurückerstatten müsse, wenn die Kunden unter Berufung auf diese Werbung, dass diese Prämie laufzeitabhängig sei, auf einer teilweisen Rückzahlung bestehen. Auch spricht ihre Behauptung erster Instanz, wonach sie die Zinscap-Prämie unmittelbar nach Leistung durch den Kunden an den jeweiligen Kontrahenten weiterleite, mit dem sie im Rahmen der bankseitigen Refinanzierungen das aus dem Abschluss von Zins-Cap-Vereinbarungen resultierende Zinsänderungsrisiko am Geld- und Kapitalmarkt absichere, dagegen, dass sie den Kunden diese Prämie anteilig erstattet. Ebenfalls spricht dagegen, dass die Beklagte unbestritten in ihren aktuellen Zinscap-Darlehensverträgen einen Hinweis auf die Nichtrückerstattung der Capprämie bei vorzeitiger Darlehensvertragsbeendigung aufgenommen hat.

Da sich aus dem Vertrag selbst nicht ergibt, dass die Zinssicherungsgebühr anteilig erstattet wird, wenn das Darlehen vorzeitig zurückgezahlt wird, und die Beklagte dies auch nicht behauptet, kann der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde die Erhebung dieser Gebühr, von der er weiß, dass sie erhoben wird, um sein Risiko zu minimieren, nur dahingehend verstehen, dass sie im Falle einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens nicht anteilig erstattet wird, es sich also um eine nicht laufzeitabhängige Gebühr handelt. Dafür kann aus Sicht des Kunden gerade sprechen, dass die Gebühr als Einmalgebühr erhoben wird. Deswegen ist jedenfalls im Zweifel nach der kundenfeindlichsten Auslegung davon auszugehen, dass diese Gebühr laufzeitunabhängig ausgestaltet ist. Dem steht nicht entgegen, dass der

Klägervertreter diese Gebühr wegen der Auslegung des Landgerichts Düsseldorf als laufzeitabhängig einstuft, weil es bei der Auslegung der Klausel auf die Sicht des Durchschnittskunden und sein Verständnis ankommt.

Folglich handelt es sich bei der Vereinbarung der Zinssicherungsgebühr um eine kontrollfähige Preisnebenabrede (s.u. c) bb) (2)), die nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist und gegen das Transparenzgebot verstößt (s.u. d))."

(2) Da es sich bei der Regelung über die Erhebung einer Zinssicherungsgebühr um eine Preisnebenabrede handelt, ist diese nur dann nicht kontrollfähig, wenn es sich hierbei um eine Gebühr für eine echte Sonderleistung der Beklagten handelt. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall.

Die Beklagte ist im Rahmen des Darlehensvertrags verpflichtet, dem Kunden das Darlehen gegen Zahlung eines vereinbarten, variablen oder festen, Zinssatzes zur Verfügung zu stellen. Schon nach dem Wortlaut sind 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 handelt. Aus Sicht des Durchschnittskunden ist die Begrenzung des Zinssatzes nach unten (der Floor) schon deswegen nicht die Gegenleistung für die Begrenzung des Zinssatzes nach oben. So beanstandet auch der Klägervertreter, dass der Durchschnittskunde übersehe, dass er zwar eine Gebühr für die Zinsbegrenzung nach oben bezahlt, andererseits der Bank auch eine Begrenzung des Zinssatzes nach unten gewährt, ohne dafür eine Gegenleistung zu bekommen.

Der Kunde zahlt somit ausgehend vom Verständnis eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden die Gebühr für die Begrenzung des Zinsrisikos nach oben. Zu einer Begrenzung des Zinsrisikos des Kunden dahingehend, dass der variable Zins einen bestimmten Betrag in Zukunft nicht übersteigen wird, ist die Bank weder gesetzlich noch aufgrund einer eigenständigen vertraglichen Nebenpflicht verpflichtet. Entscheidet sich der Kunde für einen variablen Zins, trägt er vielmehr das Risiko, dass der Zins sich nach oben hin entwickelt und aufgrund der bei solchen Darlehen üblicherweise vereinbarten Zinsanpassungsklausel, die nicht grundsätzlich unwirksam ist (BGH Urt. v. 21.04.2009, XI ZR 78/08, juris Rz. 23 = WM 2009, 1077 ff.), zu seinen Lasten angepasst wird. Insoweit ist die dem Kunden gegen entsprechende Gebühr versprochene Risikobegrenzung keine Leistung, die der Beklagten dem Kunden gegenüber obliegen würde.

Gleichwohl handelt es sich bei der Zahlung dieser Gebühr nicht allein um ein Entgelt für eine nicht geschuldete Sonderleistung. Wie das Landgericht Düsseldorf in dem Verfahren 22 O 208/12 (Urt. v. 07.11.2014, juris Rz. 99) zutreffend ausgeführt hat, ist die Zinssicherungsgebühr zugleich integraler Bestandteil der Zinskalkulation der Bank. Im Rahmen dieser Zinskalkulation berechnet die Beklagte, wie hoch ihr Risiko ist, 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 benötigt. Hierin fließen dann auch die Überlegungen der Bank dazu, wie sie den Floor bestimmt, d.h. welchen Zinssatz der Kunde also mindestens zu zahlen hat, ein. Letztlich dient damit die Zinssicherungsgebühr auch dazu sicherzustellen, dass der Kunde insgesamt für die Kapitalüberlassung einen Zins zahlt, der aus Sicht der Bank gewinnbringend ist, indem die Gebühr den

potentiellen Zinsverlust der Bank kompensiert. Damit stellt sich aber die Zinssicherungsgebühr auch als eine Zahlung dar, die für die Überlassung des Kapitals geschuldet ist."

Entgegen der seitens der Beklagten im Schriftsatz vom 02.11.2016 und in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung steht dieses Ergebnis nicht im Widerspruch dazu, dass der Senat unter c) bb) (1) davon ausgegangen ist, dass die Klausel laufzeitunabhängig ausgestaltet worden ist. Denn bei der Beantwortung der Frage, ob es sich um eine kontrollfähige Preisnebenabrede handelt, die keine kontrollfreie und zulässige Bestimmung über den Preis der vertraglichen Hauptleistung enthält, kommt es alleine darauf an, wie der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde die Klausel aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung verstehen kann, nicht aber darauf, wie die Klausel rechtlich tatsächlich einzuordnen ist. Wie dargelegt, kann der Durchschnittskunde die Klausel aufgrund der von der Beklagten gewählten Vertragsgestaltung dahingehend verstehen, dass die Zinscap-Prämie laufzeitunabhängig ausgestaltet ist, was für die Einstufung dieser Gebühr als Preisnebenabrede ausreichend ist.

Die Einstufung der Zinssicherungsprämie als laufzeitunabhängig im Zusammenhang mit der Frage, ob es sich um eine kontrollfreie Preisbestimmung handelt, steht auch nicht im Widerspruch zu der von der Beklagten zitierten Rechtsprechung. Denn diese befasst sich nicht mit Verbandsklageverfahren im Rahmen derer die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen ist, sondern betrifft Individualprozesse, in denen es lediglich um die Inhaltskontrolle geht.

Bei der Beurteilung der Frage, ob dieser Preisnebenabrede eine echte Sonderleistung zugrundeliegt, was dazu führen würde, dass die Klausel als solche nicht kontrollfähig wäre, kommt es hingegen darauf an, wofür die erhobene Gebühr tatsächlich gezahlt wird und wie sie im Hinblick darauf rechtlich zu qualifizieren ist. Aus den im Hinweisbeschluss genannten Gründen ist die Zinssicherungsgebühr laufzeitabhängig, weil sie auch Bestandteil der Zinskalkulation ist und damit nicht ausschließlich für die Begrenzung des Zinssatzes nach oben gezahlt wird, weswegen sie nicht als echte Sonderleistung gewertet werden kann.

Da es sich vorliegend um einen Verbandsklageprozess handelt, kommt es bei der Beantwortung der Frage, ob es sich um eine echte Sonderleistung handelt, auch nicht darauf an, ob und wie sich die Beklagte ihrerseits gegen das aus der Zinscap-Vereinbarung resultierende Zinsänderungsrisiko am Geld- und Kapitalmarkt absichert. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Senat nicht davon ausgegangen, dass diese Absicherung gesondert für jedes Einzeldarlehen erfolgt. Dies kann zudem dahinstehen, weil bei der Frage, ob es sich um eine echte Sonderleistung handelt, nur relevant ist, ob die Prämie sich als eine Zahlung darstellt, die - zumindest auch - für die Überlassung des Kapitals geschuldet ist, was aus den im Hinweisbeschluss genannten Gründen der Fall ist (s.o.).

Die Zinssicherungsgebühr ist aus den im Hinweisbeschluss genannten Gründen unwirksam:

"d) Vor diesem Hintergrund ist die Zinssicherungsgebühr unwirksam, weil sie den Kunden unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (aa)) und darüber hinaus gegen das Transparenzgebot verstößt (bb)).

aa) Da die Zinssicherungsgebühr laufzeitunabhängig ausgestaltet ist, weicht sie von einem wesentlichen Grundsatz der gesetzlichen Regelung des § 488 Abs. 1 S. 2 BGB ab, der ein laufzeitabhängiges Entgelt vorsieht. Wenn eine klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gegeben ist, wird grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Diese Vermutung wird nur dann widerlegt, wenn die Klausel aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung den Kunden gleichwohl nicht unangemessen benachteiligt. Hiervon ist auszugehen, wenn die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild sachlich gerechtfertigt und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist (BGH Urt. v. 16.02.2016, a.a.O., juris Rz. 43 m.w.N.). Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist hingegen unangemessen, wenn der Verwender durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren. Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Art des konkreten Vertrages, die typischen Interessen beider Parteien, die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen sind (Palandt-Grüneberg, BGB, 75. Auflage 2016, § 307 Rz. 12 m.w.N.).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe benachteiligt die laufzeitunabhängig geforderte Zinssicherungsgebühr den Kunden unangemessen. Da es sich nach dem oben Gesagten bei der Zinssicherungsgebühr nicht um eine Vergütung für eine echte Sonderleistung handelt, sondern um eine laufzeitunabhängige und damit ohne anteilige Rückerstattung ausgestattete Kompensation des potentiellen Zinsverlusts der Beklagten, verstößt diese mit der Klausel gegen § 501 BGB, wonach sich bei vorzeitiger Erfüllung des Vertrags die Gesamtkosten um die laufzeitabhängigen Kosten vermindern.

Gründe, die die Klausel bei der gebotenen umfassenden Interessenabwägung gleichwohl als angemessen erscheinen lassen, hat die Beklagte weder dargetan noch sind solche ersichtlich. Der Vorteil für den Kunden dahingehend, dass der Zins nicht über einen bestimmten Betrag hinaus steigen kann, rechtfertigt diese Abweichung nicht. Denn im Fall einer vorzeitigen Ablösung des Darlehens trägt die Beklagte das Risiko, dass ihr Zinseinnahmen gemessen am Referenzzinssatz über die erhaltene Gebühr hinaus entgehen, nicht über die gesamte Vertragslaufzeit. Dass sie gleichwohl die gesamte Gebühr behalten können soll, erscheint auch deswegen unangemessen, weil die Beklagte ihrerseits dem Kunden dafür, dass dieser sich mit einer Zinsuntergrenze einverstanden erklärt und dadurch seinerseits das Risiko trägt, bei einem Absinken der Zinsen unter die Grenze den höheren Zinssatz weiterhin zahlen zu müssen, sofern er nicht in diesem Fall das Darlehen mit einer Dreimonatsfrist nach § 489 Abs. 2 BGB kündigt, keine ersichtliche Gegenleistung bietet.

bb) Angesichts der Unangemessenheit der - laufzeitunabhängigen - Zinssicherungsklausel kommt es zwar nicht darauf an, ob diese Klausel auch gegen das Transparenzgebot verstößt (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Dies ist im Ergebnis aber ebenfalls der Fall.

Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass die Klausel in ihrer Formulierung für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer verständlich ist. Vielmehr gebieten Treu und Glauben, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH, Urt. v. 07.12.2010, XI ZR 3/10, juris Rz. 20 = WM 2011, 263 ff.; Urt. v. 12.03.2014, IV ZR 295/13, juris Rz. 23 = NJW 2014, 1658).

Vorliegend wird der Kunde über die wirtschaftlichen Belastungen durch die Vereinbarung der Zinssicherungsgebühr nicht hinreichend aufgeklärt, weil er nicht erkennen kann, dass im Falle vorzeitiger Beendigung des Vertrags keine (anteilige) Erstattung erfolgt. Denn die Klausel über die Zinssicherungsgebühr verhält sich nicht dazu, ob diese bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens ganz oder anteilig erstattet wird. Auch wenn die Zahlung eines Einmalbetrags aus Sicht einer Durchschnittskunden dafür spricht, dass dieser Betrag auch in diesem Fall nicht rückerstattet wird, kann der Kunde ohne Erläuterung im Vertrag nicht zweifelsfrei erkennen, ob er bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens einen Rückerstattungsanspruch und wenn ja in welcher Höhe hat.

e) Die Wiederholungsgefahr ist gegeben, weil schon die einmalige Verwendung der Klausel diese indiziert. Die Beklagte hat die Abgabe einer Unterlassungserklärung verweigert."

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen, weil die Rechtssache im Hinblick darauf, dass die Beklagte eine Vielzahl von Darlehensverträgen mit Zinscap-Prämien abgeschlossen hat und deswegen die Frage, ob diese Klausel verwendet werden darf, ein besonderes Gewicht für den Rechtsverkehr hat (§ 543 Abs. 2 ZPO).

