



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 238/16

Verkündet am:
17. April 2018
Weber
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1 Bl., § 310

Die in Darlehensurkunden eines Kreditinstituts für Kreditverträge mit Unternehmern enthaltene formularmäßige Klausel zu einer "Bearbeitungsgebühr" unterliegt auch dann nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle und ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, wenn es sich um einen Avalkredit handelt (Ergänzung zu den Senatsurteilen vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652).

BGH, Urteil vom 17. April 2018 - XI ZR 238/16 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 2018 durch den Richter Dr. Joeres als Vorsitzenden, Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 27. April 2016 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger begehrt von der beklagten Bank die Rückzahlung einer im Rahmen eines Darlehensvertrages erhobenen Bearbeitungsgebühr nebst Zinsen.
- 2 Der Kläger, selbstständiger Immobilienprojektentwickler, schloss in den Jahren 2004 bis 2008 mehrere Darlehensverträge über jeweils siebenstellige Darlehenssummen mit der Beklagten ab, darunter die vorliegende als "Verbraucherdarlehensvertrag" überschriebene Vereinbarung vom 26. November 2007

mit einer Vertragslaufzeit von 22 Monaten, die dem Erwerb eines Grundstücks und der Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses in F. diente. In dem Vertrag verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger ein Darlehen in Höhe von 8.000.000 € zur Verfügung zu stellen, welches der Kläger nach Absprache mit der Beklagten als Kontokorrentkredit, in Form von Termingeldern (EURIBOR-Tranchen) oder in Form von Avalen nutzen durfte. Für den Kontokorrentkredit wurde zunächst ein Zinssatz in Höhe von 7,25% p.a. vereinbart, wobei der Beklagten ein Anpassungsrecht hinsichtlich der Zinshöhe eingeräumt wurde. Für die Termingelder, die in Tranchen von jeweils mindestens 500.000 € mit Laufzeiten von bis zu zwölf Monaten zur Verfügung gestellt werden sollten, wurde ein Zinssatz von 1,50% p.a. über dem für die jeweilige Zinsperiode ermittelten EURIBOR festgelegt. Die Inanspruchnahme des Darlehens in Form von Avalen sollte nur im Rahmen des Verwendungszwecks möglich sein, die Übernahme von Gewährleistungsbürgschaften wurde ausgeschlossen. Für Avalkredite wurde eine Avalprovision in Höhe von 1,50% p.a. auf den jeweils ausstehenden Bürgschaftsbetrag zuzüglich einer einmaligen Ausfertigungsgebühr je Bürgschaftsurkunde von 50 € vereinbart.

3 In Ziffer 2 des Vertrages ist eine "einmalige, sofort fällige, nicht laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr" in Höhe von 60.000 € vorgesehen. Eine entsprechende Gebühr wurde - mit abweichender Betragsangabe - in sieben weiteren von den Parteien geschlossenen Darlehensverträgen festgelegt.

4 Die Beklagte vereinnahmte in der Folge die Bearbeitungsgebühr. Der Kläger betrachtet die Vertragsklausel als unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung und begehrt deshalb die Rückzahlung der Gebühr zuzüglich gezogener Nutzungen und Zinsen, die die Beklagte dem Kläger in Rechnung gestellt habe. Die Beklagte ist der Ansicht, es handele sich um eine wirksame Individualvereinbarung. Ein Rückzahlungsanspruch sei jedenfalls verjährt.

5 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner von dem
Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren wei-
ter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen
Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers, der den Darle-
hensvertrag als im Immobilienbereich tätiger Unternehmer geschlossen habe,
auf Rückzahlung der Bearbeitungsgebühr aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB
verneint. Es hat die streitige Klausel, die eine einmalige, sofort fällige, nicht
laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr vorsieht, für wirksam erachtet und dies
weitgehend wortgleich wie in seiner Entscheidung, die Gegenstand des Se-
natsurteils vom 4. Juli 2017 (XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 7 ff.) war, be-
gründet.

II.

8 Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

9 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kläger nach
§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstat-

tung der als "einmalige Bearbeitungsgebühr" erbrachten Leistung geltend machen, weil die entsprechende Klausel in dem Darlehensvertrag den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

10 1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der vom Kläger beanstandeten Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, die nicht nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt wurde.

11 a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

12 aa) Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind. Dabei ist unerheblich, ob bei Abschluss von Darlehensverträgen regelmäßig ein Bearbeitungsentgelt in Höhe festgelegter Prozentsätze verlangt oder das Entgelt im Einzelfall anhand der Daten des konkreten Darlehensvertrages nach bestimmten Vorgaben errechnet wird (Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 20 mwN).

13 bb) Danach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei die streitige Regelung als Allgemeine Geschäftsbedingung eingeordnet. Die angegriffene Klausel findet sich in einem von der Beklagten verwendeten Formular und wurde in sich lediglich hinsichtlich des Betrags unterscheidenden Fassungen in acht Darlehensverträgen verwendet.

14 b) Weiter rechtsfehlerfrei sind die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die Klausel nicht individuell ausgehandelt worden sei.

15 aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Aushandeln bedeutet mehr als bloßes Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der effektiven Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. Die entsprechenden Umstände hat der Verwender darzulegen (BGH, Urteil vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 27 mwN). In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht (Senatsurteil vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 23). Diese Anforderungen gelten auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern (Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 24 mwN).

16 bb) In nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass diese Voraussetzungen schon nach dem Vortrag der Beklagten nicht erfüllt waren. Denn hieraus lässt sich nicht entnehmen, dass die Beklagte die Bearbeitungsgebühr als solche zur Disposition gestellt hat. Zwar hat die Beklagte behauptet, die Erhebung der Gebühr sei insgesamt verhandelbar gewesen und es sei nur der persönlichen Verhand-

lungsführung sowie den wirtschaftlichen Interessen des Klägers geschuldet gewesen, dass er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe. Damit ist aber nicht dargetan, dass die Beklagte deutlich und ernsthaft ihre Verhandlungsbereitschaft erklärt hat. Dem entspricht, dass nach dem Vortrag der Beklagten die entsprechende Bearbeitungsgebühr in keinem der von beiden Parteien abgeschlossenen Darlehensverträge abbedungen worden ist (so bereits Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 25). Dass die Bearbeitungsgebühr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in allen dort vorliegenden Verfahren gleich hoch war, deutet allenfalls auf eine Verhandlungsbereitschaft der Beklagten zur Höhe der Gebühr, nicht aber hinsichtlich deren Anfalls hin.

17 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch im Hinblick darauf, dass der Kläger nach den unangegriffenen Feststellungen der Tatsachengerichte bei dem Abschluss des vorliegenden Vertrags als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB handelte, die Wirksamkeit der verwendeten Klausel bejaht.

18 a) Noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die streitige Vereinbarung eine Preisnebenabrede darstellt.

19 aa) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB beschränkt die Inhaltskontrolle auf solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fallen weder Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch Klauseln über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzlich angebotene Sonderleistung. Preisnebenabreden, die keine echte (Gegen-)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselwender 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, sind hingegen der Inhaltskontrolle unterworfen (Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 24 und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 33, jeweils mwN).

20 Ob eine Klausel nach diesen Grundsätzen eine kontrollfähige Preisnebenabrede oder eine kontrollfreie Preisabrede enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Diese hat sich 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 (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 25 mwN). Zweifel bei der Auslegung gehen nach der Vorschrift des § 305c Abs. 2 BGB, die auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr gilt (Senatsurteil vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 31), zulasten des Klauselverwenders. Außer Betracht bleiben solche Auslegungsmöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (Senatsurteil vom 13. Mai 2014, aaO Rn. 25 mwN).

21 bb) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die von der Beklagten verwendete Klausel, die der Senat selbstständig auslegen kann (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 26), zu Recht als kontrollfähige Preisnebenabrede eingeordnet.

22 (1) Die mit dem streitgegenständlichen Bearbeitungsentgelt bezahlten Leistungen werden in dem Darlehensvertrag nicht genannt. Nach der verwendeten Bezeichnung "Bearbeitungsgebühr" handelt es sich um Entgelt für die Bearbeitung des Darlehensantrages einschließlich der Vorbereitung des Vertragsschlusses sowie für Verwaltungsaufwand der Beklagten bei Kreditbearbei-

tung und -auszahlung (so bereits Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 36). Die von der Beklagten auch im vorliegenden Verfahren gegen diese Auslegung vorgebrachten Einwände greifen nicht durch (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, aaO).

23 (2) Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils bereits entschieden, dass eine in einer Darlehensurkunde eines Kreditinstituts für den Abschluss von Kreditverträgen mit Unternehmern enthaltene formularmäßige Klausel über die Erhebung eines Bearbeitungsentgelts nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegt (Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 23 ff. und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 32 ff.). Das gilt auch bei einer Vertragsgestaltung, die dem Darlehensnehmer alternativ die Inanspruchnahme eines Kontokorrentkredits oder von Termingeldern ermöglicht (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, aaO Rn. 36 ff.).

24 (3) Dass der Kläger das Darlehen vorliegend auch in Form von Avalen nutzen durfte, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn die Hauptleistungspflicht des Kunden im Rahmen eines Avalkreditvertrages, der einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB darstellt (BGH, Urteil vom 19. September 1985 - IX ZR 16/85, BGHZ 95, 375, 380 f.), besteht in der Verpflichtung zur Zahlung einer Avalprovision (vgl. Bauer in Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Rn. 13.14; Früh/Müller-Arends in BuB, Stand September 2007 Rn. 3/285), wie sie im Streitfall in Höhe von 1,50% p.a. auf den jeweils ausstehenden Bürgschaftsbetrag gesondert festgelegt wurde. Die im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags weiter bestehende Verpflichtung des Kunden zum Aufwendungsersatz gemäß § 675 Abs. 1, § 670 BGB (vgl. Früh/Müller-Arends in BuB, Stand September 2007 Rn. 3/287; J. Hoffmann in Derleder/Knops/Bamberger, Deutsches und europäisches Bank- und Kapi-

talmarktrecht, 3. Aufl., § 24 Rn. 49) umfasst ebenfalls nicht die Zahlung eines Bearbeitungsentgelts. Denn Aufwendungsersatz steht nach § 670 BGB nur demjenigen zu, der eine fremdnützige Tätigkeit ausführt und dabei insbesondere nach Weisung im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages (§§ 675, 665 BGB) oder Auftrags (§ 662 BGB) oder zumindest im mutmaßlichen Fremdinteresse (§§ 677, 683 BGB) handelt. Vermögensopfer, die zu eigenen Zwecken erbracht werden, sind danach keine ersatzfähigen Aufwendungen (Senatsurteil vom 8. Mai 2012 - XI ZR 437/11, WM 2012, 1344 Rn. 41).

25 b) Die damit als Preisnebenabrede einzuordnende Klausel hält entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung der Inhaltskontrolle nicht stand.

26 aa) Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, sind formularmäßige Klauseln über die Erhebung eines Bearbeitungsentgelts in Darlehensverträgen gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auch im Verhältnis zu Unternehmern unwirksam. Die Erhebung eines laufzeitunabhängigen Entgelts ist auch für die Bearbeitung eines Unternehmerdarlehens mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar und benachteiligt den Darlehensnehmer - hier den Kläger - entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen (vgl. Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 37 ff. und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 45 ff.).

27 bb) Die Klausel ist auch im Rahmen eines Avalkreditvertrags unwirksam, weil das Kreditinstitut auch insoweit Kosten, die der Erfüllung seiner Hauptleistungspflicht dienen, auf den Kunden abwälzt. Denn es gehört zu den wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Gesetzesrechts, dass jeder Rechtunterworfenen für Tätigkeiten, zu denen er gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet ist oder die er überwiegend im eigenen Interesse erbringt, kein geson-

iertes Entgelt verlangen kann (Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 39 und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 47). Durch diese Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert (Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, aaO Rn. 40 und XI ZR 233/16, aaO Rn. 48) und die Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wurde von der Beklagten nicht widerlegt. Wie auch im Falle des Kontokorrentkredits und der Termingelder kann die Beklagte das Risiko einer Nichtinanspruchnahme von Avalen durch eine Mischkalkulation ausgleichen (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 80 ff.).

III.

28 Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Denn mangels Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht entschieden werden, ob die gegen den Anspruch des Klägers aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB erhobene Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB) durchgreift.

29 Der Senat hat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden, dass die kenntnisabhängige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 1 BGB für früher entstandene Rückforderungsansprüche wegen unwirksam formularmäßig vereinbarter Bearbeitungsentgelte auch bei Darlehensverträgen mit Unternehmern nicht vor dem Schluss des Jahres 2011 zu laufen begann (Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, WM 2017, 1643 Rn. 85 ff. und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 93 ff.). Die vorliegende Klage ist am 3. Dezember 2014 bei der gemeinsamen Annahmestelle des Amtsgerichts Hamburg auch mit Wirkung für das Landgericht Hamburg eingegangen, die Zustellung der Klage ist jedoch erst am

19. März 2015 erfolgt. Es bedarf weiterer tatsächlicher Feststellungen, ob damit die Hemmung der Verjährung bewirkt worden ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO).

IV.

30 Das Berufungsurteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, sodass sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird für den Fall, dass die Einrede der Verjährung keinen Erfolg hat, weitere Feststellungen zum genauen Leistungszeitpunkt zu treffen haben. Das betrifft auch die geltend gemachten Zinsen, deren Höhe die Beklagte bestritten hat.

Joeres

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 13.11.2015 - 328 O 479/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 27.04.2016 - 13 U 135/15 -