



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XI ZR 9/18

vom

19. März 2019

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. März 2019 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Grüneberg und Maihold sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Derstadt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Rostock vom 8. Dezember 2017 aufgehoben.

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

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt 44.520 €.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin begehrt von der beklagten Sparkasse Rückzahlung einer im Rahmen eines Darlehensvertrags entrichteten Bearbeitungsgebühr.
- 2 Die Klägerin plante den Bau eines Mehrfamilienhauses in B. und stand hinsichtlich der Finanzierung dieses Bauvorhabens mit der beklagten Sparkasse in Kontakt. Nach im Einzelnen streitigen Gesprächen der Parteien fasste die Beklagte am 30. August 2011 die Rahmendaten der gewünschten Finanzierung "unter Berücksichtigung Ihrer persönlichen Vorstellungen" in einem sog. Term Sheet zusammen. Dort heißt es einleitend:

"Mit diesem Term Sheet stellt die Sparkasse die Rahmendaten der gewünschten Finanzierung unter Berücksichtigung ihres bisherigen Prüfungsergebnisses zusammen. Damit die Finanzierung den Beschlussgremien der Sparkasse korrekt vorgestellt werden kann, teilt der Kreditnehmer kurzfristig eventuell bestehende Änderungswünsche mit; anderenfalls bestätigt der Kreditnehmer mit Gegenzeichnung dieses Term Sheets die korrekte Wiedergabe der Finanzierungsanfrage."

3 In dem Term Sheet wird u.a. ein "Bearbeitungsentgelt einmalig: 3,50 %" erwähnt, in dem auch die Kosten für Wertgutachten enthalten sein sollten. Weiter ist ein "Bearbeitungsentgelt" in Höhe von 5.000 € für den Fall vorgesehen, dass die Finanzierung aus von der beklagten Sparkasse nicht zu vertretenden Gründen nicht zustande kommen sollte.

4 Der Geschäftsführer der Klägerin brachte handschriftlich Änderungswünsche zur Person des Generalunternehmers und zu den Verfügungen über das Baukonto auf der Urkunde an und unterzeichnete diese. Am 23. Januar 2012 schlossen die Parteien einen Darlehensvertrag über einen "Bauzwischenkredit Bauträger" in laufender Rechnung bis zu einem Höchstbetrag von 1.272.000 €, der zunächst mit 7,5% p.a. zu verzinsen war. In Ziffer 4.1 dieses Vertrages findet sich folgender Passus:

"Mit Unterzeichnung des Kreditvertrages wird eine einmalige Bearbeitungsgebühr in Höhe von 44.520,00 EUR fällig. Die Belastung der Bearbeitungsgebühr erfolgt mit Bereitstellung der Kreditlinie."

5 Die auf Rückzahlung dieser Gebühr nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Februar 2012 gerichtete Klage hat das Landgericht abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das

Oberlandesgericht im Beschlusswege nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde begehrt die Klägerin die Zulassung der Revision, um ihr Klagebegehren weiterzuverfolgen.

6 Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Berufungsgericht - soweit im Beschwerdeverfahren von Interesse - Folgendes ausgeführt:

7 Bei der im Streit stehenden Passage des Darlehensvertrages über eine "Bearbeitungsgebühr" handele es sich nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Ausweislich des Term Sheet sei es zu Verhandlungen über die Konditionen des von der Klägerin beehrten Kredits gekommen. Nach dem unbestrittenen, durch den Inhalt des Term Sheet bestätigten Vortrag der Beklagten habe das Finanzierungsangebot das Ergebnis von Verhandlungen zwischen den Parteien wiedergegeben. Dass die Klägerin zur Kenntnis genommen und verstanden habe, dass es sich bei dem Term Sheet nicht um ein letztes, nicht mehr verhandelbares Angebot der Beklagten gehandelt habe, ergebe sich sowohl aus den handschriftlichen Änderungswünschen des Geschäftsführers als auch aus dem von diesem formulierten Anschreiben. Das von der Beklagten geforderte Bearbeitungsentgelt sei allerdings nicht Gegenstand der - tatsächlich auch umgesetzten - Änderungswünsche der Klägerin gewesen, hätte aber "hierzu genommen werden können". Damit habe die Beklagte ausreichend dargelegt, "zu Verhandlungen über einzelne Bestimmungen des beabsichtigten Darlehensvertrags bereit gewesen zu sein".

8 Die Klägerin hingegen habe mit ihrer unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung, sie habe die Bearbeitungsgebühr akzeptieren müssen und hätte andernfalls den Kredit nicht erhalten, keine Tatsachen vorgetragen, die geeignet seien, ihre auf eigener Einschätzung beruhende Behauptung zu belegen. Sie habe nicht dargetan, vor oder nach Erhalt des Term Sheet den von ihr als Zeu-

gen benannten Mitarbeiter der Beklagten auf die geforderte Gebühr angesprochen zu haben oder in sonstiger Weise diesbezüglich bei der Beklagten vorstellig geworden zu sein und daraufhin die Auskunft erhalten zu haben, die Gebühr sei nicht verhandelbar. Das Beweisangebot beziehe sich somit allenfalls auf eine Vermutung der Klägerin. Einem auf Ausforschung gerichteten Beweisangebot müsse aber nicht nachgegangen werden.

- 9 Tatsachenvortrag, den die Klägerin zur Situation ihres Geschäftsführers nach Erhalt des Term Sheet gehalten habe, sei erst im Anschluss an den Hinweis des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO gehalten worden und deswegen nicht mehr zuzulassen. Das betreffe auch Vortrag zu der Äußerung eines von der Klägerin bereits früher benannten Zeugen, es könne weder am Zins noch am Bearbeitungsentgelt oder an der Laufzeit etwas geändert werden. Die Beklagte habe nämlich bereits mit der Klageerwiderung die Behauptung der Klägerin, die Vertragsbedingungen seien nicht ausgehandelt worden, unter Hinweis auf das Term Sheet als Ergebnis dieser Verhandlungen bestritten. Die hierauf aufgestellte Behauptung der Klägerin, dass es Verhandlungen hierüber nicht gegeben habe, sie vielmehr die Bearbeitungsgebühr habe akzeptieren müssen, um den Kredit zu erhalten, sei von der Klägerin in erster Instanz nicht weiter substantiiert worden. Ihr neuer Sachvortrag sei gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen. Denn es sei nicht dargetan, dass die Klägerin die von ihr aufgestellten Behauptungen zum Ablauf der der Kreditvergabe vorangegangenen Gespräche nicht bereits in erster Instanz hätte vortragen können.

II.

10 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen (vgl. Senatsbeschlüsse vom 11. Mai 2004 - XI ZB 39/03, BGHZ 159, 135, 139 f., vom 9. Februar 2010 - XI ZR 140/09, BKR 2010, 515, 516 und vom 10. Januar 2017 - XI ZR 365/14, BKR 2017, 164 Rn. 8). Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, indem es ihren Sachvortrag zu der Frage, ob das im Streit stehende Bearbeitungsentgelt zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt worden ist, nicht in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise berücksichtigt hat. Das angefochtene Urteil ist daher gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

11 1. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet die Gerichte, das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 60, 247, 249; 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293; 83, 24, 35). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG setzt dabei eine gewisse Evidenz der Gehörsverletzung voraus (vgl. BVerfGE 22, 267, 274; 65, 293, 295 f.; 70, 288, 293; 79, 51, 61; 86, 133, 145 f.; 96, 205, 216 f.). Überspannt das Gericht offenkundig Anforderungen an die Substantiierung und versäumt es deshalb, entscheidungserheblichen Sachvortrag in der nach Art. 103 Abs. 1 GG gebotenen Weise zur Kenntnis zu nehmen, ist der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs evident verletzt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. Februar 2012 - VIII ZR 124/11, WuM 2012, 311 Rn. 5 und vom 22. Januar 2013 - XI ZR 471/11, NJW-RR 2013, 948 Rn. 7). Nichts anderes gilt, wenn das Berufungsgericht Vorbringen einer Partei in offensichtlich fehlerhafter Anwendung des § 531 Abs. 2 ZPO nicht zulässt (BGH, Beschlüsse vom 3. März 2015

- VI ZR 490/13, NJW-RR 2015, 1278 Rn. 7, vom 6. Mai 2015 - VII ZR 53/13, NJW-RR 2015, 1109 Rn. 9 und vom 6. April 2016 - VII ZR 40/15, juris Rn. 9).

12 2. Nach diesen Maßgaben ist Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

13 a) Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin in einem nach Art. 103 Abs. 1 GG bedeutsamen Maße verfehlt, indem es bei der Prüfung, ob es sich bei der angegriffenen Vertragsbedingung um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelte, von der Klägerin Vortrag zu den Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB verlangt hat, obwohl solcher Vortrag zunächst der Beklagten oblag und von dieser nicht gehalten wurde.

14 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 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. In der Regel schlägt sich das Aushandeln in Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Die allgemein geäußerte Bereitschaft, belastende Klauseln abzuändern, genügt nicht (Senatsurteile vom 28. Juli 2015

- XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 23 und vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 23 mwN).

15 Nach diesen Grundsätzen ist eine Klausel nicht schon dann nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt worden, wenn nach Verhandlungen über verschiedene andere Teilaspekte eines Vertrages dort Vertragsbedingungen geändert worden sind. Zwar mögen die Vertragspartner bei solchen Verhandlungen jeweils für sich ihre wirtschaftliche Position als einheitliches Paket beurteilt haben. Das rechtfertigt es aber nicht, eine vom Verwender gestellte, konkret nicht verhandelte und unverändert in den Vertrag übernommene Vertragsbedingung als ausgehandelt anzusehen. Denn das Aushandeln muss sich nach dem Gesetzeswortlaut jeweils auf bestimmte Vertragsbedingungen beziehen ("im Einzelnen") und führt nur in diesem Umfang ("soweit") zur Nichtanwendung der §§ 305 ff. BGB (vgl. auch BGH, Urteile vom 5. Dezember 1995 - X ZR 14/93, WM 1996, 967, 973 und vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 322 f. sowie Beschluss vom 5. März 2013 - VIII ZR 137/12, NJW 2013, 1668 Rn. 7 ff.).

16 bb) Zwar ist das Berufungsgericht im Ausgangspunkt von der Darlegungslast der Beklagten ausgegangen. Die Beklagte hat aber bereits nicht behauptet, sie habe sich gegenüber der Klägerin deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln - hier zum Bearbeitungsentgelt - bereit erklärt. Stattdessen hat sie sich lediglich darauf berufen, sie hätte über das Bearbeitungsentgelt dann verhandelt, wenn die Klägerin das Entgelt von sich aus hinterfragt hätte. Damit hat die Beklagte nicht dargelegt, dass sie ihre Verhandlungsbereitschaft zu der hier streitigen Klausel deutlich und ernsthaft erklärt hat (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 Rn. 25).

- 17 Nichts anderes ergibt sich aus der in dem Term Sheet vom 30. August 2011 enthaltenen Passage, wonach "der Kreditnehmer kurzfristig eventuell bestehende Änderungswünsche" mitteilen solle. Denn auch darin kommt nur die allgemeine Bereitschaft der Beklagten zur Abänderung von Regelungen des Darlehensvertrags zum Ausdruck. Konkrete Anhaltspunkte für die erforderliche deutliche Erklärung der Beklagten, sie sei bereit, gerade den gesetzesfernen Kern der hier streitigen Klausel aufzugeben, finden sich im Sachvortrag der Beklagten nicht.
- 18 Das Berufungsgericht hat diesen den Voraussetzungen von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB offensichtlich nicht genügenden Vortrag der Beklagten ausreichen lassen und stattdessen von der Klägerin konkreten Sachvortrag für das Fehlen von Verhandlungen über die streitige Klausel verlangt.
- 19 b) Weiter hat das Berufungsgericht auch auf Grundlage seiner - unzutreffenden - Auffassung zur Darlegungslast hinsichtlich der Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB Vortrag der Klägerin zum Inhalt der Vertragsverhandlungen, den diese in ihrer Stellungnahme auf den Hinweis des Vorsitzenden des Berufungsgerichts nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO gehalten hat, nach § 531 Abs. 2 ZPO offensichtlich fehlerhaft nicht berücksichtigt.
- 20 aa) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Vorbringen ist jedoch dann nicht neu, wenn ein bereits schlüssiges Vorbringen aus erster Instanz im Berufungsverfahren durch weitere Tatsachenbehauptungen konkretisiert, verdeutlicht oder erläutert wird (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 166/11, NJW-RR 2012, 341 Rn. 15 sowie Beschlüsse vom 6. April 2016 - VII ZR 40/15, juris Rn. 9 und vom 13. Dezember 2017 - IV ZR 319/16, VersR 2018, 890 Rn. 14, jeweils mwN). Das gilt nicht nur für schlüssiges Vor-

bringen der darlegungs- und beweisbelasteten Partei, sondern ebenso für erhebliches Vorbringen des Gegners (BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2017, aaO).

21 bb) Die Beschwerde macht zu Recht geltend, dass die Klägerin schon in erster Instanz die Behauptung der Beklagten, das im Streit stehende Entgelt sei im Einzelnen ausgehandelt worden, ausreichend bestritten hat, sodass ihr Vortrag im Berufungsverfahren lediglich einer Konkretisierung erheblichen Vortrags diene.

22 (1) Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO hat sich eine Partei grundsätzlich über die von dem Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Der Umfang der erforderlichen Substantiierung richtet sich dabei nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei. Je detaillierter dieser ist, desto höher ist die Erklärungslast gemäß § 138 Abs. 2 ZPO. Ob ein einfaches Bestreiten als Erklärung gemäß § 138 Abs. 2 ZPO ausreicht oder ob ein substantiiertes Bestreiten erforderlich ist, hängt somit von dem Vortrag der Gegenseite ab (BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, WM 2014, 1447 Rn. 11 mwN).

23 (2) Danach war der Sachvortrag der Klägerin in erster Instanz, Verhandlungen über die streitige Bearbeitungsgebühr habe es nicht gegeben, ausreichend. Denn die darlegungsbelastete Beklagte hat keine konkreten Umstände zu Verhandlungen über die streitige Entgeltklausel vorgetragen, sondern lediglich die pauschale Behauptung allgemeiner Verhandlungen über den Inhalt des Darlehensvertrags aufgestellt. In der Folge genügte die Klägerin in erster Instanz ihrer Darlegungslast, indem sie Verhandlungen über die konkrete Entgeltklausel in Abrede stellte. Erstinstanzlichen Vortrag ergänzendes Vorbringen zum Verlauf der Verhandlungen vor Vertragsschluss, das die Klägerin nach dem gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erteilten Hinweis des Vorsitzenden des

Berufungsgerichts gehalten hat, durfte deswegen nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden. Es handelte sich nicht um "neues" Vorbringen, sondern um eine zulässige Konkretisierung des ausreichenden erstinstanzlichen Vortrags der Klägerin.

- 24 c) Der Zurückweisungsbeschluss beruht auf diesen Gehörsverletzungen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Gericht bei zutreffender Würdigung der Darlegungslast und Berücksichtigung des übergangenen Vorbringens anders entschieden hätte (vgl. BVerfGE 7, 95, 99; 62, 392, 396; 65, 305, 308). Das Berufungsgericht wäre dann möglicherweise zu der Überzeugung gelangt, bei den streitigen Regelungen in den Darlehensverträgen handle es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen. In der Folge kann nicht ausgeschlossen werden, dass unter Beachtung der Senatsrechtsprechung zu formularmäßigen Klauseln zu Bearbeitungsentgelten bei Unternehmerdarlehen

der Klage stattgegeben worden wäre (siehe unter anderem Senatsurteile vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172 und XI ZR 233/16, WM 2017, 1652 sowie vom 13. März 2018 - XI ZR 291/16, WM 2018, 1046).

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Rostock, Entscheidung vom 09.12.2016 - 9 O 415/16 (1) -

OLG Rostock, Entscheidung vom 08.12.2017 - 1 U 7/17 -