



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

XI ZR 233/16

Verkündet am:
4. Juli 2017
Herrwerth,
Justizangestellte
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 BI, § 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 Kontokorrentkredit handelt (Ergänzung zu Senatsurteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 562/15, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 - XI ZR 233/16 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2017 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter 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 und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger begehrt von der beklagten Bank die Rückzahlung von Bearbeitungsgebühren, die diese bei Auszahlung eines Darlehens einbehalten hat.
- 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 27. Oktober 2005 mit einer Vertragslaufzeit von elf Monaten, die dem Ankauf und Umbau eines Wohn- und Geschäftshauses in G. diente. In dem Vertrag verpflichtete sich die Beklagte, dem Kläger ein Darlehen mit dem Höchstbetrag von 1.350.000 € zur Verfügung zu stellen, welches der Kläger nach Absprache mit

der Beklagten während der Ankaufs- und Umbauphase als Kontokorrentkredit und nach Baufertigstellung in Form von Termingeldern (EURIBOR-Tranchen) nutzen durfte. Für den Kontokorrentkredit wurde zunächst ein Zinssatz in Höhe von 6,75% 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 drei Monaten zur Verfügung gestellt werden sollten, wurde ein Zinssatz von 2% p.a. über dem für die jeweilige Zinsperiode ermittelten EURIBOR festgelegt.

3 In Ziffer 3 des Vertrages ist eine "einmalige, sofort fällige, nicht laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr für das Darlehen" in Höhe von 13.500 € vorgesehen. Eine solche Gebühr wurde - mit abweichender Betragsangabe - in sieben weiteren von den Parteien geschlossenen Darlehensverträgen festgelegt.

4 Der Kläger erhielt in der Folge den um die Bearbeitungsgebühr gekürzten Nettodarlehensbetrag ausbezahlt. Er betrachtet die Vertragsklausel als unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung und begehrt deshalb die Rückzahlung der Gebühr zuzüglich gezogener Nutzungen und Zinsen, die die Beklagte dem Kläger für die Bearbeitungsgebühr in Rechnung gestellt hat. Die Beklagte ist der Ansicht, es handele sich um eine wirksame Individualvereinbarung und ein Rückforderungsanspruch sei jedenfalls verjährt.

5 Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit seiner von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

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 zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Dem Kläger stehe kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zu, da die in den Darlehensverträgen verwendete Klausel über eine "einmalige Bearbeitungsgebühr" wirksam sei und damit einen Rechtsgrund für die Leistungen des Klägers bilde.

9 Entgegen der Ansicht der Beklagten handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung und nicht um eine Individualvereinbarung. Die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, dass sie tatsächlich ernsthaft zu Verhandlungen über die Vereinbarung eines Entgelts nach Grund und Höhe bereit gewesen sei.

10 Obwohl der Vertrag als "Verbraucherdarlehensvertrag" überschrieben sei, habe der Kläger als Unternehmer und nicht nur zur Verwaltung seines privaten Vermögens gehandelt. Er sei schon seit langen Jahren als Immobilienentwickler tätig. Der erhebliche Umfang dieser Tätigkeit sei aufgrund der acht vor dem Berufungsgericht anhängigen Parallelverfahren gerichtsbekannt.

11 Bei der Vertragsklausel über die Bearbeitungsgebühr handele es sich um eine kontrollfähige Preisnebenabrede. Es sollten Kosten für solche Tätigkeiten auf den Kläger abgewälzt werden, welche der Beklagten im Vorfeld der Darle-

hengewährung oder bei deren Abwicklung im eigenen Interesse entstünden. Sowohl wirtschaftlich als auch aufsichtsrechtlich habe die Bank eine Bonitätsprüfung im eigenen Interesse vorzunehmen.

12 Die getroffene vertragliche Vereinbarung sei mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht zu vereinbaren. Gleichwohl sei die Zweifelsregelung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB widerlegt und eine unangemessene Benachteiligung des Klägers nicht gegeben.

13 Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Klausel müsse man fragen, ob die Klausel einen geschäftserfahrenen, seit langer Zeit in der Immobilienentwicklung tätigen Unternehmer unangemessen benachteilige. Es müsse auf den Typus des erfahrenen Kaufmanns abgestellt werden, der bereits in größerer Zahl entsprechende Darlehensgeschäfte abgewickelt habe und der daher voraussichtlich unter Einbeziehung der Gebühr kalkulieren werde, welche außerdem neben dem Zinsanteil nicht sehr ins Gewicht falle.

14 Bei der Gewährung eines Darlehens an einen Unternehmer müsse die Vereinbarung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts grundsätzlich anders beurteilt werden als im Falle eines Verbraucherdarlehens, weil diese Gestaltung dem Unternehmer auch deutliche Vorteile eröffnen könne. Dabei sei ganz wesentlich, dass der Gewerbetreibende im Gegensatz zum Verbraucher die Bearbeitungsgebühr typischerweise im Jahr der Finanzierung als Werbungskosten von seinen Einkünften abziehen könne. Gerade in wirtschaftlich ertragreichen Jahren könne sich aus Unternehmersicht die Vereinbarung einer abzugsfähigen Gebühr als sinnvoll darstellen, da sich der Werbungskostenabzug sofort auf die Steuerlast auswirke und jedenfalls liquiditätsschonend wirke. Bei einem der Einkommensteuer unterliegenden Gewerbetreibenden - wie hier

offenbar dem Kläger - könne dies sogar zu einem echten Einspareffekt führen, sofern durch die Gewinnkürzung die Progression sinken sollte.

15 Da die Klausel daher typischerweise auch einem wesentlichen Interesse des unternehmerisch tätigen Darlehensnehmers entspreche, führe sie zu keiner unangemessenen Benachteiligung. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass auch der Unternehmer die mitkreditierte Gebühr wie die restliche Valuta verzinse. Denn auch die hierauf anfallenden Zinsen könne das Unternehmen bzw. der Gewerbetreibende wiederum als Betriebsausgabe absetzen, womit dieser Aufwand typischerweise in erheblichem Maße kompensiert werde.

II.

16 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

17 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Kläger nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung 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).

18 1. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht noch 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.

19 a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwen-

der) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

20 aa) Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie für eine mehrfache Verwendung schriftlich aufgezeichnet oder in sonstiger Weise fixiert sind (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 20; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 305 Rn. 8). 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 13. Mai 2014, aaO Rn. 21).

21 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 dem Berufungsgericht vorliegenden Darlehensverträgen verwendet.

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

23 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 gesetzefremden 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 effek-

tiven 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; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 305 Rn. 20 und 23). 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).

24 Diese Anforderungen gelten auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern (vgl. etwa BGH, Urteile vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 27 und vom 22. Oktober 2015 - VII ZR 58/14, juris Rn. 26).

25 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 Verhandlungsführung 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 (vgl. dazu auch Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 305 Rn. 19). Dass die Bearbeitungsgebühr nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in allen dort vorliegenden Verfahren gleich hoch war, deutet allenfalls auf eine Verhandlungs-

bereitschaft der Beklagten zur Höhe der Gebühr, nicht aber hinsichtlich deren Anfalls hin.

26 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch die Wirksamkeit der verwendeten Klausel bejaht.

27 a) Der Senat hat in zwei Urteilen vom 13. Mai 2014 (XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 und XI ZR 170/13, WM 2014, 1325; siehe auch zu Bauspardarlehen Senatsurteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, WM 2017, 87 Rn. 11 ff.) entschieden, dass eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Kreditinstituts für den Abschluss von Privatkreditverträgen enthaltene Bestimmung über die Erhebung eines einmaligen Bearbeitungsentgelts nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle unterliegt und im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Der Kläger hat allerdings nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Tatsachengerichte bei dem Abschluss des vorliegenden Darlehensvertrags als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB gehandelt.

28 b) Ob die in diesen beiden Senatsentscheidungen niedergelegten Grundsätze auch auf formularmäßige Bearbeitungsentgelte in Darlehensverträgen anzuwenden sind, die nicht mit Verbrauchern geschlossen worden sind, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.

29 aa) Ein Teil der Instanzrechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur ist der Ansicht, dass die in den beiden Entscheidungen vom 13. Mai 2014 niedergelegten Grundsätze auch auf Darlehen mit Unternehmern Anwendung finden (OLG Celle, Urteil vom 2. Dezember 2015 - 3 U 113/15, juris; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 1158 und ZIP 2016, 2057; OLG Düsseldorf, WM 2016, 1983; Hanseatisches OLG in Bremen, Urteil vom 17. Mai 2017 - 1 U 70/16, juris; LG Chemnitz, Urteil vom 13. Juni 2014 - 7 O 28/13, juris; LG

Essen, BeckRS 2015, 16652; LG Magdeburg, BKR 2016, 159; LG Neuruppin, Urteil vom 24. September 2015 - 5 O 66/15, juris; LG Duisburg, MDR 2016, 1322; LG Erfurt, Urteil vom 17. Juni 2016 - 9 S 200/15, juris; LG Wiesbaden, Urteil vom 7. Juli 2016 - 9 S 28/15, juris; Fischer, EWiR 2017, 3, 4; Koch, WM 2016, 717 ff.; Kreft, AnwZert InsR 21/2015 Anm. 2; Lammeyer/Singbartl, GWR 2016, 482, 483; PWW/Nobbe, BGB, 12. Aufl., § 488 Rn. 50; Hubert Schmidt, LMK 2014, 361197; BeckOK BGB/Hubert Schmidt, 41. Ed. 1. November 2016, BGB § 307 Rn. 90; Schwintowski in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 488 BGB Rn. 40 und 46; BeckOGK/Zscheschack, Stand 3. Februar 2017, BGB § 307 Entgeltklausel Rn. 25 f.; differenzierend OLG Nürnberg, Urteil vom 4. April 2017 - 14 U 612/15, juris; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., (8) Banken (Kreditinstitute) Rn. 51b und (16) Darlehensverträge Rn. 3b).

30

bb) Die Gegenansicht, der sich auch das Berufungsgericht angeschlossen hat, lehnt eine Übertragung der Senatsrechtsprechung auf Unternehmerdarlehen hingegen mit unterschiedlichen Begründungen ab (OLG München, Beschluss vom 13. Oktober 2014 - 27 U 1088/14, juris; OLG Köln, WM 2016, 1985; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 2211; OLG Dresden, WM 2016, 1980; Kammergericht, BeckRS 2017, 108510; LG München I, ZIP 2015, 967; LG Frankfurt am Main, WM 2015, 1714; LG Saarbrücken, BeckRS 2015, 13513; LG Wiesbaden, Urteil vom 12. Juni 2015 - 2 O 298/14, juris; LG Kleve, NJW 2016, 258; LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2016, 01182; LG Braunschweig, BeckRS 2016, 03868; LG Ravensburg, Urteil vom 14. April 2016 - 2 O 218/15, juris; LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2016 - 4 S 194/15, juris; LG Schweinfurt, Urteil vom 21. Oktober 2016 - 32 S 25/16, juris; LG Krefeld, Urteil vom 9. Dezember 2016 - 1 S 47/16, juris; van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323 ff.; Casper/Möllers, WM 2015, 1689 ff.; Edelmann, WuB 2015, 653, 656 f.; Hanke/Adler, WM 2015, 1313 ff.; Hertel, jurisPR-BKR 2/2016 Anm. 4; Herweg/Fürtjes, ZIP

2015, 1261 ff.; Krepold in Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-HdB, 5. Aufl., § 78 Rn. 118i; Kropf/Habl, BKR 2015, 316, 320 f.; Lang/Schulz, WM 2015, 2173 ff.; Piekenbrock, ZBB 2015, 13 ff.; BeckOGK/C. Weber, Stand 1. Februar 2017, BGB § 488 Rn. 315.12 f.; S. Weber, WM 2016, 150 ff.; ders., WuB 2017, 213, 215).

31 c) Zutreffend ist die erstgenannte Ansicht. Die in den beiden Urteilen vom 13. Mai 2014 zur Beurteilung von Entgeltklauseln in Verbraucherkreditverträgen entwickelten Grundsätze gelten ebenso für Darlehensverträge, die mit Unternehmern geschlossen werden. Danach unterliegt die streitige Klausel über eine "einmalige, sofort fällige, nicht laufzeitabhängige Bearbeitungsgebühr für das Darlehen" der Inhaltskontrolle (3.) und hält dieser nicht stand (4.).

32 3. Die angegriffene Klausel unterliegt entgegen der Ansicht der Beklagten auch bei Verwendung gegenüber einem Unternehmer nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle.

33 a) § 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 zwar 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 Klauselverwender 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 (st. Rspr., Senatsurteile vom

21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 16 und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 24, jeweils mwN).

34 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).

35 b) 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.

36 Die mit dem streitgegenständlichen Bearbeitungsentgelt bezahlten Leistungen werden in dem Darlehensvertrag nicht genannt. Nach der verwendeten Bezeichnung "Bearbeitungsgebühr für das Darlehen" handelt es sich um Entgelt für die Bearbeitung des Darlehensantrages einschließlich der Vorbereitung des Vertragsschlusses sowie für Verwaltungsaufwand der Beklagten bei Kreditbearbeitung und -auszahlung (vgl. dazu Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 36 ff. und XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 28 f.).

Für die stattdessen von der Beklagten vertretene Auffassung, mit der Gebühr werde außergewöhnlicher Aufwand bei der Bonitätsprüfung und der Beratung des Klägers als unternehmerisch tätigen Projektentwickler abgegolten, enthält der Wortlaut der Klausel aus Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners keinen Anhaltspunkt. Nichts anderes gilt für die in der Revisionserwiderung von der Beklagten aufgestellte Behauptung, die Gebühr stehe in Zusammenhang mit der besonderen Vertragsgestaltung, die dem Kläger alternativ die Inanspruchnahme eines Kontokorrentkredits oder von Termingeldern ermögliche. Aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners weist die Bezeichnung "Bearbeitungsgebühr für das Darlehen" auch keinen Bezug zu dieser konkreten Ausgestaltung des vorliegenden Darlehens auf.

37 c) Ein solches Bearbeitungsentgelt ist auch bei Unternehmerdarlehen nicht als kontrollfreie Preishauptabrede anzusehen.

38 aa) Die der Inhaltskontrolle entzogene Bestimmung über den Preis für die Gewährung des Darlehens im Sinne von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ist beim Darlehen - vorbehaltlich etwaiger kontrollfreier Entgelte für Sonder- oder Zusatzleistungen - zunächst der gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zu zahlende Zins (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 31 ff.). Dies gilt, wie die systematische Einordnung des § 488 BGB als allgemeine Vorschrift des Darlehensrechts zeigt, in gleicher Weise für Verbraucher- wie für Unternehmerdarlehen.

39 bb) Darüber hinaus stellt das Bearbeitungsentgelt - anders als die Beklagte meint - auch bei Unternehmerdarlehen kein Entgelt für eine rechtlich selbstständige, gesondert vergütungsfähige Leistung des Kreditinstituts dar. Vielmehr werden mit dem Bearbeitungsentgelt Kosten für Tätigkeiten auf die

Kunden des Kreditinstituts abgewälzt, die dieses im eigenen Interesse erbringt oder aufgrund bestehender eigener Rechtspflichten zu erbringen hat.

40 (1) Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht (vgl. Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1314) folgt bei Unternehmerdarlehen auch aus § 354 HGB nichts anderes. Zwar liegt dieser Norm der Erfahrungssatz zugrunde, dass ein Kaufmann seine Geschäftsleistungen nicht unentgeltlich erbringt (MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 3. Aufl., HGB § 354 Rn. 1). Das betrifft vorliegend aber lediglich den Zins als Entgelt für die Kapitalnutzung, weil § 354 HGB Geschäfte oder Dienste des Kaufmanns betrifft, die dieser für einen anderen erbringt. Wird hingegen der Kaufmann im eigenen Interesse tätig, ist § 354 HGB selbst dann nicht anwendbar, wenn die Bemühungen des Kaufmanns im Ergebnis auch anderen zugutekommen (BGH, Urteil vom 21. November 1983 - VIII ZR 173/82, WM 1984, 165, 166; MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 3. Aufl., HGB § 354 Rn. 9). Folglich ist auch bei einem Unternehmerdarlehen nicht jede Tätigkeit des Kreditinstituts von vornherein gesondert zu entgelten (vgl. auch BeckOK BGB/H. Schmidt, 41. Ed. 1. November 2016, BGB § 307 Rn. 90), sondern entscheidend ist, in wessen Interesse die bepreiste Tätigkeit erbracht wird.

41 (2) Danach ist die Zurverfügungstellung der Darlehenssumme auch bei einem Unternehmerdarlehen keine gesondert vergütungsfähige, neben die Kapitalüberlassung tretende Sonderleistung des Kreditinstituts für den Kunden. Die Beschaffung des Kapitals dient vielmehr auch in diesen Fällen der Sicherstellung der eigenen Refinanzierung der Bank. Diese erfüllt mit der Überlassung des vereinbarten Geldbetrages sodann ihre gesetzliche Hauptleistungspflicht aus § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 58).

- 42 (3) Dies gilt ebenso für die Prüfung der Bonität des Kunden (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 49 ff.). Soweit dabei auf den Aufwand bei der Prüfung von Geschäftsplänen, Bilanzen, weiteren Zahlenwerken und ähnlichen Finanzierungsgrundlagen und dem hieraus folgenden individuellen Zuschnitt der Finanzierung hingewiesen wird (ähnlich: van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 326; Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1314; Lang/Schulz, WM 2015, 2173, 2178; aA OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 1158, 1159; Lapp/Salamon in Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 307 BGB Rn. 69; Schwintowski in Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 488 BGB Rn. 40; BeckOGK/Zschieschack, Stand 3. Februar 2017, BGB § 307 Entgeltklausel Rn. 26), ändert dies nichts an der zugrunde liegenden Interessenlage. Die Bonitätsprüfung und die Bewertung der angebotenen Sicherheiten erfolgt im Regelfall im Interesse des Kreditinstituts und im öffentlichen Interesse der Kreditwirtschaft, Forderungsausfälle zu vermeiden (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 50). Dass damit in Einzelfällen zugleich eine Überschuldung des Unternehmers verhindert werden kann (hierauf abstellend: Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1315 und Lang/Schulz, WM 2015, 2173, 2178), beruht lediglich auf einem reflexartigen Nebeneffekt.
- 43 (4) Dies stellt sich auch unter Berücksichtigung der Buchführungs- und Bilanzierungspflichten kaufmännischer Darlehensnehmer nicht anders dar (so aber LG Kleve, NJW 2016, 258 f.).
- 44 Zwar treffen den Kaufmann nach § 238 HGB und § 242 HGB eigene öffentlich-rechtliche Pflichten, die u.a. der Selbstkontrolle seiner Bonität und dem Schutz seiner Gläubiger dienen (Böcking/Gros in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 3. Aufl., HGB § 238 Rn. 1 und § 242 Rn. 1; MünchKommHGB/Ballwieser, 3. Aufl., HGB § 238 Rn. 1 und § 242 Rn. 1). Das ändert aber nichts

daran, dass die vor Vergabe eines Darlehens von dem Kreditinstitut durchgeführte Bonitätsprüfung in dessen eigenem Interesse erfolgt. Das Kreditinstitut nutzt dabei allenfalls ihm vorgelegte Jahresabschlüsse des Darlehensnehmers als Grundlage seiner eigenständigen Bonitätsprüfung. Sofern der Darlehensnehmer die Ergebnisse der Bonitätsprüfung des Kreditinstituts im Einzelfall später anderweitig verwenden könnte, würde es sich dabei lediglich um einen Nebeneffekt der im eigenen Interesse des Kreditinstituts vorgenommenen Prüfung handeln.

45 4. Die damit als Preisnebenabrede einzuordnende Klausel hält entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Klausel ist unwirksam, weil die Erhebung eines laufzeitunabhängigen Entgelts auch für die Bearbeitung eines Unternehmerdarlehens mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist und die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).

46 a) Das Berufungsgericht hat noch rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Erhebung des Bearbeitungsentgelts mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung unvereinbar ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Denn das von dem Kläger zu leistende Entgelt ist laufzeitunabhängig ausgestaltet und weicht daher von dem gesetzlichen Leitbild des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB ab, das ein laufzeitabhängiges Entgelt für die Darlehensgewährung vorsieht (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 67 f. und vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, WM 2016, 699 Rn. 40). Dieses Leitbild gilt für Unternehmerdarlehen in gleicher Weise wie für Verbraucherdarlehen. Es ist vorliegend auch insoweit maßgeblich, als der Kläger den ihm eingeräumten Kontokorrentkredit in Anspruch nehmen konnte (OLG Düsseldorf, WM 2016, 1983, 1984; unzutreffend daher LG Ravensburg, Urteil vom 14. April 2016 - 2 O

218/15, juris Rn. 30). Denn wenn der Kunde das Darlehen abrufen, gilt für seine Zahlungspflicht die Vorschrift des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.

47 Weiter ist die Klausel unwirksam, weil die Beklagte damit Kosten auf den Kläger abwälzt, die für die Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht anfallen. Denn es gehört zu den wesentlichen Grundlagen des dispositiven Gesetzesrechts, dass jeder Rechtsunterworfenen für Tätigkeiten, zu denen er gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet ist oder die er überwiegend im eigenen Interesse erbringt, kein gesondertes Entgelt verlangen kann (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 66 und vom 16. Februar 2016 - XI ZR 454/14, WM 2016, 699 Rn. 39 f.).

48 b) Durch diese Abweichungen von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung wird eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 69 mwN). Diese gesetzliche Unwirksamkeitsvermutung gilt, wie sich aus § 310 Abs. 1 BGB ergibt, auch für Verträge mit Unternehmern (Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 310 Abs. 1 BGB Rn. 18; Casper/Möllers, WM 2015, 1689, 1690; unzutreffend Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1317).

49 Die Vermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wäre widerlegt, wenn die Klausel auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung den Kunden nicht unangemessen benachteiligt. Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild sachlich gerechtfertigt oder der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt ist (Senatsurteile vom 14. Januar 2014 - XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 Rn. 45 mwN und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, WM 2017, 80 Rn. 32, zur Veröffentlichung in

BGHZ vorgesehen). Solche Gründe sind aber - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - weder von der Beklagten dargetan noch sonst ersichtlich.

50 aa) Wie vom Senat bereits ausgeführt worden ist, hat der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 312a Abs. 3 BGB in der seit dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung nicht zum Ausdruck gebracht, dass er Bearbeitungsentgelte generell für zulässig erachtet (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 72). Bei Kreditvergabe an Unternehmer kann nichts anderes gelten (Koch, WM 2016, 717, 719; aA van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 327; Herweg/Fürtjes, ZIP 2015, 1261, 1269), denn die in dieser Vorschrift niedergelegten formalen Anforderungen lassen keine Rückschlüsse auf die materiellrechtliche Zulässigkeit eines Bearbeitungsentgelts - wie des hier im Streit stehenden - zu (Senatsurteil vom 13. Mai 2014, aaO).

51 bb) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist es unerheblich, dass das Bearbeitungsentgelt neben dem Zinsanteil nicht sehr ins Gewicht fällt. Denn die geringe Höhe eines Entgelts ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich kein geeignetes Kriterium, um eine unangemessene Benachteiligung zu rechtfertigen (Senatsurteil vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, WM 2017, 80 Rn. 40 mwN).

52 cc) Zur Rechtfertigung der Klausel kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass ein Unternehmer in der Lage sei, die durch Erhebung eines Bearbeitungsentgelts entstehenden Belastungen auf nachgelagerte Handelsstufen oder Endkunden abzuwälzen (so aber LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2016 - 4 S 194/15, juris Rn. 41; Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1317 f.; Lang/Schulz, WM 2015, 2173, 2174; aA Koch, WM 2016, 717, 721 f.; differenzierend Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 307 BGB Rn. 189). Zwar ist anerkannt, dass eine den Vertragspartner benachteiligende Abweichung vom

dispositiven Gesetzesrecht durch Gewährung anderer rechtlicher Vorteile kompensiert werden kann (Senatsurteil vom 23. April 1991 - XI ZR 128/90, BGHZ 114, 238, 242 f. und 246). Die inhaltliche Unausgewogenheit einer Klausel, die den Verwender einseitig begünstigt, kann aber nur durch Vorteile für dessen Vertragspartner kompensiert werden, die ihm vom Klauselverwender gewährt werden (vgl. auch Senatsurteil vom 21. April 2015 - XI ZR 200/14, WM 2015, 1232 Rn. 18). Deswegen ist es unerheblich, ob es einzelnen Unternehmern durch überobligationsmäßige Anstrengungen gelingen kann, die finanziellen Nachteile, die ihnen durch die angegriffene Klausel entstehen, auf ihre Kunden abzuwälzen.

53 dd) Aus demselben Grund kann die Angemessenheit eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts nicht mit eventuell hieraus resultierenden steuerlichen Vorteilen auf der Seite des unternehmerischen Kreditnehmers - verbunden mit einem niedrigeren Vertragszins - begründet werden.

54 (1) Auch die von der Revision genannten steuerlichen Vorteile beruhen nicht auf einem Entgegenkommen der Beklagten als Klauselverwender, sondern können lediglich im Einzelfall nach Maßgabe der konkreten steuerlichen Situation des Vertragspartners eintreten.

55 (2) Unabhängig davon wird eine an sich unangemessene Benachteiligung der Kunden durch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Entgelte im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht schon deswegen durch einen niedrigeren Zinssatz ausgeglichen, weil es einzelnen Kunden gelingt, einen größeren Teil der anfallenden Bearbeitungsgebühr sofort steuerlich zum Abzug zu bringen (so LG Itzehoe, Urteil vom 6. September 2016 - 7 O 129/15, juris Rn. 34 ff.; Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1318).

- 56 (a) Ein Unternehmer mag zwar, wie die Beklagte herausstellt, ein Interesse daran haben, von einem durch das fixe Bearbeitungsentgelt ermöglichten reduzierten Zinssatz zu profitieren (so Herweg/Fürtjes, ZIP 2015, 1261, 1267). Dabei übersieht sie aber, dass nach gefestigter Rechtsprechung im Rahmen der Inhaltskontrolle von Formulklauseln nach § 307 BGB eine unangemessene Benachteiligung nicht mit einem möglicherweise geringeren Preis gerechtfertigt werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 16. November 1992 - II ZR 184/91, BGHZ 120, 216, 226 und vom 4. September 2013 - IV ZR 215/12, BGHZ 199, 170 Rn. 43).
- 57 (b) Ohnehin verbietet sich nach der im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gebotenen überindividuellen und generalisierenden Betrachtungsweise die Unterstellung einer einheitlichen steuerlichen Interessenlage unternehmerischer Kreditnehmer. Vielmehr zeigt der hierzu eröffnete steuerliche Gestaltungsspielraum (siehe dazu etwa van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 329), dass es ebenso Kunden gibt, deren steuerliche Interessen gegen die Erhebung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts zu Beginn des Vertragsverhältnisses sprechen (so auch Koch, WM 2016, 717, 721).
- 58 ee) Soweit in diesem Zusammenhang geltend gemacht wird, jedenfalls sei eine Mitkreditierung des Bearbeitungsentgelts, wie sie hier nach den nicht angegriffenen Feststellungen der Tatsachengerichte vereinbart wurde, für den Unternehmer finanziell vorteilhafter als dessen gesonderte Erhebung, sodass der Unternehmer die Mitkreditierung regelmäßig vorziehen werde, führt das im vorliegenden Falle zu keinem anderen Abwägungsergebnis. Denn bei der gebotenen überindividuellen und generalisierenden Betrachtungsweise handelt es sich wiederum nicht um einen allgemein eintretenden Vorteil auf der Seite des Kunden, der der Indizwirkung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegenstehen könnte.

59 Allerdings hat der Senat im Zusammenhang mit Verbraucherdarlehensverträgen ergänzend auf die aus der Mitkreditierung eines Bearbeitungsentgelts resultierende Pflicht des Kunden hingewiesen, Zinsen auf das Bearbeitungsentgelt zu zahlen (Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 77 f. und XI ZR 170/13, WM 2014, 1325 Rn. 84 f.). Soweit in diesem Zusammenhang geltend gemacht wird, dass es für den Kunden der Bank im Einzelfall wirtschaftlich vorteilhafter sein könne, das Bearbeitungsentgelt zu finanzieren anstatt es aus Liquiditätsreserven zahlen zu müssen (vgl. Casper/Möllers, WM 2015, 1689, 1696 ff.), ändert das nichts an der entscheidenden Zahlung des Bearbeitungsentgelts als solcher. Es verbleibt unabhängig von der Frage, ob dieses zusätzliche Entgelt finanziert oder aus Eigenkapital aufgebracht wird, bei der durch die streitgegenständliche Klausel ausgelösten und - zumindest teilweise - nicht ausgeglichenen Benachteiligung des Kunden, entgegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das zusätzliche Bearbeitungsentgelt zahlen zu müssen.

60 ff) Die streitige Klausel hält auch nicht bei angemessener Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach § 310 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB der Inhaltskontrolle stand.

61 (1) Nach dieser Vorschrift ist bei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs Rücksicht zu nehmen und darüber hinaus den Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs angemessen Rechnung zu tragen (BGH, Urteile vom 27. September 1984 - X ZR 12/84, BGHZ 92, 200, 206 und vom 14. Mai 2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rn. 43). Der kaufmännische Rechtsverkehr ist wegen der dort herrschenden Handelsbräuche, Usancen, Verkehrssitten und wegen der zu meist größeren rechtsgeschäftlichen Erfahrung der Beteiligten auf eine stärkere

Elastizität der für ihn maßgeblichen vertragsrechtlichen Normen angewiesen als der Letztverbraucher. Innerhalb des kaufmännischen Geschäftsverkehrs sind auch die branchentypischen Interessen der Vertragschließenden zu berücksichtigen (BGH, Urteile vom 14. Mai 2014 - VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rn. 43 und vom 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14, BGHZ 206, 305 Rn. 40, jeweils mwN).

62 (2) Auf einen zu ihren Gunsten eingreifenden Handelsbrauch kann sich die Beklagte nicht berufen.

63 Das Bestehen eines Handelsbrauchs nach § 346 HGB setzt voraus, dass die am Vertrag Beteiligten im Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses davon ausgehen, es bestehe eine allgemeine Übung, die eine Verpflichtung auch ohne Abschluss einer darauf gerichteten Vereinbarung begründet (BGH, Urteil vom 25. November 1993 - VII ZR 17/93, WM 1994, 601, 602). Deswegen steht der Annahme eines Handelsbrauchs zwar nicht entgegen, dass dieser im Einzelfall aus Gründen der Vollständigkeit oder zur Beweissicherung im Vertrag schriftlich niedergelegt wird. Entscheidend bleibt aber, dass die Beteiligten von einer entsprechenden Verpflichtung kraft allgemeiner Übung unabhängig davon ausgegangen sein müssen, dass diese - letztlich redundant - schriftlich fixiert worden ist. Allein die Tatsache, dass in einer Vielzahl von gleichartigen Verträgen eine entsprechende Vereinbarung - hier durch Allgemeine Geschäftsbedingungen - getroffen wird, kann mithin die Existenz eines Handelsbrauchs nicht belegen. Von einem Handelsbrauch kann vielmehr erst gesprochen werden, wenn eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffene Regelung auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung freiwillig befolgt würde (BGH, Urteil vom 2. Juli 1980 - VIII ZR 178/79, WM 1980, 1122, 1123; MünchKommBGB/Basedow, 7. Aufl., § 310 Rn. 11).

- 64 Dafür besteht vorliegend kein Anhalt. Auch die Beklagte macht nicht geltend, bei Unternehmerdarlehen würden von den Darlehensnehmern Bearbeitungsentgelte auch dann gezahlt, wenn diese im Darlehensvertrag bzw. in einbezogenen Geschäftsbedingungen nicht ausdrücklich vereinbart worden sind. Die Üblichkeit einer Klausel (hierauf abstellend etwa Piekenbrock, ZBB 2015, 13, 19) für sich kann deren Unangemessenheit nicht ausräumen (Senatsurteil vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 267 mwN).
- 65 (3) Die Angemessenheit der Klausel lässt sich auch nicht mit Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs rechtfertigen.
- 66 (a) Klauseln wie die hier im Streit stehende wurden sowohl im Rechtsverkehr mit Verbrauchern (vgl. nur Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 und XI ZR 170/13, WM 2014, 1325) als auch mit Unternehmern verwendet. Die Verwendung solcher Klauseln beruht mithin nicht auf Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs.
- 67 (b) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts wird die Unwirksamkeitsvermutung des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch nicht dadurch widerlegt, dass im Verhältnis zu kreditgebenden Banken Unternehmer allgemein weniger schutzwürdig wären.
- 68 (aa) Teile der Instanzrechtsprechung und der Literatur halten Unternehmer bei Abschluss von Darlehen allgemein für weniger schutzbedürftig, da diese geschäftserfahren seien und über wirtschaftliches Verständnis verfügten (vgl. beispielsweise LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2016 - 4 S 194/15, juris Rn. 41; LG Krefeld, Urteil vom 9. Dezember 2016 - 1 S 47/16, juris Rn. 32; van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 327; Hertel, jurisPR-BKR 2/2016 Anm. 4; S. Weber, WM 2016, 150, 153 f.; aA Hubert Schmidt, LMK 2014, 361197). Wie die dem Verbraucherschutz dienenden §§ 491 ff. BGB sowie die in Art. 247

EGBGB normierten Informationspflichten zeigen, gehe der Gesetzgeber davon aus, dass ein Unternehmer aufgrund seiner Geschäftstätigkeit in der Regel Erfahrung mit der Aufnahme von Krediten habe und die marktüblichen Gepflogenheiten kenne (van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 327; Casper/Möllers, WM 2015, 1689, 1695). Darüber hinaus verfüge ein Unternehmer über eine stärkere Verhandlungsmacht gegenüber Banken als ein Verbraucher (LG Frankfurt am Main, WM 2015, 1714, 1715; Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1318; Hertel, jurisPR-BKR 2/2016 Anm. 4; Kropf/Habl, BKR 2015, 316, 320 f.; aA LG Magdeburg, BKR 2016, 159, 161; Fischer, EWiR 2017, 3, 4).

69 (bb) Diese Argumentation übersieht, dass der Schutzzweck des § 307 BGB, die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zu begrenzen, auch zugunsten eines - informierten und erfahrenen - Unternehmers gilt.

70 (aaa) Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen rechtfertigt sich u.a. aus dem Gesichtspunkt, einer unangemessenen, einseitigen Inanspruchnahme des Rechts, den Inhalt von Verträgen durch generelle Regelungen zu gestalten, dann entgegenzuwirken, wenn die Grundsätze der Vertragsgerechtigkeit in nicht zu billiger Weise verletzt sind (BGH, Urteile vom 7. Juli 1976 - IV ZR 229/74, WM 1976, 960, 961 und vom 15. Dezember 1976 - IV ZR 197/75, WM 1977, 287, 288; Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Einleitung Rn. 48). Die Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln soll vor Klauseln schützen, bei denen das auf einen gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht - wie hier - durch einseitige Gestaltungsmacht des Klauselverwenders außer Kraft gesetzt wird (BGH, Urteile vom 19. November 2009 - III ZR 108/08, BGHZ 183, 220 Rn. 13, vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, NJW 2014, 206 Rn. 27 und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 60 mwN).

- 71 Ob eine solche vom Verwender in Anspruch genommene einseitige Gestaltungsmacht sich aus dessen besonderer Erfahrung auf dem betreffenden Geschäftsfeld ergibt oder auf wirtschaftlicher Überlegenheit beruht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 30), ist dabei nicht entscheidend (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, NJW 2014, 206 Rn. 27). Der Schutzzweck der Inhaltskontrolle besteht vielmehr darin, der Gefahr einer Ausnutzung einseitiger Verhandlungsmacht durch den Verwender entgegenzutreten, welche typischerweise und unabhängig von der Marktstellung des Verwenders mit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen verbunden ist (BGH, Urteile vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 12 und vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 60; Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Einleitung Rn. 48 mwN).
- 72 (bbb) Danach sind im Hinblick auf die im Streit stehende Klausel Unternehmer nicht weniger schutzwürdig als Verbraucher.
- 73 Dass ein Unternehmer möglicherweise eine sich aus verschiedenen Entgeltkomponenten ergebende Gesamtbelastung besser abschätzen kann (BeckOGK/C. Weber, Stand 1. Februar 2017, BGB § 488 Rn. 315.12; vgl. auch Guggenberger, BKR 2017, 1, 6), belegt nicht die Angemessenheit der Klausel bei Verwendung gegenüber Unternehmern. Denn die Inhaltskontrolle hat einen anderen Zweck als das Transparenzgebot. Sie soll nicht vor schwer durchschaubaren Entgeltvereinbarungen, sondern unabhängig davon allgemein vor Klauseln schützen, bei denen das auf einen gegenseitigen Interessenausgleich gerichtete dispositive Gesetzesrecht durch einseitige Gestaltungsmacht des Klauselverwenders außer Kraft gesetzt wird (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 60 mwN).

- 74 Es gibt auch keinen Anhalt dafür, dass Kreditinstitute gegenüber Unternehmern - anders als gegenüber Verbrauchern - keine solche einseitige Gestaltungsmacht in Anspruch nehmen könnten, da eine situative Unterlegenheit von Unternehmern allgemein geringer sei als von Verbrauchern. Vielmehr kann die wirtschaftliche Situation von Unternehmern, deren Geschäftserfolg von der Darlehensgewährung abhängt, durchaus ein höheres Maß von Abhängigkeit von dem Kreditinstitut aufweisen, als das bei Verbrauchern der Fall ist, die um einen Immobiliarkredit zum Zwecke der Errichtung eines Eigenheims oder gar nur um einen Konsumentenkredit nachsuchen (vgl. OLG Düsseldorf, WM 2016, 1983, 1984 f.; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 2057, 2059; LG Magdeburg, BKR 2016, 159, 161; LG Neuruppin, Urteil vom 24. September 2015 - 5 O 66/15, juris Rn. 33; LG Erfurt, Urteil vom 17. Juni 2016 - 9 S 200/15, juris Rn. 26; Fischer, WuB 2017, 37, 41).
- 75 (cc) Deswegen besteht auch keine Grundlage dafür, bei der Inhaltskontrolle der vorliegenden Klausel zwischen verschiedenen Gruppen von Unternehmern zu differenzieren.
- 76 (aaa) Sowohl die Tatsache, dass ein Unternehmer Darlehensverträge mit vergleichbaren Klauseln häufiger abgeschlossen hat (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 27. April 2016 - 13 U 134/15, juris Rn. 31 ff.; LG Chemnitz, Urteil vom 13. Juni 2014 - 7 O 28/13, juris Rn. 29), als auch der Umstand, dass der Abschluss von Darlehensverträgen zum Kerngeschäft des Unternehmens gehört (vgl. LG Braunschweig, BeckRS 2016, 03868 Rn. 28; LG Wiesbaden, Urteil vom 7. Juli 2016 - 9 S 28/15, juris Rn. 29), sowie die Einschaltung eines eigenen Steuerberaters (vgl. LG Saarbrücken, BeckRS 2015, 13513) können im Einzelfall allenfalls dafür sprechen, dass der betroffene Unternehmer die Risiken einer Klausel besser einschätzen konnte. Diesem Umstand kommt jedoch, wie dargestellt, bei einer übersichtlichen und ohne weitere

Schwierigkeiten einzuordnenden Gebührenklausel wie derjenigen, über die vorliegend zu entscheiden ist, keine Bedeutung zu.

77 (bbb) Unabhängig davon kommt es nach der gebotenen überindividuellen und generalisierenden Betrachtungsweise nicht darauf an, ob der Vertragspartner des Verwenders aufgrund seiner Verhandlungsmacht im Einzelfall die Möglichkeit gehabt hätte, für ihn günstigere, der Gesetzeslage entsprechende Vereinbarungen zu treffen (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, NJW 2014, 206 Rn. 27).

78 gg) Eine unangemessene Benachteiligung kann auch nicht unter Verweis auf bankbetriebswirtschaftliche Erwägungen verneint werden. Wie der Senat entschieden hat, sind Klauseln in Verbraucherdarlehensverträgen, die laufzeitunabhängige Bearbeitungsentgelte vorsehen, nicht deswegen angemessen, weil Kreditinstitute gegebenenfalls anfallende Vorfälligkeitsentschädigungen nicht für auskömmlich erachten und sich deswegen gezwungen sehen, im Falle der Unwirksamkeit von Formulklauseln über Bearbeitungsgebühren den betreffenden Bearbeitungsaufwand in den Sollzinssatz einzupreisen (vgl. dazu Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 74 ff.). Für entsprechende Klauseln in Unternehmerdarlehensverträgen gilt nichts anderes.

79 (1) Auch für Unternehmerdarlehen ist nicht erkennbar, weshalb Verwaltungsaufwand, der bei Abschluss des Darlehensvertrages für den Kreditgeber hauptsächlich zu Beginn anfällt, die Erhebung eines laufzeitunabhängigen pauschalierten Bearbeitungsentgelts erfordert (vgl. dazu Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 76).

80 (2) Zutreffend weist die Beklagte allerdings darauf hin, dass den Kläger auf Grundlage der vorliegenden Vereinbarung keine Pflicht zur vollständigen oder teilweisen Inanspruchnahme des Kredits traf. Dies betrifft nicht nur die Ein-

räumung des Kontokorrentkredits (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. Januar 2004 - IX ZR 39/03, BGHZ 157, 350, 355; Thessinga in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., BankR Rn. IV 265), sondern auch die Inanspruchnahme der Termingelder. In solchen Fällen wird die Erhebung eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts in Teilen der Instanzrechtsprechung und der Literatur damit gerechtfertigt, dass der Darlehensgeber - wie hier die Beklagte - andernfalls nicht sicher sein könne, ob das Darlehen überhaupt, in einer bestimmten Höhe und für eine ausreichend lange Zeit in Anspruch genommen wird, um durch die Zinserträge die Verwaltungskosten decken zu können (vgl. dazu OLG Nürnberg, Urteil vom 4. April 2017 - 14 U 612/15, juris Rn. 66; LG Ravensburg, Urteil vom 14. April 2016 - 2 O 218/15, juris Rn. 33; LG Itzehoe, Urteil vom 6. September 2016 - 7 O 129/15, juris Rn. 43 ff.; van Bevern/Schmitt, BKR 2015, 323, 328; S. Weber, BKR 2017, 106 f.; aA OLG Düsseldorf, WM 2016, 1983, 1984).

81 Das kann die Erhebung eines allgemeinen, laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts für die Darlehensgewährung auch im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht rechtfertigen.

82 (a) Der Annahme, die streitige Gebühr solle der Beklagten einen Ausgleich für Kosten gewähren, die sie bei Nichtabnahme oder vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens aus den Zinsen nicht decken könne, steht bereits - wie oben ausgeführt - der Wortlaut der streitigen Klausel entgegen, die der Senat selbstständig auszulegen hat (vgl. Senatsurteil vom 13. November 2012 - XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rn. 15). Danach wurde ausschließlich ein allgemeines Bearbeitungsentgelt und keine Gebühr für die Nichtabnahme oder vorzeitige Rückzahlung des Darlehens vereinbart. Auch der Regelungszweck von Ziffer 3 des Darlehensvertrags ist nicht auf ein Entgelt für Fälle gerichtet, in denen der

Beklagten der Zinsertrag für eine angenommene Laufzeit des Darlehens entgeht.

83 Unabhängig davon hat der Senat Formulklauseln, die dem Darlehensgeber Ausgleich auch für nach dem konkreten Darlehensvertrag nicht geschützte Zinserwartungen gewähren, die Anerkennung versagt (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 2016 - XI ZR 388/14, BGHZ 208, 290 Rn. 25 ff. mwN).

84 (b) Schließlich können Kosten, die im Falle einer zu Beginn unsicheren Höhe und Laufzeit des Darlehens anfallen, unter Beachtung des gesetzlichen Leitbilds des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB durch eine Erhöhung des Zinssatzes ausgeglichen werden (vgl. Senatsurteil vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, WM 2017, 80 Rn. 38). Das Risiko der Nichtabnahme des Darlehens oder einer vorzeitigen Vertragskündigung kann dabei durch eine Mischkalkulation berücksichtigt werden (vgl. Senatsurteil vom 25. Oktober 2016, aaO Rn. 39).

85 (c) Insoweit nimmt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung die Beklagte als Pfandbriefbank auch keine Sonderstellung ein, weil ihre Finanzierungsmöglichkeit über Pfandbriefe mit besonders hohen laufzeitunabhängigen Kosten verbunden sei und ihr zudem die Möglichkeit eröffne, günstigere Zinsen einzuräumen. Es handelt sich bei der Beklagten ebenso wie allgemein bei Kreditinstituten um bei Abschluss eines Darlehensvertrages anfallenden Verwaltungsaufwand, der - wie dargestellt - unter Beachtung des gesetzlichen Leitbilds des § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB durch den laufzeitabhängigen Zins ausgeglichen werden kann (vgl. Senatsurteile vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 44 und vom 25. Oktober 2016 - XI ZR 9/15, WM 2017, 80 Rn. 38).

86 hh) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung kommt dem Umstand, dass bei Unternehmerdarlehen - anders als bei bestimmten Verbrau-

cherdarlehen (vgl. dazu Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 79 f.) - der Einbehalt eines laufzeitunabhängigen Bearbeitungsentgelts nicht in Widerspruch zu einem Ablösungsrecht nach § 500 Abs. 2 BGB bzw. zur Deckelung einer Vorfälligkeitsentschädigung nach § 502 Abs. 1 Nr. 1 BGB - jeweils in der bis zum 20. März 2016 gültigen Fassung (nachfolgend aF) - treten und deswegen den Darlehensnehmer auch nicht von einer vorzeitigen Darlehensrückzahlung abhalten kann (vgl. dazu Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 27. April 2016 - 13 U 134/15, juris Rn. 35; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 2211, 2214; LG Braunschweig, BeckRS 2016, 03868 Rn. 33; LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2016 - 4 S 194/15, juris Rn. 40; Casper/Möllers, WM 2015, 1689, 1695; Hanke/Adler, WM 2015, 1313, 1318 f.; Koch, WM 2016, 717, 722 f.; Piekenbrock, ZBB 2015, 13, 19; BeckOGK/C. Weber, Stand 1. Februar 2017, BGB § 488 Rn. 315.13), keine entscheidende Bedeutung bei der Interessenabwägung nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. Denn diese Erwägung ist in der Rechtsprechung des Senats nur ergänzend herangezogen worden.

87 Deswegen ist auch bisher schon Klauseln über Bearbeitungsentgelte in Fällen die Anerkennung versagt worden, in denen der Darlehensnehmer kein vorzeitiges Lösungsrecht und keine Deckelung der Vorfälligkeitsentschädigung in Anspruch nehmen konnte. So lagen den Urteilen des Senats vom 28. Oktober 2014 (XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 2 und XI ZR 17/14, BKR 2015, 26 Rn. 2) Verträge vom 5. Februar 2008 und vom 8. Dezember 2006 zugrunde, auf die die von der Revisionserwiderung angesprochenen Regelungen in § 500 Abs. 2 BGB aF und § 502 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF gemäß Art. 229 § 22 Abs. 2 EGBGB keine Anwendung fanden. Auch dort bestanden - wie hier - zugunsten des jeweiligen Darlehensnehmers kein vorzeitiges Ablösungsrecht und keine Begrenzung der Vorfälligkeitsentschädigung, die durch den vollständigen Einbehalt eines Bearbeitungsentgelts hätten entwertet werden können.

- 88 c) Wie der Senat bereits für Verbraucherdarlehen entschieden hat (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 85 f.), steht Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG nicht der Annahme entgegen, Bearbeitungsentgelte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien unwirksam. Dies gilt in gleicher Weise für Unternehmerdarlehen.
- 89 aa) Es trifft zwar zu, dass das AGB-rechtliche Verbot, Bearbeitungsentgelte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erheben, einen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) der Beklagten darstellt. Denn das Grundrecht der Berufsfreiheit umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen bzw. mit Vertragspartnern auszuhandeln (BVerfG, WM 2000, 2040, 2041). Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt.
- 90 bb) § 307 BGB ist taugliche Schranke im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit. Denn die Inhaltskontrolle ist auch bei Unternehmerdarlehen zum Schutz der Privatautonomie des Vertragspartners des Klauselverwenders geboten, um im Sinne praktischer Konkordanz die erforderliche Waffengleichheit zwischen Klauselverwendern und deren Vertragspartnern herzustellen (vgl. BVerfG, WM 2010, 2044, 2046 und WM 2000, 2040, 2041). Die Annahme der Unwirksamkeit der angegriffenen Klausel entspricht zudem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 86 mwN). Andere, gleich geeignete, aber mildere Maßnahmen kommen nicht in Betracht. Insbesondere genügt - wie oben dargelegt - allein eine vollständige Information über die anfallenden Gesamtkosten des Kredits dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Schutzzweck einer Inhaltskontrolle nicht, da die unangemessene Benachteiligung des Kunden der Beklagten nicht auf fehlender Transparenz der streitigen

Klausel, sondern auf der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch die Beklagte als Klauselverwender beruht.

91 Unabhängig davon bleibt es der Beklagten unbenommen, ihren mit der Darlehensgewährung verbundenen Bearbeitungsaufwand während der Vertragslaufzeit durch entsprechende Kalkulation des Zinses zu decken, den sie innerhalb der Grenzen des § 138 BGB frei bestimmen kann (vgl. Senatsurteil vom 13. Mai 2014 - XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rn. 86 mwN).

III.

92 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.

93 1. Bereicherungsansprüche verjähren nach der Regelverjährung des § 195 BGB in drei Jahren. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (§ 199 Abs. 1 BGB). Der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB hat diese Kenntnis, wenn er von der Leistung und den Tatsachen weiß, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 35 mwN). Auf dieser Grundlage muss dem Anspruchsberechtigten die Erhebung einer Klage Erfolg versprechend,

wenn auch nicht risikolos möglich sein (Senatsurteil vom 23. September 2008 - XI ZR 262/07, WM 2008, 2155 Rn. 14 mwN).

94 Der Verjährungsbeginn setzt danach aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände voraus. Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht. Ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn aber hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Das gilt erst recht, wenn der Durchsetzung des Anspruchs eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 35 mwN).

95 2. Nach diesen Grundsätzen kann auf Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht entschieden werden, ob die Rückzahlungsansprüche des Klägers verjährt sind.

96 a) Der Anspruch des Klägers ist auf Grundlage der nicht angegriffenen Feststellungen der Tatsachengerichte durch Verrechnung der Bearbeitungskosten bei Auszahlung des Darlehens (vgl. Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 25) entstanden (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Von seinem Standpunkt aus folgerichtig hat das Berufungsgericht zu diesem Zeitpunkt keine Feststellungen getroffen.

97 b) Solche Feststellungen sind auch nicht deswegen entbehrlich, weil die dreijährige Frist des § 195 BGB bislang noch nicht angelaufen wäre und deswegen die zehnjährige Höchstfrist des § 199 Abs. 4 BGB gelten würde. Die

subjektiven Voraussetzungen des Verjährungsbeginns (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) haben nämlich ebenso wie bei Verbraucherdarlehen für Ansprüche auf Rückforderung von Bearbeitungsentgelt, das auf Grundlage unwirksamer Formulklauseln geleistet worden ist, im Jahr 2011 vorgelegen. Tatsächliche Feststellungen, ob die danach jedenfalls bis Ende des Jahres 2014 laufende Verjährungsfrist von dem Kläger gehemmt worden ist, hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht konsequent - ebenfalls nicht getroffen.

98 aa) Die Frage, wann bei Unternehmerdarlehen die Verjährungsfrist für die Rückforderung zu Unrecht gezahlter Bearbeitungsentgelte anläuft, wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

99 (1) Teilweise wird auf den 13. Mai 2014 abgestellt, weil vor den beiden an diesem Tage ergangenen Entscheidungen des Senats zu Bearbeitungsentgelten bei Verbraucherdarlehen (XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 und XI ZR 170/13, WM 2014, 1325) eine Klageerhebung für einen Unternehmer nicht zumutbar gewesen sei (vgl. OLG Celle, Urteil vom 2. Dezember 2015 - 3 U 113/15, juris Rn. 61).

100 (2) Weitergehend wird vertreten, dass die dreijährige Verjährungsfrist bislang noch nicht zu laufen begonnen habe und folglich nur die zehnjährige Höchstfrist des § 199 Abs. 4 BGB maßgeblich sei, weil die bisherige Rechtsprechung des Senats zu Bearbeitungsentgelten bei Darlehensverträgen nur Verbraucherdarlehen betroffen habe. Die Frage, ob die dabei entwickelten Grundsätze auf Unternehmerdarlehen zu übertragen seien, werde in der Rechtsprechung der Instanzgerichte überwiegend verneint. Deshalb bestehe bis heute eine unsichere Rechtslage (vgl. LG Erfurt, Urteil vom 17. Juni 2016 - 9 S

200/15, juris Rn. 30 f.; Lammeyer/Singbartl, GWR 2016, 482, 484; ähnlich für Darlehensgebühren bei Bauspardarlehen: Träber, AG 2017, R51, R52).

101 (3) Schließlich wird nach einer weiteren Ansicht die zu Bearbeitungsentgelten bei Verbraucherdarlehen ergangene Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 44 ff.) auch auf Unternehmerdarlehen übertragen. Die Verjährungsfrist habe danach mit dem Ablauf des Jahres 2011 zu laufen begonnen (vgl. OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 1158, 1159; OLG Düsseldorf, WM 2016, 1983, 1985; LG Essen, BeckRS 2015, 16652).

102 bb) Zutreffend ist die letztgenannte Ansicht. Die Grundsätze, die der Senat zu Verbraucherdarlehen aufgestellt hat (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 44 ff.), gelten auch für Unternehmerdarlehen.

103 (1) Der Senat hat für Ansprüche auf Rückzahlung von Bearbeitungsentgelt im Rahmen von Verbraucherdarlehensverträgen eine Klageerhebung im Jahre 2011 als zumutbar angesehen. Denn in diesem Jahr hatte sich eine gefestigte Auffassung der Oberlandesgerichte herausgebildet, wonach Klauseln über Bearbeitungsentgelte in Abweichung von einer früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung unwirksam sind (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 46 mwN). Folglich war mit Ablauf dieses Jahres eine Rückforderungsklage für den Bankkunden zwar nicht risikofrei, aber zumutbar.

104 (2) Dies gilt ebenso für die Rückforderung von Bearbeitungsentgelten, die im unternehmerischen Rechtsverkehr für die Gewährung von Darlehen erhoben wurden.

105 (a) Vor dem Jahr 2011 stand bei Unternehmer- wie bei Verbraucherdarlehen der Zumutbarkeit einer Rückforderungsklage die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegen, die Bearbeitungsentgelte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen allgemein gebilligt hatte (vgl. BGH, Urteile vom 21. Februar 1985 - III ZR 207/83, WM 1985, 686, 687, vom 1. Juni 1989 - III ZR 219/87, WM 1989, 1011, 1014 und vom 29. Mai 1990 - XI ZR 231/89, BGHZ 111, 287, 293).

106 Eine Änderung dieser Sicht trat ein, als sich im Jahre 2011 eine gefestigte oberlandesgerichtliche Rechtsprechung herausgebildet hatte, die Bearbeitungsentgelte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Abschluss von Verbraucherdarlehensverträgen missbilligte. Auf diese Entwicklung hat der erkennende Senat seine Auffassung gestützt, ein rechtskundiger Dritter habe im Jahr 2011 billigerweise damit rechnen müssen, dass Banken die erfolgreiche Berufung auf die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zukünftig versagt werden würde (vgl. Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 59). Dies habe zum Anlauf der dreijährigen Regelverjährungsfrist mit Ablauf des Jahres 2011 geführt.

107 (b) Diese Erwägungen erfassen auch Rückforderungsansprüche von Unternehmern. Denn die Grundsätze, mit denen in der Instanzrechtsprechung eine Abkehr von der älteren Auffassung des Bundesgerichtshofs gerechtfertigt wurde, betreffen auch Entgeltklauseln, die in Darlehensverträgen mit Unternehmern einbezogen worden sind. Für Unternehmerdarlehensverträge stand seitdem ebenso wie für Verbraucherdarlehensverträge in Zweifel, ob Klauseln in Geschäftsbedingungen mit den wesentlichen Grundlagen der Rechtsordnung vereinbar sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), wenn Aufwand für Tätigkeiten auf den Kunden abgewälzt wird, zu denen der Verwender gesetzlich oder nebenvertraglich verpflichtet ist oder die er überwiegend im eigenen Interesse erbringt. Ein

rechtskundiger Dritter musste daher mit Ablauf des Jahres 2011 damit rechnen, dass von dieser Rechtsprechungsänderung auch Entgeltklauseln erfasst werden, die in Darlehensverträgen mit Unternehmern einbezogen worden sind.

108 (c) Zwar haben in der Folge eine Reihe von Instanzgerichten mit unterschiedlichen Begründungen entsprechende Entgeltklauseln in Unternehmerdarlehensverträgen als wirksam angesehen (vgl. etwa OLG Köln, WM 2016, 1985; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2016, 2211; LG Braunschweig, BeckRS 2016, 03868; LG Stuttgart, Urteil vom 15. Juni 2016 - 4 S 194/15, juris; LG Schweinfurt, Urteil vom 21. Oktober 2016 - 32 S 25/16, juris; LG Krefeld, Urteil vom 9. Dezember 2016 - 1 S 47/16, juris). Dies führt jedoch nicht dazu, dass Unternehmern mit Ablauf des Jahres 2011 die Erhebung einer Klage auf Rückzahlung von Bearbeitungsentgelten nicht zuzumuten war. Denn zumutbar ist die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs, sobald sie hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Nicht erforderlich ist, dass die Rechtsverfolgung risikolos möglich ist (Senatsurteil vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 56 mwN). Mit dem Risiko, dass erst eine abschließende Entscheidung des Bundesgerichtshofs Gewissheit über den Bestand und die Reichweite der in der Rechtsprechung der Instanzgerichte entwickelten Grundsätze bringen konnte, waren Unternehmer nicht anders als Verbraucher belastet. Danach war in beiden Fällen mit Ablauf des Jahres 2011 die Erhebung einer Rückforderungsklage zumutbar.

109 cc) Auf dieser Grundlage kann nicht beurteilt werden, ob der streitige bereicherungsrechtliche Rückzahlungsanspruch des Klägers verjährt ist. Die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB begann mangels vorheriger Zumutbarkeit der Klageerhebung - wie dargelegt - mit Ablauf des Jahres 2011 zu laufen. Zwar ist die vorliegende Klage am 3. Dezember 2014 bei der gemeinsamen Annahmestelle des Amtsgerichts Hamburg auch mit Wirkung für das Landge-

richt Hamburg eingegangen. Da die Zustellung der Klage jedoch erst am 18. März 2015 erfolgt ist, bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen, ob damit die Hemmung der Verjährung bewirkt worden ist (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 167 ZPO).

IV.

110 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

einen Erfolg hat, weitere Feststellungen zum genauen Leistungszeitpunkt zu treffen haben. Das betrifft auch die mit dem zweiten Klageantrag geltend gemachten Zinsen, deren Höhe die Beklagte bestritten hat.

Ellenberger

Grüneberg

Maihold

Menges

Derstadt

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 01.12.2015 - 328 O 474/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 27.04.2016 - 13 U 2/16 -