

Dr. Klaus Schmid-Burgk, RA

Das Bearbeitungsentgelt in Darlehensverträgen im Lichte der Rechtsprechung zum AGB-Recht

Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 13.3.2018 – XI ZR 291/16, BB 2018, 1805 (in diesem Heft)

Vor dem Hintergrund der neuen BGH-Entscheidung zur Unwirksamkeit von Bearbeitungsentgelten in Darlehensverträgen stellt sich die Frage, ob diese Rechtsprechung auch auf Unternehmensdarlehensverträge Anwendung findet und ob ein Bearbeitungsentgelt außerhalb einer individuellen Vereinbarung in diesen Fällen überhaupt noch vereinbart werden kann. Schließlich wird die Notwendigkeit einer Reform des AGB-Rechts erörtert.

I. Die Rechtsprechung zu Bearbeitungsentgelten in Darlehensverträgen

Mit Urteil vom 13.3.2018 – XI ZR 291/16 – hat der BGH die Vereinbarung eines Bearbeitungsentgelts in einem Darlehensvertrag für unwirksam erklärt, bei dem dem Darlehensnehmer zuvor die Wahl zwischen einem höherem Zinssatz ohne Bearbeitungsentgelt und einem niedrigeren Zinssatz mit Bearbeitungsentgelt und Sondertilgungsrecht ermöglicht worden ist.¹ Auch wenn im konkreten Fall der Darlehensnehmer Verbraucher war, so hat doch dieses Urteil unter Banken für Aufregung gesorgt, da viele Banken spätestens seit den Entscheidungen aus dem Juli 2017 dazu übergegangen sind, dem Darlehensnehmer gerade bei Unternehmensfinanzierungen alternative Preismodelle (mit und ohne Bearbeitungsentgelt) vorzuschlagen.² Im konkreten Fall hatte der Darlehensnehmer drei Darlehen bei der beklagten Sparkasse aufgenommen. Wie sich dem Sachverhalt entnehmen lässt, hatte der klagende Darlehensnehmer (ein Verbraucher) nur beim ersten Darlehensvertrag die Möglichkeit anzukreuzen, ob er ein Darlehen ohne Bearbeitungsgebühr mit marktüblichem Zinssatz haben wollte oder ein um 0,8% p. a. günstigeres Darlehen mit Bearbeitungsentgelt und Sondertilgungsrecht. Bei den anderen beiden Darlehensverträgen hat der Darlehensnehmer nach dem streitigen Sachverhalt ausdrücklich nur nach einem Darlehensvertrag mit Bearbeitungsentgelt nachgefragt.

Das Urteil reiht sich ein in eine Phalanx von Urteilen, in denen der BGH die Vereinbarung eines Bearbeitungsentgelts in Darlehensverträgen aufgrund vorformulierter Allgemeiner Geschäftsbedingungen für unwirksam erklärt hat.³ Während der BGH anfangs „nur“ bei Verbraucherkrediten Bearbeitungsentgelte für unwirksam erklärt hat, ist diese Rechtsprechung im Juli 2017 auch auf Unternehmensdarlehensverträge übertragen worden.

Ergänzt werden diese Urteile ganz aktuell durch zwei weitere Entscheidungen des BGH zu Entgelten. Die Entscheidung vom 5.6.2018 – XI ZR 790/16 – betraf Verbraucherdarlehen, bei denen eine Zinssicherungsgebühr bzw. eine Zinscappprämie vereinbart war.⁴ Die Entscheidung vom 17.4.2018 – XI ZR 238/16 – betraf einen als Verbrau-

cherdarlehensvertrag überschriebenen Darlehensvertrag, der mit einem Immobilienprojektentwickler abgeschlossen war.⁵ Das Darlehen konnte wahlweise u. a. als Kontokorrentkredit oder als Avalkredit in Anspruch genommen werden. Hierfür sollte der Darlehensnehmer neben dem Zins bzw. der Avalprovision ein Bearbeitungsentgelt entrichten. Auch in diesen beiden Entscheidungen hat der BGH die Vereinbarung über das Entgelt (Zinssicherungsgebühr/Bearbeitungsentgelt) für unwirksam erklärt.

In der Entscheidung vom 13.3.2018 zu einem Verbraucherkredit führt der BGH aus, dass die Eröffnung einer Wahlmöglichkeit per Ankreuzen noch keine Individualabrede begründet.⁶ Auch mache es hinsichtlich der beiden weiteren Darlehen keinen Unterschied, ob der Darlehensnehmer bei Kenntnis der Wahlmöglichkeiten ausdrücklich nur nach einem Darlehen ohne Bearbeitungsentgelt nachfrage. Ein Stellen von Vertragsbedingungen durch die beklagte Sparkasse entfalle nur, wenn die Einbeziehung der Klausel auf der freien Entscheidung desjenigen beruhe, dem der Verwendungsvorschlag gegenüber gemacht worden ist und wenn dieser insbesondere die Möglichkeit habe, eigene Textvorschläge einzubringen.⁷

Mit diesen Aussagen leitet der BGH über zu seiner stereotypen Begründung, dass es sich bei der Bearbeitungsentgeltklausel um eine kontrollfähige Preisnebenabsprache handele, die mit dem Maßstab des AGB Rechts zu überprüfen ist. Im Ergebnis hält er die Vereinbarung über das Bearbeitungsentgelt für unwirksam. Allerdings hat der BGH auch immer wieder betont, dass eine Preishauptabsprache demgegenüber nicht anhand des AGB-Rechts überprüfbar ist.

Von daher stellt sich die Frage, ob nicht hier im konkreten Fall eine Preishauptabsprache vorgelegen hat. Unstreitig ist, dass bei einem Darlehen die Zinsabsprache die Preishauptabsprache darstellt. Wenn aber bei den dem Darlehensnehmer gegebenen Alternativen der Zinssatz gegen Zahlung eines Bearbeitungsentgelts verringert wird, drängt es sich auf, dass dies eine einheitliche Preishauptabsprache ist. Nach der stereotypen Begründung des BGH wäre dann eine Kontrolle anhand des AGB Rechts unzulässig. Doch der BGH argumentiert im vorliegenden Fall, dass es aus Sicht eines verständigen Vertragspart-

1 BB 2018, 1805 (in diesem Heft).

2 Der Begriff Bank wird in diesem Beitrag vereinfachend für den Begriff Kreditinstitut verwandt.

3 BGH, 13.5.2014 – XI ZR 170/13, BB 2014, 1866 m. BB-Komm. *Baumann*; BGH, 13.5.2014 – XI ZR 405/12, WM 2014, 1224 ff.; BGH, 28.10.2014 – XI ZR 348/13, BB 2015, 10 ff.; BGH, 4.7.2017 – XI ZR 233/16, BB 2017, 2066 ff.; BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058 ff.; s. hierzu auch *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243 ff. und *Graf von Westphalen*, BB 2017, 2051 ff.; BGH, 17.10.2017 – XI ZR 157/16, BeckRS 2017, 132064.

4 BGH, 5.6.2018 – XI ZR 790/16, BB 2018, 1805 (in diesem Heft).

5 BGH, 17.4.2018 – XI ZR 238/16, BB 2018, 1802 (in diesem Heft).

6 BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 16, BB 2018, 1805 (in diesem Heft).

7 BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 20, BB 2018, 1805 f. (in diesem Heft).

ners hier keine Anhaltspunkte dafür gegeben hat, dass es sich bei dem Bearbeitungsentgelt um ein Entgelt für die Einräumung eines niedrigeren Sollzinses gehandelt hat.⁸ Diese Wertung des BGH mag darauf beruhen, dass a) es sich beim Vertragspartner der Sparkasse um einen Verbraucher gehandelt hat und b) der Vertrag hier lediglich in Form einer Ankreuztechnik die verschiedenen Preisformen enthielt. Überzeugend ist diese Wertung dennoch nicht. So ist das Urteil auch bereits heftig kritisiert worden, da es die Vertragsfreiheit torpediert und wirtschaftlich sinnvolle alternative Preismodelle zumindest für Verbraucher verhindert.⁹

Infolge dieser BGH Entscheidung ergeben sich jedoch zwei weitergehende Fragen:

1. Ist die vorliegende Entscheidung auf Unternehmenskredite übertragbar? und
2. Ändert sich die Beurteilung, wenn die Parteien im Vertrag ausdrücklich vereinbaren, dass das Bearbeitungsentgelt Teil der Preishauptabsprache ist?

II. Übertragbarkeit auf Unternehmenskredite

Der vom BGH entschiedene Fall betraf einen Verbraucherkredit und ist daher zunächst nicht ohne weiteres übertragbar auf einen Unternehmenskredit. Dennoch ist die Sorge verbreitet, dass der BGH dieses neue Urteil auch auf Unternehmenskredite überträgt. So hat der BGH bereits mit seinen Entscheidungen vom 4.7.2017¹⁰ seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Bearbeitungsentgelten bei Verbraucherkrediten auf Unternehmenskredite übertragen. Da die Entscheidungen zu Verbraucherkrediten damit begründet worden sind, dass die Vereinbarung eines Bearbeitungsentgelts mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren sind, war es dem BGH möglich, diese Rechtsprechung zu übertragen, denn der hier maßgebliche § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist dem Grunde nach auf Verträge zwischen zwei Unternehmern anwendbar. Zwar sieht § 310 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BGB vor, dass hierbei auf die Gewohnheiten und Gebräuche des Handelsverkehrs Rücksicht genommen werden soll, doch hat der BGH die Voraussetzung für das Vorliegen eines Handelsbrauchs so hochgesetzt, so dass diese Ausnahme nur selten zum Tragen kommt. So liegt nach der Rechtsprechung ein Handelsbrauch vor, wenn die Regelung auch ohne besondere Vereinbarung freiwillig befolgt würde.¹¹ Zuzustimmen ist dem BGH, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 488 BGB die Zahlung des Zinses als vertragstypische Leistung des Darlehensnehmers eingestuft hat. Damit ist aber ein Verbot, zusätzliche Leistungen zu vereinbaren, nicht verbunden. So ist denn auch bei Verträgen mit Verbrauchern in § 312a Abs. 3 BGB die Möglichkeit vorgesehen, zusätzliche Entgelte zu vereinbaren. Allerdings hat der BGH diese Bestimmung – trotz der Vorschrift des § 312 Abs. 5 BGB – nicht als geeignet angesehen, generell die Zulässigkeit von Bearbeitungsentgelten zu begründen.¹² Daher lässt es sich nicht ausschließen, dass der BGH bei einem vergleichbaren Fall, bei dem ein unternehmerisch tätiger Darlehensnehmer lediglich mittels Ankreuztechnik sich für ein Bearbeitungsentgelt entscheidet, ebenfalls die Unwirksamkeit der Vereinbarung erklärt.

Legt man die BGH Entscheidung vom 17.4.2018 zugrunde, so wird deutlich, dass der BGH die klare Tendenz hat, Unternehmenskredite und Verbraucherkredite auf eine Stufe zu stellen.¹³ In dieser Entscheidung zu einem Avalkredit ging es zwar formal um einen Verbraucherkredit, doch der BGH spricht selbst in seinem Leitsatz davon, dass die

bei „Kreditverträgen mit Unternehmern enthaltene formularmäßige Klausel zu einer Bearbeitungsgebühr ... ist gemäß § 307 Abs.1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, wenn es sich um einen Avalkredit handelt“.

III. Vereinbarung einer Preishauptabsprache als Lösungsmöglichkeit

Es stellt sich die Frage, wie der Fall vom BGH beurteilt wird, wenn im Vertrag explizit ausgeführt ist, dass der Darlehensnehmer die Wahl zwischen zwei Preismodellen hat. Eines mit einem hohen Zinssatz und eines mit (Bearbeitungs-)Entgelt und niedrigerem Zinssatz, wobei ausdrücklich festgehalten wird, dass das (einmal) zu zahlende (Bearbeitungs-)Entgelt Teil der Preishauptabsprache ist. Dann sollte auf der Grundlage der bisherigen BGH-Rechtsprechung die Vereinbarung eines Einmalentgelts grundsätzlich möglich sein. Denn der BGH stellt ja bei der Frage, ob es sich bei einer Klausel um eine kontrollfähige Preisnebenabsprache oder eine kontrollfreie Preishauptabsprache handelt, darauf ab, wie der Wortlaut der Klausel zu verstehen ist.¹⁴ In der vorliegenden Entscheidung war nach Auffassung des BGH aufgrund der Wortwahl „Bearbeitungsprovision“ und der Gestaltung der Vertragsurkunde kein Anhaltspunkt erkennbar, dass es sich um ein Entgelt für eine Sonderleistung handeln sollte.¹⁵ Wenn aber die Wortwahl unmissverständlich ist und das (Bearbeitungs-)Entgelt als Teil der Preishauptabsprache bezeichnet wird, so ist der Wortlaut eindeutig und kann auch aus der Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners nicht anders interpretiert werden.

Dagegen spricht die bekannte Abneigung des BGH, dass ein Bearbeitungsentgelt neben einem Zins in einem Darlehensvertrag wirksam vereinbart werden kann. Denkbar ist es, dass der BGH versuchen wird, die oben genannte ausdrückliche Klausel (Bearbeitungsentgelt als Teil der Preishauptabsprache) wiederum als unzulässige AGB Klausel einzustufen, die gegen das gesetzliche Leitbild des Darlehensvertrages verstößt.

So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 13.5.2014 zwar ausgeführt, dass § 488 Abs. 1 S. 2 BGB keine zwingende Vorschrift sei, wonach laufzeitunabhängige Entgelte neben dem Zins in jedem Falle ausgeschlossen sind, aber der Senat führt im weiteren Verlauf aus, dass sich Gestaltungen, die von der Ausgestaltung als laufzeitabhängiger Zins abweichen, sich an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB messen lassen müssen.¹⁶ Für einen Verbraucherkredit scheint damit der Weg versperrt zu sein, insoweit ein zinsunabhängiges Entgelt zu verlangen; denn der BGH hält ja auch § 312a Abs. 3 BGB für nicht geeignet, generell die Zulässigkeit von Bearbeitungsentgelten zu begründen.¹⁷

Doch bei einem Unternehmenskredit, bei dem ausdrücklich klargestellt ist, dass es sich bei der Zinsabsprache und bei dem Entgelt um eine einheitliche Preishauptabsprache handelt, ist eine andere Wertung denkbar. Voraussetzung ist hierbei, dass beide Vertragsparteien ausdrücklich erklären, dass es sich bei der alternativ angebotenen Kombination von Zins und Einmalentgelt um eine einheitliche Preis-

⁸ BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 26, BB 2018, 1805, 1806 (in diesem Heft).

⁹ Bitter/Linardatos, ZIP 2018, 1203.

¹⁰ BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058, und BGH, 4.7.2017 – XI ZR 233/16, BB 2017, 2066.

¹¹ BGH, 4.7.2017 – XI ZR 233/16, BB 2017, 2066, Rn. 63.

¹² BGH, 4.7.2017 – XI ZR 233/16, BB 2017, 2066, Rn. 50.

¹³ BGH, 17.4.2018 – XI ZR 238/16, BB 2018, 1802 (in diesem Heft).

¹⁴ BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 24, BB 2018, 1805, 1806 (in diesem Heft).

¹⁵ BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 26, BB 2018, 1805, 1806 (in diesem Heft).

¹⁶ BGH, 13.5.2014 – XI ZR 170/13, Rn. 68, BB 2014, 1866 m. BB-Komm. *Baumann*.

¹⁷ BGH, 4.7.2017 – XI ZR 233/16, Rn. 50, BB 2017, 2066.

hauptaussprache für die Überlassung des Darlehens zu einem niedrigeren Zins handelt. Dann wird es dem BGH schwerfallen, diesen Parteiwillen zu ignorieren, will er nicht seine Rechtsprechung zur kontrollfreien Preishaupptaussprache aufgeben.

Und auch eine kontrollfähige Preisnebenabrede ist nur dann nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, wenn die andere Vertragspartei, der Darlehensnehmer, hierdurch unangemessen benachteiligt wird. Zwar wird die Unwirksamkeit nach Abs. 2 Nr. 1 dieser Vorschrift bereits indiziert, wenn von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Doch wo liegt die unangemessene Benachteiligung eines unternehmerisch tätigen Darlehensnehmers, wenn ihm gleichzeitig alternativ ein Preismodell (mit erhöhtem Zins und ohne (Bearbeitungs-)Entgelt angeboten wird? Ein solcher Darlehensnehmer kalkuliert und vergleicht erfahrungsgemäß die Gesamtkosten eines Darlehens mindestens bis auf die letzte Kommastelle. Er kann daher nicht bei einer solchen Wahlmöglichkeit unangemessen benachteiligt werden.

Kombiniert man eine solche Preisklausel zusätzlich noch ausdrücklich mit dem ungewöhnlichen Hinweis, dass diese Vereinbarung in Kenntnis der BGH-Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Bearbeitungsentgelten geschlossen wird, wird die Hürde für den BGH, einem Darlehensnehmer die Rückerstattung des Entgelts zu gewähren, noch höher gehängt. Nach § 814 Fall 1 BGB ist die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist. So hat der BGH in der Entscheidung vom Mai 2014 auch ausgeführt, dass § 814 Fall 1 BGB erst dann zum Tragen kommen kann, wenn der Darlehensnehmer auch eine entsprechende Schlussfolgerung gezogen hat, was durch den vorgenannten ausdrücklichen Hinweis zum Ausdruck gebracht wird.¹⁸

Einzuräumen ist, dass dies lediglich Überlegungen sind, wie eine Entgeltklausel im unternehmerischen Bereich noch ausgestaltet werden kann, dass aber dennoch das Risiko verbleibt, dass der BGH eine andere Wertung vornimmt. Nach der persönlichen Meinung des Verfassers ist die angedachte Preisklausel eine denkbare Alternative, wenn man nicht von vornherein auf Einmalentgelte verzichten will.

Einmalentgelte sind aber für Banken wichtige Preisgestaltungsmöglichkeiten wie gerade das Beispiel eines Avalkredits zeigt, bei dem gar nicht sicher ist, ob er überhaupt in Anspruch genommen wird. Demgegenüber führt der BGH in ständiger Rechtsprechung aus, dass Banken allgemeinen Bearbeitungsaufwand in einem höheren Sollzins einpreisen sollen.¹⁹ Spätestens bei einem Avalkreditvertrag, bei dem nach dem BGH die Hauptleistungspflicht für den Avalkreditnehmer in der Zahlung der Avalprovision besteht, wird offensichtlich, dass der BGH Steine statt Brot gibt,²⁰ denn die Avalprovision entsteht erst dann, wenn die konkrete Bürgschaft eingebucht wird.²¹ Ob der Avalkreditnehmer aber tatsächlich ein Aval in Auftrag gibt, ist ungewiss. Gleichwohl entsteht für die Bank erheblicher Aufwand, um einen Avalkredit generell zu gewähren. Eine Bank ist daher darauf angewiesen, eine vertragliche Regelung zu vereinbaren, die sicherstellt, dass ihr dieser Aufwand erstattet wird.

IV. Reform des AGB-Recht

Genau das aber zeigt das Dilemma, in dem sich das deutsche Vertragsrecht befindet. Von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen lassen sich rechtssicher nur durch individuelle Vereinbarungen treffen. Die Anforderungen an das Vorliegen einer individuellen Ver-

einbarung sind aber sehr hoch. Teilweise wird gefordert, dass eine Individualvereinbarung nur vorliegt, wenn der Vertrag insgesamt, Klausel für Klausel ausgehandelt worden ist.²² Das ist aber gerade im unternehmerischen Geschäftsverkehr unpraktikabel, da meist auf Textbausteine zurückgegriffen wird und es später schwer feststellbar ist, ob auch jede einzelne Klausel ernsthaft zur Disposition gestanden hat. Auch macht es keinen Sinn, wenn zwei Unternehmen einen Kaufvertrag individuell ausgehandelt haben und der Verkäufer denselben Vertragstext bei nachfolgenden Kaufverträgen mit demselben Unternehmen den Text wieder und wieder verwendet, dass dann der Käufer die Unwirksamkeit nach AGB-Recht reklamieren kann.

Während es bei Geschäften mit Verbrauchern durchaus seine Berechtigung hat, dass dem Verbraucher gegen vorformulierte Vertragstexte weitgehender Schutz gewährt wird, kann dies nicht in gleicher Weise gelten, wenn zwei Unternehmen nach Verhandlungen Verträge miteinander abschließen (sog. B2B-Geschäft). Doch auch da gilt es noch zu differenzieren, ob es sich bei den Unternehmen um Kleinst- oder Großunternehmen handelt. So mag bei einem kleinen Handwerksbetrieb das Schutzbedürfnis beim Abschluss von Verträgen, die nicht das tägliche Geschäft betreffen, ähnlich gelagert sein wie bei einem Verbraucher. Diese Inflexibilität des deutschen Rechts entwickelt sich mehr und mehr zum Nachteil. So gehen viele Unternehmen dazu über, sich – wenn möglich – von den Fesseln des deutschen Rechts zu befreien, indem sie auf eine andere Rechtsordnung ausweichen – wie bspw. das Schweizer Recht oder das Englische Recht.

Eine Reform des AGB Rechts ist seit vielen Jahren in der Diskussion. So hat die Frankfurter Initiative zur Fortentwicklung des AGB Rechts bereits im Januar 2011 konkrete Vorschläge für eine Reformierung des AGB Rechts entwickelt und diese im Juni 2018 erneuert.²³ Diese zielen im Kern darauf ab, im B2B-Bereich eine Überprüfung von Verträgen anhand des für Verbraucher entwickelten AGB-Recht zu erschweren, da von einem Unternehmer erwartet werden kann, dass er Vertragstexte eigenverantwortlich prüft. Kleinstunternehmen sollen hiervon jedoch ausgenommen sein und weiterhin dem Schutz des AGB-Recht unterstellt sein. Auch das vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Forschungsvorhaben unterbreitete Reformvorschläge und der deutsche Juristentag forderte bereits 2012 den Gesetzgeber auf im B2B-Bereich das AGB Recht zu novellieren und wiederholte diese Forderung auf dem Juristentag 2016.²⁴

Die unterschiedlichsten Bereiche des Vertragslebens im unternehmerischen Bereich sind durch die restriktive BGH-Rechtsprechung betroffen. Hervorstechendes Beispiel ist das Thema einer Haftungsbeschränkung bei Werk- und Lieferverträgen. Hier eine adäquate Haftungsbeschränkung zwischen zwei Unternehmen wirksam zu vereinbaren, die mehrfach verwendbar und nicht im Einzelnen ausgehandelt ist, grenzt an eine Sisyphusarbeit.²⁵ Noch schwieriger ist es, diese Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung einem ausländischen Vertragspartner verständ-

18 BGH, 13.5.2014 – XI ZR 170/13, Rn.109, BB 2014, 1866 m. BB-Komm. *Baumann*.

19 BGH, 13.3.2018 – XI ZR 291/16, Rn. 32 m. w. N., BB 2018, 1805, 1807 (in diesem Heft).

20 BGH, 17.4.2018 – XI ZR 238/16, Rn. 23 und 24, BB 2018, 1802, 1804 (in diesem Heft).

21 *Früh/Müller-Arends*, in: BuB, Stand September 2007 Rn. 3/285.

22 So *Graf von Westphalen*, ZIP 2018, 1101,1102; vgl. hierzu auch BGH, 20.1.2016 – VIII ZR26/15, NJW 2016, 1230, 1231, sowie *Kappus*, NJW 2016, 33 ff.

23 Vgl. die Vorschläge der Frankfurter Initiative, abrufbar unter <https://www.zvei.org/the-men/maerkte-recht/recht/allgemeine-geschaeftsbedingungen-im-unternehmerischen-geschaeftsverkehr> (Abruf: 11.7.2018). Die Frankfurter Initiative wird getragen vom VDMA, ZVEI, Wirtschaftsanwälten, Syndizi und Rechtswissenschaftlern. Der Verfasser hat sich der Frankfurter Initiative angeschlossen.

24 Vgl. Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentag Essen 2016 Nr. 26; vgl. auch schon *Berger*, NJW 2010, 465 ff.

25 Vgl. bereits *Berger*, NJW 2010, 465.

lich zu machen, der überlegt, über eine deutsche Tochtergesellschaft Verträge abzuschließen. Besonders betroffen von der restriktiven BGH-Rechtsprechung ist das Bankrecht, bei dem insbesondere zahlreiche Entgeltregelungen – wie die vorliegende Entscheidung wieder zeigt – für unwirksam erklärt worden sind; aber auch das Mietrecht bleibt hiervon nicht verschont, um nur ein weiteres Beispiel zu nennen.

Die Diskussion über eine Reform des AGB-Rechts hat in letzter Zeit deutlich an Fahrt aufgenommen, da sich das AGB-Recht immer mehr zum Hemmschuh für die deutsche Wirtschaft entwickelt.²⁶ Mit dazu beigetragen hat sicherlich, dass der BGH durch eine Reihe von Urteilen langjährig gebräuchliche Klauseln im unternehmerischen Verkehr für unwirksam erklärt hat.²⁷ Dabei führen derartige Änderungen der Rechtsprechung teilweise zu erheblichen Schäden bei den betroffenen Unternehmen, da ihnen der Boden für eine verlässliche Kalkulation in einer Vielzahl von Fällen rückwirkend entzogen wird. Dafür liefern die bereits erwähnten BGH-Urteile vom 4.7.2017 ein „gutes“ Beispiel, da Banken u. U. erheblichen Rückforderungen von gewerblich tätigen Darlehensnehmern ausgesetzt sind. Zugleich führen diese Entscheidungen zu einer Vielzahl von Folgerechtsstreitigkeiten in Hinblick auf die Frage, ob diese Entscheidungen auf den konkreten Fall anwendbar sind, da gerade im B2B-Geschäft die Grenzen zwischen einem ausgehandelten Vertrag und einem Standardvertrag fließend sind und es sehr auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.

Mittlerweile haben auch die regierenden Parteien erkannt, dass eine Reformierung des AGB Rechts im unternehmerischen Geschäftsverkehr erforderlich ist.²⁸ Dabei hat es eine wichtige Rolle gespielt, dass im Rahmen der Digitalisierung des Wirtschaftslebens neue Geschäftsmodelle eine neue Flexibilität erfordern. Und auch auf Seiten des Bundesgerichtshofs gibt es Befürworter für eine Reform des AGB Rechts.²⁹ Ohne eine solche Reform bleibt der Grundsatz der Vertragsfreiheit eine leere Worthülse oder, wie es *Bitter* und *Linardatos* anlässlich der vorliegenden Entscheidung formuliert haben, „der XI. Zivilsenat des BGH trägt die Vertragsfreiheit endgültig zu Grabe“.³⁰ Auf eine Korrektur durch die Rechtsprechung zu hoffen ist keine Alternative, denn selbst wenn einzelne BGH Richter dem ggf. aufgeschlossen gegenüber stehen, würde es doch ein Jahrzehnt dauern, dass sich alle Senate des Bundesgerichtshofs auf eine einheitliche Linie verständigen. Zu viele Bereiche des Lebens sind betroffen wie Kaufrecht, Miet-

recht und Bankrecht um nur einige wenige zu nennen und entsprechend groß ist die Zahl der involvierten BGH-Senate.

Es bleibt zu wünschen, dass der Gesetzgeber eine Reform des AGB-Rechts zügig vorantreibt, damit das deutsche Zivilrecht von Unternehmen als verlässlicher Rahmen wahrgenommen wird und im B2B-Bereich der Grundsatz der Vertragsfreiheit wieder stärker Geltung erhält. Es wäre zugleich ein Beitrag, den Wirtschaftsstandort Deutschland zu stärken.

V. Zusammenfassung

Die vorliegende BGH-Entscheidung beeinträchtigt die Vertragsfreiheit und die Ausgestaltung von Preisklauseln im Verbraucherbereich. Es besteht die Gefahr einer undifferenzierten Übertragung auf Unternehmenskredite. Nach Auffassung des Verfassers lässt sich diese durch eine Ausgestaltung der Klausel vermeiden. Gleichwohl zeigt dieser Fall einmal mehr, wie notwendig eine Reformierung des AGB-Rechts ist, um im unternehmerischen Geschäftsverkehr (B2B) Verträge rechtsicher gestalten zu können.

Dr. Klaus Schmid-Burgk ist Rechtsanwalt bei Watson Farley & Williams in Hamburg. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind Schiffs-, Flugzeug- und Eisenbahnfinanzierungen, insbesondere Leasing- und Insolvenzrecht. Entsprechend beschäftigt er sich ständig mit Fragen des AGB-Rechts.



26 S. bspw. *Müller*, BB 26/2018, „Die Erste Seite“; *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1 ff.; vgl. auch *Pfeiffer*, NJW 2017, 913, 917; *ders.*, NJW 13/2018, Editorial.

27 Besonders bemerkenswert BGH, 4.7.2017 – XI ZR 562/15, BB 2017, 2058; s. hierzu auch *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243 sowie *Graf von Westphalen* BB 2017, 2051 ff.; aber auch weniger spektakuläre Entscheidungen wie bspw. BGH, 18.1.2017 – VIII ZR 263/15, BB 2017, 322 Ls. (Rückgabeklausel bei Leasingverträgen), s. hierzu auch *Schmid-Burgk*, WuB 2017, 321 oder BGH, 20.3.2018 – XI ZR 309/16, NJW 2018, 2042 ff. (Aufrechnungsverbot in AGB).

28 Koalitionsvertrag 2018, Tz 6186 ff, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> (Abruf: 11.7.2018).

29 *Herrmann/Lasch*, Dt. Richterzeitung 2018, 218 ff.

30 *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203; vgl. bereits *Leuschner*, NJW 2016, 1222, der aufzeigt, wie sehr die AGB Kontrolle die Vertragsfreiheit zurückgedrängt hat.

BGH: Unwirksamkeit der Klausel zu einer „Bearbeitungsgebühr“ auch im Rahmen eines Avalkredits mit Unternehmern

BGH, Urteil vom 17.4.2018 – XI ZR 238/16

ECLI:DE:BGH:2018:170418UXIZR238.16.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2018-1601-2**

unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHE LEITSÄTZE

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 [BB 2017, 2058], WM 2017, 1643 und XI ZR 233/16 [BB 2017, 2066], WM 2017, 1652).

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

SACHVERHALT

Der Kläger begehrt von der beklagten Bank die Rückzahlung einer im Rahmen eines Darlehensvertrages erhobenen Bearbeitungsgebühr nebst Zinsen.