

Titel:

Zum Verwenden Allgemeiner Geschäftsbedingungen bzgl. einer verschuldensunabhängigen Haftung, Pauschalierung des Verzugs Schadens und bzgl. Fixgeschäft-Klauseln

Normenketten:

UKlaG § 1

Rom-I-VO Art. 3 Abs. 1

Rom-II-VO Art. 6 Abs. 1

BGB § 276 Abs. 1 S. 1, § 286 Abs. 4, § 305, § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 320, § 323

HGB § 376

ZPO § 165, § 278 Abs. 2 S. 2, § 285, § 279 Abs. 3

Leitsätze:

1. Im Rahmen der Klage nach § 1 UKlaG ist der „Verwender“-Begriff abweichend von den §§ 305 ff. BGB zu verstehen. Für die Anwendung des UKlaG ist es nicht notwendig, dass der Verwender die Bedingungen beim Abschluss eines Vertrags stellt. Es reicht bereits aus, wenn sie mit Wiederholungsabsicht in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht worden sind oder wenn eine baldige Verwendung so gut wie sicher bevorsteht. (Rn. 58) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine verschuldensunabhängige Haftung kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur ausnahmsweise wirksam vereinbart werden, insbesondere wenn sie durch höhere Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt oder durch Gewährung rechtlicher Vorteile ausgeglichen wird (ebenso BGH BeckRS 2017, 133089). (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens bei Nichteinhaltung der Lieferfrist kann ebenfalls nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verschuldensunabhängig ausgestaltet werden, da auch § 286 Abs. 4 BGB zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Verzugsregelung gehört. (Rn. 62) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die einen Fixhandelskauf zum Gegenstand hat, kann wirksam sein, wenn gewichtige, für den Belasteten bei den Vertragsverhandlungen erkennbare Gründe für eine solche Vertragsgestaltung sprechen oder solche Klauseln branchenüblich sind, was bei Möbellieferungsverträgen der Fall ist. (Rn. 71 – 83) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Möbellieferungsvertrag, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Unterlassungsanspruch, Garantiehafung, Pauschalierung, Vertragsstrafe, Fixhandelskauf, Branchenüblichkeit, Befragungsaktion, Musterverfahren

Vorinstanz:

LG Bamberg, Endurteil vom 11.02.2020 – 13 O 117/19

Fundstellen:

WRP 2021, 653

ZVertriebsR 2021, 309

LSK 2021, 3523

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 11.02.2020, Az. 13 O 117/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihren Geschäftsführern, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Unternehmern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Lieferung und/oder Bestellung von Möbeln und/oder Zubehör die nachfolgende Klausel und/oder eine inhaltsgleiche Klausel zu verwenden und/oder sich auf diese Klausel zu berufen:

„Bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Lieferzeit, einschließlich einer Nachfrist von 5 Arbeitstagen, wird nachstehend pauschalierter Schadenersatz geltend gemacht, der nach dem Parteiwillen nicht dem richterlichen Mäßigungsgebot unterliegt:

Fristüberschreitung: 6-10 Arbeitstage 10% des Rechnungsnettoetrages

11-15 Arbeitstage 15% des Rechnungsnettoetrages

ab 16 Arbeitstage 20% des Rechnungsnettoetrages“

I. Die Beklagte wird weiter verurteilt, an die Klägerin 299,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.04.2019 zu bezahlen.

I. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten beider Rechtszüge werden gegeneinander aufgehoben.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Ersturteil ist in Ziff. 1.1 und Ziff. 2 des Tenors ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Der Kläger nimmt die Beklagte darauf in Anspruch, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Unternehmern und im Zusammenhang mit der Bestellung oder Lieferung von Möbeln zwei vorformulierte Vertragsklauseln zu verwenden.

2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein zur Förderung gewerblicher Interessen, insbesondere zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (Anlage BDPE 22). Seine Mitglieder sind unter anderem nahezu alle Industrie- und Handelskammern sowie die meisten Handwerkskammern. Deren Mitglieder wiederum sind zahlreiche Unternehmen, die Möbel fertigen und liefern. Die Beklagte ist ein Einkaufsverband für Möbel mit Sitz in X., dessen Mitgliedsunternehmen - unter anderem die Möbelketten A., B. sowie C. Einrichtungsmärkte - insgesamt 790 Filialen in 14 europäischen Ländern betreiben.

3

Die Beklagte wirkt an der Lieferung oder Bestellung von Möbeln in der Weise mit, dass die Lieferverträge im Rahmen des Einkaufsverbands auf der Käuferseite stets von der Beklagten zusammen mit einem ihrer Mitgliedsunternehmen abgeschlossen werden, wobei beide gemeinsam als „Käufergesellschaften“ bezeichnet werden (vgl. Anlagen BDPE 1 bis 9).

4

Die Beklagte hat in mindestens 330 Fällen gegenüber Möbelherstellern einen „Liefer- und Konditionsvertrag Möbel“ (im Folgenden: LKM; Anlage K 3) zur Grundlage der Vertragsverhandlungen gemacht. Hierin heißt es unter anderem:

Nr. 5 Lieferzeit

Die garantierte Lieferzeit wird mit [Anm.: Lücke für Freitext] Arbeitstagen ab Bestelldatum festgelegt. Ausdrücklich festgehalten wird, dass eine Woche aus 5 Arbeitstagen besteht.

Bei Überschreitung der vertraglich vereinbarten Lieferzeit, einschließlich einer Nachfrist von 5 Arbeitstagen, wird nachstehend pauschalierter Schadenersatz geltend gemacht, der nach dem Parteiwillen nicht dem richterlichen Mäßigungsgebot unterliegt:

Fristüberschreitung:

6-10 Arbeitstage 10% des Rechnungsnettoetrages

11-15 Arbeitstage 15% des Rechnungsnettoetrages

ab 16 Arbeitstage 20% des Rechnungsnettoetrages

Die Kürzung erfolgt mittels Belastungsanzeige.

5

In den Anlagen zum LKM finden sich unter anderem die Einkaufsbedingungen der Beklagten (im Folgenden: EKB). Dort ist die nachfolgende Klausel enthalten:

2. Lieferzeit/Liefermenge

Die im Konditionsblatt vereinbarte Lieferzeit ist garantiert. Jede Bestellung der Käufergesellschaften ist durch eine Auftragsbestätigung mit Bekanntgabe der Anlieferwoche zu erwidern. Einseitige Änderungen wie z. B. von der Bestellung abweichende Auftragsbestätigungen sind ungültig.

... Regelung zu Teillieferungen ...

Die Käufergesellschaften sind jederzeit und formlos berechtigt, von den erteilten Bestellungen zurückzutreten, wenn die vereinbarte Lieferzeit bei Werbeware um mehr als drei Arbeitstage, bei sonstiger Ware um mehr als zehn Arbeitstage überschritten werden.

... Regelung zum Eigentumsvorbehalt ...

6

Mit Schreiben vom 27.06.2018 mahnte der Kläger die Beklagte wegen der Verwendung der Klauseln Nr. 5 LKM und Nr. 2 EKB ab und forderte sie zur Abgabe einer Unterlassungserklärung auf (Anlage K 10). Die Beklagte lehnte die Abgabe einer Unterlassungserklärung ab (Anlage K 11).

7

Im August 2019 veranstaltete der Kläger eine Befragung unter Lieferanten und Möbelherstellern, die Vertragspartner der Beklagten waren, und beschaffte sich auf diese Weise Informationen zu den Umständen des jeweiligen Vertragsschlusses, die er sodann im laufenden Rechtsstreit verwertete (vgl. Anlage K 30).

8

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, die Beklagte sei einer der fünf größten auf dem deutschen Markt tätigten Einkaufsverbände und habe im Jahr 2017 einen Umsatz von 3,6 Mrd. Euro gebündelt. Der Einkaufsverband Y. habe im Jahr 2017 einen Bruttoaußenumsatz von 2,2 Mrd. Euro und der Einkaufsverband Z.- ebenfalls unter den Top 5 - 2,3 Mrd. Euro gebündelt. Der Beschaffungsmarkt für Möbel sei insgesamt durch die Nachfrageseite geprägt und werde vom Bundeskartellamt überwacht. Er habe Mitte 2018 nicht nur die Beklagte, sondern auch andere Möbelhändler und Einkaufsverbände abgemahnt (Anlage K 33), die vergleichbare Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendeten (Anlagen K 4, K 5, K 6). Hinsichtlich der Lieferzeiten würden sich die Mitgliedsunternehmen der Beklagten gegenüber den Endkunden in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen derart absichern, dass Lieferzeitverzögerungen im Geschäft mit den Endkunden keine Nachteile für diese brächten (vgl. Anlagen K 12 und K 32).

9

Vor diesem Hintergrund ist der Kläger der Auffassung, die Beklagte sei als Verwenderin der vorgenannten Klauseln passivlegitimiert, da sie die Lieferverträge auch im eigenen Namen abschließen. Die Klausel Nr. 5 LKM sei unwirksam, weil sie mit dem haftungsrechtlichen Verschuldensprinzip unvereinbar sei, die darin pauschalierten Schadensersatzansprüche dem Grunde sowie der Höhe nach unzulässig seien, damit von der Obliegenheit einer Mahnung bzw. Nachfristsetzung abgewichen werde und die Klausel deswegen insgesamt überraschend sei. Die Klausel Nr. 2 EKB sei ebenfalls unwirksam, weil sie ein Fixgeschäft begründe, die Obliegenheit der Beklagten zur Mahnung bzw. Nachfristsetzung abbedinge und überraschend sei.

10

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fällig werdenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihren Geschäftsführern D., E. und F., zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Lieferung und/oder Bestellung von Möbeln und/oder Zubehör die nachfolgenden Klauseln und/oder inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden und/oder sich auf diese Klauseln zu berufen:

es folgen die beiden o.g. Klauseln

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 299,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Hilfsweise, gestaffelt von a) bis d), hat der Kläger beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, es [...] zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Lieferung und/oder Bestellung von Möbeln und/oder Zubehör

1) bei Verträgen für die von den Parteien die Anwendung des deutschen Rechts vereinbart ist oder wird

1) bei Verträgen für die von den Parteien die Anwendung des deutschen Rechts und ein deutscher Gerichtsstand vereinbart ist oder wird

1) in Verträgen, die mit deutschen oder ausländischen Herstellern oder Lieferanten geschlossen wurden oder werden und auch Lieferungen mit Abnahmestätten in Deutschland betreffen oder betrafen

1) in Verträgen mit deutschen Lieferanten oder Herstellern die geschlossen wurden oder werden die nachfolgenden Klauseln und/oder inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden und/oder sich auf diese Klauseln zu berufen:

es folgen die beiden o.g. Klauseln

11

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat erstinstanzlich vorgetragen, die vorgenannten Klauseln seien keinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern mit den Lieferanten jeweils individuell vereinbart (vgl. Anlagen BDPE 1 bis 9). Nach Überschreitung der in Nr. 5 Abs. 1 LKM vereinbarten Lieferzeit sowie der Nachfrist von fünf Tagen übersende die Beklagten an den Vertragspartner eine Belastungsanzeige über die Schadenspauschale, wobei dem Vertragspartner ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet werde, Einwände vorzubringen (vgl. Anlagen BDPE 10, 12, 13, 23 bis 29). Zudem seien beide streitgegenständlichen Klauseln auf Verbandsebene ausgehandelt worden (vgl. Anlagen BDPE 16 bis 19).

12

Die Beklagte meint daher, weil die Lieferzeit (Nr. 5 Abs. 1 LKM) jeweils individuell vereinbart werde, führe dies wegen des engen Sachzusammenhangs dazu, dass die Klauseln Nr. 5 LKM und Nr. 2 EKB insgesamt als individuell vereinbart anzusehen seien.

13

Nach Einvernahme der Zeugen G. und K. hat das Landgericht der Klage im Hauptantrag sowie hinsichtlich der Abmahngebühren stattgegeben und zur Begründung ausgeführt:

14

a) Die Klage sei zulässig.

15

Der Kläger sei gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG aktivlegitimiert. Der relevante Markt sei der des Möbeleinzelhandels in Deutschland. In Deutschland seien alle Möbeleinzelhändler Pflichtmitglieder der Industrie- und Handelskammern, die wiederum Mitglieder des Klägers seien. Die mittelbare Zugehörigkeit zu einem Verband reiche aus.

16

Dies gelte auch bei der behaupteten Verwendung der beanstandeten Klauseln gegenüber ausländischen Herstellern und Lieferanten. Die international privat-rechtliche Anknüpfung folge aus Art. 6 Abs. 3 Buchstaben a) und b) Rom II-VO. Die Marktbeeinträchtigung erfolge zumindest ganz überwiegend in Deutschland, da die Beklagte die streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen an ihrem Sitz in X. verwende. Bei AGB-Verbandsklagen sei der Klageanspruch deliktisch und lauterkeitsrechtlich. Im vorliegenden Fall sei unter einem Tatbestand des Wettbewerbsstatuts die Untersagung des Verwendens von Vertragsklauseln beantragt. Dies richte sich nach dem Vertragsstatut, welches aus der Rom I-VO zu

ermitteln sei. Auch insoweit gelte deutsches Recht, da sich die Verträge - soweit ersichtlich - deutschem Recht unterwerfen und ein deutscher Gerichtsstand gegeben sei.

17

Es liege schließlich kein Rechtsmissbrauch gemäß § 2b Satz 1 vor. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände erscheine die Klage nicht rechtsmissbräuchlich. Es könne dahinstehen, wie der Kläger auf die streitgegenständlichen Klauseln aufmerksam geworden sei. Es sei nicht zur Überzeugung der Kammer nachgewiesen, dass das streitgegenständliche Verfahren nur zur Beeinflussung außergerichtlicher Verhandlungen geführt werde. Auch die vom Kläger durchgeführte Befragungsaktion begründe nicht Rechtsmissbräuchlichkeit.

18

b) Die Klage sei im Hauptantrag begründet, denn der Kläger habe einen Anspruch auf Unterlassung gegen die Beklagte aus § 1 UKlaG i.V.m. §§ 307 ff. BGB.

19

aa) Die streitgegenständlichen Klauseln seien Allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten, so dass die Inhaltskontrolle eröffnet sei. Es handele sich nicht um individuell verhandelte Vertragsbedingungen. Das Aushandeln einzelner Vertragsbedingungen ändere nichts daran, dass die übrigen Vertragsbedingungen Allgemeine Geschäftsbedingungen blieben. Der Zeuge G. habe ausgesagt, dass er 300 - 350 Verträge kenne. In einem Drittel der Verträge seien Streichungen - im Sinne von individualvertraglichen Vereinbarungen - vorhanden, die sich jedoch auch auf andere Vertragsklauseln bezögen. Die Zeugin K. habe ausgesagt, dass sie für den Bereich Küche eventuell 30 Verträge kenne, wovon 1/3 der Verträge Änderungen enthalte, 2/3 indes glatt durchgelaufen seien. Auf dieser Grundlage habe die Kammer nicht die Überzeugung gewinnen können, dass bei jedem Verwenden der von der Beklagten vorformulierten Klauseln, die in weit über hundert Fällen textlich nicht abgeändert wurden, jeweils ein individuelles Aushandeln nach vorheriger sachgerechter Erörterung vorgelegen habe. Auch eine individuelle Vereinbarung der jeweiligen Lieferzeit lasse den Charakter der streitgegenständlichen Klauseln als allgemeine Geschäftsbedingungen nicht entfallen.

20

bb) Die Klausel Nr. 5 LKM sei gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie gegen das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip verstoße. Das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip sei ein formularmäßig nicht abänderbares Gerechtigkeitsgebot. Eine rein faktisch anderweitige Vertragsdurchführung lasse die Unwirksamkeit nicht entfallen, da sie keine Grundlage im Vertragstext finde. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass andere Unternehmen ähnliche Klauseln verwendeten, sei von einer Unwirksamkeit auszugehen.

21

cc) Die Klausel Nr. 2 EKB sei gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie ein Fixgeschäft begründe. Dies benachteilige die Vertragspartner unangemessen, weil Gründe für die zwingende Vereinbarung eines Fixgeschäfts nicht dargetan seien. Die einseitige Kündigungsmöglichkeit des Verwenders bereits drei Arbeitstage nach der vereinbarten Lieferzeit sei weder durch die behauptete Vereinbarung von Lieferterminen mit den Endkunden, noch durch Aktionsware zu rechtfertigen. Es seien zudem keine gleichlautenden Verträge mit den Endkunden dargetan. Hinsichtlich von Aktionsware bestehe überdies eine Entlastungsmöglichkeit nach dem UWG.

22

dd) Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass im Verkehr zwischen Unternehmen die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien, und unter Berücksichtigung der Interessenlagen der Beteiligten sei von einer Unwirksamkeit auszugehen.

23

c) Der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der Kostenpauschale ergebe sich aus § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

24

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

25

Hiergegen wendet sich die am 11.03.2020 eingegangene und - nach zweimaliger Fristverlängerung - am 08.06.2020 begründete Berufung der Beklagten, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Sie trägt vor:

26

a) Die Klage sei in mehrfacher Hinsicht bereits unzulässig. Der Kläger sei überwiegend nicht „aktivlegitimiert“, denn mehr als zwei Drittel der von der Beklagten geschlossenen Verträge beträfen Unternehmen aus der Europäischen Union oder dem Nicht-EU-Ausland, sodass insoweit eine Marktbeeinträchtigung nicht in Deutschland erfolge. Zur Wahrnehmung der Interessen ausländischer Unternehmen sei der Kläger satzungsgemäß nicht befugt. Zudem habe das Landgericht einen Unterlassungsanspruch losgelöst von der Geltung deutschen Rechts bejaht, denn in einer Vielzahl von Verträgen mit ausländischen Lieferanten vereinbare die Beklagte die Geltung österreichischen Rechts. Soweit aber deutsches Recht keine Anwendung finde, bestehe auch kein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG. Auch sei nicht vorgetragen, ob und in welcher Zahl der Kläger über Mitglieder verfüge, die auf dem relevanten Markt Dienstleistungen anbieten. Aufgabe und Tätigkeitsbereich der Beklagten sei nicht der Einkauf von Waren, sondern die Erbringung von Dienstleistungen. Somit habe das Landgericht zugleich den relevanten Markt falsch bestimmt.

27

Die Klage sei schließlich rechtsmissbräuchlich. Der Kläger sei durch „den Möbelverband“, mit dem die Beklagte im Frühjahr 2019 in laufenden Verhandlungen gestanden habe, instrumentalisiert worden, um eine günstige Verhandlungsposition für diesen herbeizuführen. Einem Gesprächstermin im November 2018 sei die Abmahnung durch den Kläger, einem weiteren Termin im Mai 2019 die Klage vorausgegangen. Der Kläger habe zudem im Vorfeld der Klage eine „manipulative Befragungsaktion“ durchgeführt. Der Kläger gehe schließlich selektiv nur gegen die Beklagte vor, obwohl er eingeräumt habe, dass zahlreiche weitere Unternehmen entsprechende Klauseln verwendeten. Die Kammer habe insoweit sämtliche Beweisangebote der Beklagten übergangen.

28

b) Das Urteil sei verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Nach Durchführung der Beweisaufnahme habe das Landgericht nicht mit den Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme verhandelt. Zudem habe das Landgericht nach der Beweisaufnahme ausweislich des Protokolls nicht mit den Parteien erneut den Sach- und Streitstand erörtert. Hätte das Gericht dies getan, hätte die Beklagte die im Schriftsatz vom 20.01.2020 genannten Beweismittel bereits in der mündlichen Verhandlung benannt. Insoweit wäre zudem ein richterlicher Hinweis erforderlich gewesen, denn die Beklagte sei davon ausgegangen, dass das Landgericht durch die von ihr angebotenen Beweise vom Nichtvorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen überzeugt sei. Mit Schriftsatz vom 25.11.2019, dort S. 17, sei ausdrücklich ein Hinweis für den Fall erbeten worden, dass weitere Lieferverträge vorgelegt werden sollen. Schließlich hätte wegen der vorgenannten Verfahrensfehler erneut die mündliche Verhandlung wiedereröffnet werden müssen.

29

c) Die Beklagte habe mit den Klauseln Nr. 5 LKM und Nr. 2 EKB keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet. Vielmehr lägen jeweils individuell vereinbarte Verträge vor. Die Darlegungs- und Beweislast für das Verwenden von Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe im Fall des § 1 UKlaG der Kläger zu tragen. Das Landgericht habe diese Beweislastverteilung verkannt und überdies die Anforderungen an den Nachweis, dass Individualvereinbarungen vorliegen, überspannt. Die Beklagte könne nicht zur Vorlage zahlloser Lieferverträge verpflichtet werden, da diese Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthielten. Es müsse somit für den Nachweis einer Individualvereinbarung ausreichen, dass die Beklagte die Klauseln jeweils ernsthaft zur Disposition stelle. Die aber hätten die Zeugen K. und G. bestätigt. Zudem seien die Klauseln unstreitig vorab mit Vertretern „des Möbelverbands“ ausgehandelt worden und entsprechend dessen Änderungswünschen abgeändert worden. Das Landgericht habe schließlich insoweit übergangen, dass AGB auch durch Verhandlungen nach Vertragsschluss zu Individualvereinbarungen werden könnten und außer Acht gelassen, dass die Beklagte regelmäßig mit ihren Lieferanten über deren Belastungsanzeigen verhandelt und berechnigte Einwendungen sowie fehlendes Verschulden berücksichtigt habe.

30

Die Beklagte habe die streitgegenständlichen Klauseln zudem nicht an ihrem Sitz verwendet. Dort würden nur Verträge verhandelt, jedoch bei weitem nicht alle Verträge. Erst recht würden diese nicht dort - in X. - abgeschlossen. Eine Verwendung einer Klausel liege erst vor, wenn sie in einem konkreten Vertrag vereinbart worden sei. Schließlich habe die Beklagte nie die Einbeziehung der Klauseln zwingend verlangt.

31

d) Die Klausel Nr. 5 LKM sei nicht unwirksam. Die Übernahme einer Garantie sei nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich möglich. Zudem werde die Lieferzeit individuell mit dem jeweiligen Lieferanten vereinbart, sodass dieser seine Interessen bereits an dieser Stelle mit Blick auf sein Garantieverprechen wahren könne. Das Risiko der Einhaltung der vereinbarten Lieferzeiten sei durch die Beklagte in keiner Weise beherrschbar oder beeinflussbar, zugleich drohten ihr bei Nichteinhaltung der Lieferzeiten massive Nachteile oder Schäden. Im unternehmerischen Verkehr sei eine Haftungserweiterung unter Berücksichtigung der Beherrschbarkeit des Risikos für den Vertragspartner zulässig. Nach dem Wortlaut der Klausel „wird“ der Anspruch „geltend gemacht“. Dies sei nicht mit dem Bestehen eines einredefreien Anspruchs gleichzusetzen und eröffne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises. So werde in der Praxis der Bekl. auch seit Jahren tatsächlich verfahren. Die Klausel sei schließlich auch branchenüblich sei.

32

e) Durch die Klausel Nr. 2 EKB werde kein Fixgeschäft vereinbart. Der Wortlaut der Klausel begründe ein Rücktrittsrecht erst nach Überschreitung der vereinbarten Lieferzeit und zusätzlich einer Nachfrist. Es lägen aber auch sachliche Gründe für ein Fixgeschäft vor. Zum einen werde die Lieferzeit jeweils individuell vereinbart. Darüber hinaus sei die Rechtzeitigkeit der Leistung für die Beklagte stets wesentlich. Die Beklagte lasse sich immer just-in-time beliefern. Mit den Endkunden werde regelmäßig der nächstmögliche Liefertermin vereinbart, sodass Lieferverzögerungen nicht aufgefangen werden könnten. Auch habe die Beklagte nur begrenzte Lagerkapazitäten. Da es sich bei den Lieferbedingungen um einen Rahmenvertrag handele, sei eine Auftragsbestätigung erforderlich, um einen Liefervertrag abzuschließen. Bei abweichenden Auftragsbestätigungen komme aber kein Vertrag zustande. Dies entspreche der gesetzlichen Regelung. Auch diese Klausel sei branchenüblich. Das Landgericht habe eine Interessenabwägung vollständig unterlassen, insbesondere nicht abgewogen, dass die Klauseln branchenüblich sind, auf Verbandsebene ausgehandelt worden seien und auch den berechtigten Interessen der Beklagten entsprächen.

33

Die Beklagte beantragt,

Das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 11.02.2020, Az: 13 O 117/19 wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Hilfsweise:

Das Verfahren wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Bamberg zurückverwiesen.

34

Der Kläger beantragt,

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

35

Er verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens das Ersturteil und trägt insbesondere vor:

36

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen von Individualvereinbarungen trage die Beklagte. Die Klausel Nr. 5 LKM verstoße gegen das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip. Der Kläger habe zwar bestritten, dass diese Klausel branchenüblich sei, müsse aber zugeben, dass diese unter den großen Einkaufsverbänden verbreitet sei. Unbeachtlich sei, dass die Beklagte die Klausel anders praktiziere. Hinsichtlich der Klausel Nr. 2 EKB sei zunächst deren praktische Wirkungsweise zu betrachten, die auf einen „Kontrahierungszwang“ hinauslaufe und so einem mittelbaren Behinderungswettbewerb Vorschub

leiste. Die Klausel beseitige die Freiheit des Vertragspartners, das ihm zugehende Angebot ohne Rücksicht auf sonstige Umstände und seine eigenen Interessen anzunehmen; insbesondere sei die zu liefernde Gesamtmenge unbekannt, sodass eine Überforderung des Lieferanten drohe. Dies sei bei der Insolvenz des Küchenherstellers H. auch bereits praxisrelevant geworden. Es werde eine ständige Leistungsbereitschaft („Hab-Acht-Position“) unbestimmten Umfangs verlangt, ohne dass dem eine Gegenleistung gegenüberstehe. Das verstoße gegen § 320 BGB. Die Klausel begründe zudem ein Fixgeschäft, obwohl ein anerkennenswerter Grund hierfür nicht bestehe. Liefertermine mit den Endkunden würden erst vereinbart, wenn die Liefertermine der Lieferanten mitgeteilt worden seien. Zudem seien die Lieferfristen für die Endkunden oftmals äußerst großzügig bemessen. Selbst wenn man die drei- bzw. zehntägige Frist nicht als Teil der Lieferzeit, sondern als standardisierte Nachfrist ansehe, sei diese unangemessen kurz und nicht für jeden Einzelfall angemessen.

37

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze samt den beigegeführten Urkunden und sonstigen Anlagen sowie auf das Senatsprotokoll vom 20.01.2021 (Bl. 734 ff.) Bezug genommen.

II.

38

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur zum Teil begründet. Während sie hinsichtlich der Zulässigkeit der Klage (1.) und der Klausel Nr. 5 LKM (2.) ohne Erfolg bleibt, führt sie in Bezug auf die Klausel Nr. 2 EKB zur Abänderung des Ersturteils und zur Klageabweisung (3.).

39

1. Die Klage ist zulässig.

40

a) Der Kläger ist klagebefugt.

41

Das Landgericht hat den relevanten Markt zutreffend bestimmt. Die Beklagte tritt in den Möbellieferungsverträgen als Vertragspartnerin auf und lässt sich als „Käufergesellschaft“ bezeichnen. Schon aus diesem Grunde geht ihr Tätigkeitsbereich über das Erbringen von Dienstleistungen hinaus.

42

Hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs aus § 1 UKlaG ist gemäß Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO ausschließlich deutsches Recht anzuwenden (vgl. BGH, Urteil vom 09.07.2009 - Xa ZR 19/08 -, juris Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 20.05.2010 - Xa ZR 68/09 -, juris Rn. 17 ff.; EuGH, Urteil vom 28.07.2016 - C-191/15 -, juris Rn. 40 ff.). Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Das ist, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, Deutschland, da die Beklagte nicht nur ihren Sitz hier hat, sondern auch eine Vielzahl von Möbeln aus zahlreichen Vertragsbeziehungen nach Deutschland geliefert und hier in der Folge an Endkunden weiterverkauft werden.

43

Bezüglich des jeweiligen Vertragsstatus gilt indes Art. 3 Abs. 1 Rom-I-VO. Da nach dem Vortrag der Beklagten in einer Vielzahl von Verträgen ausdrücklich die Geltung deutschen Rechts vereinbart wurde, ist jedenfalls insoweit die AGB-Kontrolle eröffnet.

44

b) Die Klage ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbrauch ist sowohl bei Verbraucherverbänden als auch bei gewerblichen Verbänden allenfalls in krassen Einzelfällen möglich (Micklitz/Rott, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2017, § 2b UKlaG Rn. 5). Solche Umstände zeigt die Beklagte nicht auf.

45

Eine zeitliche Koinzidenz von Abmahnung oder Klage zu Vertragsverhandlungen auf Verbandsebene reicht für sich genommen nicht aus, um eine „Instrumentalisierung“ des Klägers oder des Verfahrens zu begründen.

46

Es ist dem Kläger auch nicht verwehrt, sich durch eine „Befragungsaktion“ bei Vertragspartnern der Beklagten Informationen zu verschaffen. Unbeschadet der genauen Umstände dieser Aktion (z.B. Zusicherung von Anonymität) fand die Befragung erst nach Erhebung der Klage im August 2019 statt und diente nach der Erläuterung des Klägers im Termin vom 20.01.2021 vor allem dazu, substantiiert auf die Klageerwiderung der Beklagten zu replizieren. Ein derartiges Vorgehen ist nachvollziehbar, jedenfalls aber nicht rechtsmissbräuchlich.

47

Rechtsmissbrauch liegt schließlich auch unter dem Gesichtspunkt eines „selektiven Vorgehens“ nur gegen die Beklagte nicht vor. Auch insoweit kommt rechtsmissbräuchliches Verhalten nur ganz ausnahmsweise in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 17.08.2011 - I ZR 148/10 -, juris Rn. 23 ff. Glücksspielverband). Es ist dem Kläger zulässigerweise möglich, einen Einkaufsverband auszuwählen und - so seine Einschätzung - ein „Musterverfahren“ gegen diesen anzustrengen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 21), zumal der Kläger die Auswahl der Beklagten nachvollziehbar damit begründet hat, dass es sich bei ihr um einen der größten Einkaufsverbände Deutschlands handelt. Zudem hat der Kläger unter Bezugnahme auf die Anlage K 33 vorgetragen, auch weitere Einkaufsverbände - namentlich Y. und J. - wegen der Verwendung ähnlicher Klauseln (vgl. Anlage K 4 bis 6) bereits abgemahnt zu haben. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Ein rechtsmissbräuchliches „selektives Vorgehen“ gegen die Beklagte kann demnach nicht festgestellt werden.

48

2. Die Berufung der Beklagten bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Unterlassung der weiteren Verwendung der Klausel Nr. 5 LKM wendet. Das Landgericht sind insoweit keine erheblichen Verfahrens- (a) oder Rechtsfehler (b) unterlaufen.

49

a) Die von der Beklagten gerügten Verfahrensfehler greifen nicht durch.

50

Die Förmlichkeit des § 285 ZPO wurde protokolliert, womit das Protokoll insoweit Beweiskraft entfaltet (§ 165 ZPO). Der Berichtigungsantrag der Beklagten blieb - ebenso wie ein Tatbestandsberichtigungsantrag der Beklagten - aus inhaltlichen Gründen erfolglos (§ 164 ZPO). Dem Vortrag der Beklagten lässt sich der Vorwurf einer vorsätzlichen Fälschung des Protokolls nicht entnehmen, somit ist die Beweiskraft des Protokolls nicht erschüttert.

51

Zwar fehlt die - gebotene - Protokollierung der Förmlichkeit der §§ 278 Abs. 2 Satz 2, 279 Abs. 3 ZPO. Auf diesem Verfahrensfehler beruht das Urteil jedoch nicht, weil die Beklagte nach ihrem Vorbringen nichts Entscheidungserhebliches vorgetragen hat. Insbesondere wären die weiteren Beweisangebote nicht geeignet gewesen, eine der Beklagten günstigere Entscheidung herbeizuführen. Auf das Einreichen weiterer Lieferverträge kam und kommt es nicht entscheidungserheblich an. Aus diesem Grund war auch kein richterlicher Hinweis mehr erforderlich.

52

Für das Landgericht bestand schließlich kein Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten, weil weder entscheidungserhebliche Verfahrensfehler vorlagen noch das Vorbringen noch die Beweisangebote im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 20.01.2020 entscheidungserheblich waren.

53

b) Das Landgericht hat frei von Rechtsfehlern festgestellt, dass es sich bei der Klausel Nr. 5 LKM um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, welche die Beklagte im Sinne des § 1 UKlaG verwendet hat. Es hat dabei weder einen fehlerhaften rechtlichen Maßstab zugrunde gelegt noch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast falsch beurteilt.

54

aa) Zwar nimmt die Beklagte im Ausgangspunkt noch zutreffend an, dass derjenige, der Rechtsfolgen aus dem AGB-Recht herleiten will, die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen darzulegen und zu beweisen hat. Steht jedoch fest, dass eine Verhandlungsseite in der Absicht der Mehrfachverwendung von vorformulierten Texten Gebrauch gemacht hat, trifft diese als

Verwender die Beweislast dafür, dass es sich bei einer Klausel um eine ausgehandelte Vereinbarung handelt (BGH, Urteil vom 06.12.2002 - V ZR 220/02 -, juris Rn. 7). Von vornherein nicht ausreichend für ein „Aushandeln“ ist die schlichte Bereitschaft des Verwenders, sich auf Alternativen einzulassen, wenn dies dem Vertragspartner nicht unmissverständlich offengelegt wird (BGH, a.a.O.; Graf von Westphalen, in: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke Werkstand: 45. EL März 2020, „Individualvereinbarung“ Rn. 19, 20 m.w.N.).

55

Nach den insoweit unbeanstandeten Feststellungen des Landgerichts hat die Beklagte in mindestens 330 Fällen die Klausel Nr. 5 LKM - ebenso die Klausel Nr. 2 EKB - zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen mit Lieferanten gemacht. Da somit festgestellt ist, dass die Beklagte in einer Vielzahl von Fällen die Einbeziehung dieser Klauseln in Verträge angestrebt hat, hatte sie darzulegen und zu beweisen, dass in allen Fällen jeweils ausgehandelte Individualvereinbarungen vorgelegen haben.

56

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Beklagte - unbeschadet der Frage, ob insoweit überhaupt ein schlüssiger Sachvortrag der Beklagten vorliegt hat - diesen Beweis nicht erbracht hat. Der Zeuge G. ist bei der Beklagten als „Dokumentenverwalter“ beschäftigt und konnte daher von vornherein keine detaillierten Angaben zum Inhalt und Ablauf von Vertragsverhandlungen machen. Er konnte nur den Bestand und den Inhalt der von ihm verwalteten Vertragsunterlagen darstellen. Die Zeugin K., die als „Einkäuferin“ im Bereich Küche für die Beklagte tätig ist, hat zwar - worauf sich die Beklagte maßgeblich stützt - angegeben, es habe in den Verträgen nur einen Punkt gegeben, der nicht verhandelbar gewesen sei. Dies sei die Frage der Zentralregulierung gewesen. Die Zeugin hat jedoch auch zum Ablauf der Vertragsverhandlungen ausgeführt, sie habe dem potenziellen Vertragspartner ein schriftliches Exemplar des Liefer- und Konditionenvertrags mitgegeben und dabei gesagt, dass, wenn Fragen zu dem Vertrag bestünden, man bei ihr Rücksprache halten könne. „Änderungswünschen“ sei sie stets nachgekommen. Bei den Vertragsverhandlungen käme das „Thema Konventionalstrafe“ eigentlich nicht zur Sprache, denn die Klauseln über „die Konventionalstrafe“ seien die Lieferanten „gewohnt“ (Seite 6, 7 des Protokolls 03.12.2019, Bl. 336, 337).

57

Diese Angaben belegen kein „Aushandeln“ im Sinne der dargelegten Einordnungskriterien. Die bloße „innere“ Bereitschaft zum Aushandeln von Klauseln, gleichsam als eine nicht ausdrücklich offengelegte Mentalreservation, genügt nicht, um ein „Aushandeln“ annehmen zu können. Die Zeugin hat den vollständig vorformulierten Vertrag dem potenziellen Vertragspartner mitgegeben und sich bereiterklärt, Rückfragen zu beantworten. Zwar ist sie Änderungswünschen in der Regel nachgekommen, allerdings - allein so lassen sich ihre Angaben verstehen - nur in den Fällen, in denen zuvor Änderungswünsche vom Vertragspartner angezeigt worden waren. Ein klarer und unmissverständlicher Hinweis, wonach der gesamte Vertragsinhalt zur Disposition stehe, war von der Zeugin zu keinem Zeitpunkt erteilt worden. Darauf, dass die Beklagte die Einbeziehung der Klauseln in den Vertrag nie „verlangt“ habe, kommt es nach alledem nicht an.

58

bb) Die Beklagte hat die Klauseln zudem „verwendet“. Im Rahmen der Klage nach § 1 UKlaG ist der „Verwender“-Begriff abweichend von den §§ 305 ff. BGB zu verstehen. Für die Anwendung des UKlaG ist es nicht notwendig, dass der Verwender die Bedingungen beim Abschluss eines Vertrags stellt. Es reicht bereits aus, wenn sie mit Wiederholungsabsicht in den rechtsgeschäftlichen Verkehr gebracht worden sind oder wenn eine baldige Verwendung so gut wie sicher bevorsteht (Staudinger/Mäsch, in: Staudinger, § 305 BGB, Rn. 46; Piekenbrock, in: Staudinger, § 1 UKlaG Rn 31).

59

So liegen die Dinge hier: Die Beklagte hat die streitgegenständlichen Klauseln in Hunderten von Fällen zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen gemacht. Dies genügt, um sie als „Verwenderin“ im Sinne des § 1 UKlaG in Anspruch zu nehmen. Darauf, dass nicht sämtliche Verträge nicht in Deutschland geschlossen wurden, kommt es nicht an.

60

c) Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht angenommen, die Klausel Nr. 5 LKM sei gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil sie gegen das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip verstoße. Insoweit bleibt die Berufung ohne Erfolg.

61

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Dieser allgemeine Grundsatz des Haftungsrechts gilt als Ausdruck des Gerechtigkeitsgebots gleichermaßen für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche. Eine verschuldensunabhängige Haftung kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur ausnahmsweise wirksam vereinbart werden, insbesondere wenn sie durch höhere Interessen des AGB-Verwenders gerechtfertigt oder durch Gewährung rechtlicher Vorteile ausgeglichen wird (BGH, Urteil vom 22.10.2015 - VII ZR 58/14 -, juris Rn. 27, Urteil vom 18.10.2017 - VIII ZR 86/16 - juris, Rn. 24; Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Einkaufsbedingungen, Rn. 3; Graf von Westphalen in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 45. EL März 2020, Einkaufsbedingungen Rn. 3). Bereits aus diesem Grund ist die Klausel unwirksam. Auch wenn die Beklagte meint, die Klausel habe „den Charakter einer Vertragsstrafe“, ist ihr Wortlaut, an dem sich die Beklagte festhalten lassen muss, eindeutig und ausschließlich von „Schadensersatz“ die Rede. Dass die Klausel einen Schadensersatzanspruch regeln soll, ergibt sich zudem aus ihrer Entstehungsgeschichte. Bei den Verhandlungen auf Verbandsebene hatte die Beklagte noch den Zusatz gefordert, dass die Geltendmachung eines weitergehenden Schadens unberührt bleibe (vgl. Anlage BDPE 16).

62

bb) Die Klausel pauschaliert überdies den Verzugsschaden. Dies folgt aus ihrer Überschrift („Lieferzeit“) ebenso wie aus ihrem unmittelbaren Bezug zur vereinbarten Lieferzeit. Der Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens bei Nichteinhaltung der Lieferfrist kann - über die obigen Erwägungen hinaus - ebenfalls nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verschuldensunabhängig ausgestaltet werden, da auch § 286 Abs. 4 BGB zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Verzugsregelung gehört (Christensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, Einkaufsbedingungen, Rn. 3).

63

cc) Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass § 276 Abs. 1 BGB Vertragsparteien im Grundsatz die Freiheit eröffnet, eine Haftung losgelöst vom Vorwurf des Verschuldens als eine strengere Haftung im Rahmen des Vertretenmüssens in ihrer Ausprägung als Garantiehaftung zu begründen (vgl. hierzu Graf von Westphalen, a.a.O.). Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist dies jedoch in erster Linie einer individualvertraglichen Vereinbarung vorbehalten. Eine generelle Regelung in AGB, nach welcher die liefernde Seite eine Garantie übernimmt, benachteiligt diese in der Regel unangemessen, weil sie unkalkulierbare Haftungsrisiken mit sich bringt (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2005 - VIII ZR 16/05 - juris Rn. 31). Dabei darf nicht nur die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes - der im vorliegenden Fall pauschaliert, damit gedeckelt und insoweit kalkulierbar ist - in den Blick genommen werden. Vielmehr muss für den Vertragspartner auch kalkulierbar und vorhersehbar bleiben, ob der Haftungsfall dem Grunde nach eintritt. Dies ist bei einer vollständigen Garantieübernahme in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für jeden denkbaren Fall der nicht fristgerechten Lieferung nicht gewährleistet.

64

Höherrangige Interessen der Beklagten, die ausnahmsweise die Begründung einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung oder die Übernahme einer Garantiehaftung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass das Risiko der Einhaltung der vereinbarten Lieferzeiten durch die Beklagte nicht beherrschbar oder beeinflussbar ist, rechtfertigt eine derart weitreichende verschuldensunabhängige Haftung nicht. Insoweit kann die gesetzliche Wertung des § 376 Abs. 1 HGB herangezogen werden, wonach selbst bei einem Fixgeschäft Schadensersatz statt der Leistung nur verschuldensabhängig zu leisten ist (vgl. Grunewald, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 376 Rn. 21).

65

Zudem bestehen für die Beklagte anderweitige Möglichkeiten, ihre Interessen zu wahren, beispielsweise durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe.

66

dd) Soweit die Beklagte, auch unter Bezugnahme auf die Anlagen BDPE 10, 12, 13 und 14, die allerdings wiederum nur von „Konventionalstrafen“ sprechen, vorträgt, sie handhabe die Klausel Nr. 5 LKM in der Praxis abweichend, ist dies unbehelflich, da diese Art der Vertragsabwicklung letztlich freiwillig - und ohne

dass die Vertragspartner einen Anspruch darauf hätten - geschieht. Die Beklagte könnte ihre Praxis somit jederzeit ändern.

67

3. Zu Unrecht ist das Landgericht jedoch zu der Auffassung gelangt, auch die Klausel Nr. 2 EKB sei unwirksam. Insoweit hat die Berufung der Beklagten Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

68

Das Landgericht hat verfahrensfehlerfrei (vgl. oben 2.a) festgestellt, dass es sich bei der Klausel Nr. 2 EKB um eine von der Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung handelt (vgl. oben 2.b). Die Klausel ist entgegen der Auffassung des Landgerichts jedoch nicht unwirksam.

69

a) Im Ausgangspunkt noch zutreffend nimmt das Landgericht an, durch die Klausel Nr. 2 EKB werde ein Fixgeschäft begründet. Durch die Formulierung, die vereinbarte Lieferzeit sei „garantiert“, vereinbaren die Parteien ein relatives Fixgeschäft. Dieser Wortlaut bringt deutlich zum Ausdruck, dass die vereinbarte Lieferzeit nicht nur „eine nach dem Kalender bestimmte“ Leistung (vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB) sein soll, sondern dass die Lieferzeit für die Parteien darüber hinaus von entscheidender Bedeutung ist und insbesondere die Lieferantenseite an sie gebunden sein und für ihre Nichteinhaltung einstehen soll.

70

b) Dies führt indes noch nicht ohne Weiteres zur Unwirksamkeit der fraglichen Klausel. Zwar hat der Bundesgerichtshof für den Fall, dass die Voraussetzungen eines Fixgeschäfts auf der Grundlage der individualvertraglichen Abrede nicht vorliegen, bereits entschieden, dass eine Formularbestimmung, die der Vereinbarung gleichwohl den Charakter eines Fixhandelskaufs beilegt, grundsätzlich als sowohl überraschend als auch unangemessen anzusehen ist: Der Vertragspartner des Verwenders, der sich mit diesem nicht darüber geeinigt habe, dass mit der Fristeinhaltung das Geschäft steht oder fällt, müsse den Umständen nach vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Abhängigkeit des Geschäfts von der strikten Fristwahrung festgelegt werde. Die unangemessene Benachteiligung ergebe sich daraus, dass mit derartigen Klauseln im Ergebnis der Verwender von der Obliegenheit zur Nachfristsetzung freigestellt würde, was auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr formularmäßig nicht wirksam vereinbart werden könne (BGH, Urteil vom 17.01.1990 - VIII ZR 292/88 -, juris Rn. 23; ebenso Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 23.01.2013 - 13 U 198/10 -, juris Rn. 71). Dieser Rechtsprechung ist ein Teil der Lehre gefolgt, der entsprechende Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ebenfalls per se für unwirksam hält (Ulmer/Schäfer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 305c BGB Rn. 52; Graf von Westphalen, in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 45. EL März 2020, Einkaufsbedingungen Rn. 11). Über die vom Bundesgerichtshof ausgeführten Erwägungen hinaus wird die Unwirksamkeit einer solchen Klausel teilweise auch damit begründet, dass ein Fixgeschäft den beiderseitigen Interessen der Parteien entsprechen müsse, was durch eine einseitige Festlegung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich sei (Graf von Westphalen, a.a.O.; ähnlich Koch, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, 6. Aufl. 2019, § 376 Rn. 20).

71

Der Bundesgerichtshof hat jedoch ausdrücklich offengelassen, „ob diese Wertung eine andere ist, wenn Fixgeschäfte branchenüblicherweise vorkommen“ (BGH, Urteil vom 17.01.1990 - VIII ZR 292/88 -, juris Rn. 24). Im Anschluss daran vertritt ein Teil der Lehre, eine solche Klausel könne wirksam sein, wenn gewichtige, für den Belasteten bei den Vertragsverhandlungen erkennbare Gründe für eine solche Vertragsgestaltung sprechen oder solche Klauseln branchenüblich sind (Grunewald, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2018, § 376 Rn. 14; Achilles, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 376 HGB Rn. 14). Außerdem könne eine unangemessene Benachteiligung, weil derartige Klauseln den Schutz der Nachfrist unterlaufen, seit der Beschränkung dieses Instruments durch die Schuldrechtsreform nicht mehr ohne Weiteres angenommen werden (Schwartz, in: Häublein/Hoffmann-Theinert, BeckOK HGB, 30. Edition Stand: 15.07.2020, § 376 Rn. 5).

72

c) Der Senat schließt sich der dem Bundesgerichtshof a.a.O. folgenden Auffassung im Schrifttum an und gelangt auf dieser Grundlage im Streitfall zu folgender Einordnung:

73

aa) Die Klausel Nr. 2 EKB ist zunächst für den jeweiligen Möbellieferanten nicht überraschend.

74

Die Vereinbarung des LKM (insgesamt) erfolgt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in erster Instanz erst nach gründlicher Durchsicht der Vertragsbedingungen durch den potenziellen Vertragspartner und der Erledigung etwaiger Rückfragen. Der Lieferant hat damit ausreichend Gelegenheit, die „Garantie“ zur Kenntnis zu nehmen und zu hinterfragen. Hinzu kommt, dass die Verhandlungen, welche die Beklagte auf Verbandsebene in Bezug auch auf die streitgegenständlichen Klauseln geführt hat, durch die Verbände auch der Lieferantenseite bekannt gemacht wurden (vgl. Anlage BDPE 14), sodass diese das Regelwerk - wenigstens in den Grundzügen - schon zu Beginn der Vertragsgespräche kennen.

75

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass nach der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs eine Fixgeschäftsklausel grundsätzlich in unmittelbarem textlichen Zusammenhang mit der Regelung der Lieferfrist stehen muss, ist die vorliegende Klausel nicht überraschend. Zwar sind LKM und EKB formal getrennte Regelwerke. Indessen nimmt Nr. 5 Abs. 1 LKM gleichsam die Regelung Nr. 2 EKB auf, indem dort ebenfalls von einer „garantierten“ Lieferzeit die Rede ist. Diese Bezugnahme in der mit „Lieferzeit“ überschriebenen Klausel schließt, zumal unter Berücksichtigung der vorstehenden Feststellungen zum Ablauf des Vertragsschlusses, eine Überraschung des Lieferanten aus.

76

bb) Der Wirksamkeit der Klausel kann auch nicht entgegengehalten werden, die Vereinbarung eines Fixgeschäftes müsse stets einvernehmlich erfolgen und den beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien entsprechen, was bei einer Vereinbarung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen typischerweise nicht möglich und nicht gegeben sei, weil diese von der Verwenderseite einseitig vorgegeben würden. Dies kann jedenfalls in Konstellationen wie der vorliegenden, in der zunächst auf Verbandsebene ein gesamtes Vertragswerk mit wechselseitigen Zugeständnissen ausgehandelt wird (vgl. Anlagen BDPE 16, 17, 18, 19), nicht durchgreifen. Es liegt dann schon keine (vollkommen) einseitige Durchsetzung der Interessen der Verwenderseite mehr vor, sondern vielmehr ein Kompromiss, der an verschiedenen Stellen die wechselseitigen Interessen auszugleichen versucht.

77

cc) Zu bedenken ist auch, dass vergleichbare Klauseln (vgl. Anlagen K 4, K 5, K 6) auch von weiteren umsatzstarken Einkaufsverbänden mit großem Marktanteil verwendet werden. Diesen Umstand hat der Kläger, der diese Verbände - jedenfalls zum Teil - ebenfalls abgemahnt hat (vgl. Anlage K 33), zugestanden. Der Kläger hat gleichwohl die Auffassung vertreten, derartige Klauseln seien zwar „verbreitet“, nicht aber „branchenüblich“. Das kann nicht überzeugen:

78

Der Senat verkennt nicht, dass die Branchenüblichkeit einer Regelung regelmäßig nur ein Indiz für ihre Angemessenheit darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 27.02.1985 - VIII ZR 85/84, juris Rn. 28) und sich allein aus der Üblichkeit grundsätzlich noch keine Aussagen über die Einhaltung normativer Vorgaben und die Anerkennung durch die beteiligten Verkehrskreise ableiten lassen (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2012 - IV ZR 10/11 -, juris Rn. 51). Gleichwohl hat der Bundesgerichtshof selbst bei der Prüfung der Wirksamkeit von Fixgeschäft-Klauseln auf die Branchenüblichkeit abgestellt, diese also in derartigen (Ausnahme-)Fällen zu einem maßgeblichen Indiz erhoben. Vor diesem Hintergrund hat die Aussage der Zeugin K. vor dem Landgericht Gewicht, wonach die Lieferanten diese Klauseln „gewohnt“ sind, sodass es kaum Gesprächsbedarf hierüber gebe (S. 7 des Protokolls vom 03.12.2019 = Bl. 337). Das lässt jedenfalls den Schluss zu, dass die Klausel Nr. 2 EKB nicht nur weit verbreitet, sondern auch weithin akzeptiert ist und von der Lieferantenseite als durchaus sachgerecht anerkannt wird.

79

dd) Für die Lieferantenseite liegt zudem das berechnete Interesse der Beklagten an einer pünktlichen Lieferung klar zu Tage: In der Möbelbranche ist es für alle Akteure - Lieferanten, Besteller, Händler etc. - offenkundig, dass Lieferfristen eine große Bedeutung haben. Einerseits bestehen ein großer logistischer Aufwand sowie ein hoher Koordinierungsbedarf, wenn 790 Filialen in vierzehn Ländern zu beliefern sind, was eine vorhersehbare sowie - in einem gewissen Umfang - planbare, also auch „strukturierbare“ Abrufbereitschaft auf Lieferantenseite voraussetzt. Andererseits setzt sich die Lieferkette zum Endkunden

fort, mit dem in der Regel auch Lieferfristen - wenn auch nicht notwendig „gleichlaufend“ - vereinbart sind. Aus diesem Grund überzeugt auch nicht die im Senatstermin geäußerten Meinung der Klägerseite, dem Endkunden sei es, wenn er sich einmal für ein Möbel entschieden habe, „letztlich egal“, wann geliefert werde; der Kunde werde in Ermangelung von Lieferalternativen auch regelmäßig nicht vom Vertrag zurücktreten. Dieses Vorbringen entspricht nicht der allgemeinen Lebenserfahrung und vermittelt auch kein sachgerechtes Verständnis von Verbraucherinteressen.

80

ee) Seit der Modernisierung des Schuldrechts im Jahr 2001 - und damit nach Verkündung der einschlägigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs - kann eine unangemessene Benachteiligung der Lieferantenseite nicht mehr daraus hergeleitet werden, dass das Erfordernis einer Nachfristsetzung abbedungen wird. Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurden § 376 HGB und § 323 BGB bewusst angeglichen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 185 f.). Ein Rücktritt vom Vertrag sollte fortan bei relativen Fixgeschäften selbst im nichtunternehmerischen Verkehr auch ohne Nachfristsetzung möglich und der Regelfall sein. Diese gesetzgeberische Wertung ist seither zu berücksichtigen, wenn die Frage der unangemessenen Benachteiligung der Lieferantenseite in Frage steht.

81

Außerdem setzt die Beklagte ihren Vertragspartnern eine (pauschale) Nachfrist von drei bzw. zehn Tagen. Sie geht damit letztlich über das gesetzlich Geforderte zu ihren eigenen Lasten hinaus. Der Senat vermag sich daher auch nicht der klägerischen Auffassung anzuschließen, diese - eigentlich gar nicht erforderlichen - Nachfristen seien unangemessen kurz. Mithin kommt es auch nicht mehr auf die - insbesondere im Senatstermin und im Schriftsatz vom 12.02.2021 - vertieften Bedenken der Klägerseite wegen der angeblichen Unbestimmtheit der Bezeichnung „Werbeware“ an.

82

ff) Schließlich kann der Senat auch nicht der Meinung der Klägerseite nähertreten, die Klausel Nr. 2 EKB sei mit den Vorgaben zur Auftragsbestätigung der „Käufergesellschaften“, wie sich vor allem aus der Einleitung des zweiten Satzes („Jede Bestellung... ist ...“) ergebe, auf einen regelrechten „Kontrahierungszwang“ der Lieferantenseite angelegt. Selbst im Lichte der damit angestrebten „kundenfeindlichsten Auslegung“ erscheint ein solches Verständnis geradezu fernliegend (um nicht zu sagen konstruiert). Schon ihrem dem Wortlaut und erst recht nach dem Regelungszweck, wie er spätestens in der Zusammenschau mit dem im dritten Satz formulierten Abweichungsverbot klar zu Tage tritt, geht der Erklärungsgehalt der beanstandeten AGB offenkundig nicht über rein abwicklungstechnische Vorgaben hinaus.

83

Die Gesamtwürdigung aller dieser Umstände bzw. Gesichtspunkte führt daher zu dem Ergebnis, dass die Klausel Nr. 2 EKB die Vertragspartner der Beklagten weder überrascht noch unangemessen benachteiligt. Denn jedenfalls unter den vorliegenden Rahmenbedingungen im geschäftlichen Verkehr mit Unternehmern sowie im Zusammenhang mit der Bestellung und Lieferung von Möbeln hält die Klausel der Überprüfung stand.

III.

84

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1; 92 Abs. 1 und 97 Abs. 1 ZPO.

85

Die Anordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

86

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO nicht gegeben sind. Der vorliegende Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung. Diese käme ihm nur dann zu, wenn über eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden gewesen wäre, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Das ist vorliegend nicht der Fall, weil hier maßgeblich die Besonderheiten einer bestimmten, klar abgegrenzten Branche im Vordergrund stehen. Der Senat weicht auch nicht von der Rechtsprechung des BGH oder eines anderen Oberlandesgerichts ab; das erwähnte Urteil des OLG Hamburg betrifft bereits eine ganz andere Branche, so dass schon keine

vergleichbaren Sachverhalte vorliegen. Auch eine Zulassung der Revision zur Fortbildung des Rechts ist nicht angezeigt.