OLG München, Endurteil v. 25.02.2026 – 7 U 826/24 e

Titel:

Unwirksamkeit einer das Palettentauschrisiko auf den Frachtführer abwälzenden AGB-Klausel

Normenketten:

BGB § 305 Abs. 1 S. 1, S. 3, § 307 Abs. 1 S. 1, § 310
ZPO § 540 Abs. 1, § 543

Leitsätze:

1. Eine Klausel ist dann individuell ausgehandelt, wenn der Verwender den Kerngehalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner die reale Möglichkeit einräumt, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen und dadurch eigene Interessen zu wahren (ebenso BGH BeckRS 2015, 18772). (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)
2. Aushandeln erfordert mehr als ein Verhandeln und die für ein Aushandeln erforderliche Bereitschaft zur Änderung einzelner Klauseln schlägt sich in der Regel auch in entsprechenden Änderungen des vorformulierten Textes nieder (ebenso BGH BeckRS 2003, 3453). (Rn. 32) (redaktioneller Leitsatz)
3. In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann das mit einem Palettentausch verbundene Tauschrisiko jedenfalls dann nicht dem Frachtführer überbürdet werden, wenn dieser für die Übernahme des Tauschrisikos keine gesonderte Vergütung erhält (ebenso OLG Bremen BeckRS 2008, 677). (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Palettentausch, Transportvertrag, Schadensersatz, Unangemessene Benachteiligung, Tauschrisiko, Inhaltskontrolle, unangemessene Benachteiligung, Aushandeln, Unwirksamkeit, AGB

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 29.01.2024 – 29 O 10964/23

Tenor

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 29.01.2024, Az. 29 O 10964/23, wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann eine Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheit in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

1
Die Parteien streiten um Schadensersatz aus Transportvertrag in Zusammenhang mit dem Tausch von Europaletten.

A.

2
Die Klägerin ist Anbieter von Mehrwegbehältern aus Kunststoff (nachfolgend: ...-Steigen), die für den Transport von Lebensmitteln von Produzenten und Großhändlern an Einzelhändler (insbesondere REWE-Supermärkte) verwendet werden. Hierbei verkauft die Klägerin zum einen neue ...-Steigen und bietet zum anderen die Aufbereitung (Reinigung und Desinfektion) gebrauchter Ifco-Steigen an.

3

Aufgrund eines zwischen der Klägerin und der REWE-Zentralfinanz eG geschlossenen Vertrages ist die Klägerin verpflichtet, jeweils auf Anforderung gebrauchte, dort auf Europaletten verpackte ...-Steigen bei den REWE-Zentrallagern abzuholen und bei der Abholung eine gleiche Anzahl an leeren Europaletten bei den REWE-Zentrallagern zu lassen.

4
Zugleich bestellen die Lebensmittellieferanten der REWE (Produzenten und Großhändler, nachfolgend: Lieferanten) direkt bei der Klägerin neue und aufbereitete ...-Steigen. Die Klägerin liefert die von den Lieferanten bei ihr bestellten, neuen und aufbereiteten ...-Steigen auf Europaletten an die Lieferanten aus. Diese Steigen werden sodann durch die Lieferanten mit den Lebensmitteln befüllt und dann von den Lieferanten durch eigene Transportvorgänge ohne Beteiligung der Klägerin an die REWE-Supermärkte geliefert. Von dort kommen die gebrauchten ...-Steigen erneut ohne Beteiligung der Klägerin zu den REWE-Zentrallagern.

5
Die Beklagte ist ein Transportunternehmen und erbringt weltweit Transport-, Speditions- und Lagerleistungen. Die Klägerin beauftragte die Beklagte mit Transportvertrag vom 15.04./17.05.2016 (Anlage K3) als alleinigen Frachtführer mit der bundesweiten Auslieferungen von ...- Steigen an Lieferanten ab den -Standorten Duisburg und Langenhagen und mit der Abholung gebrauchter ...-Steigen im Postleitzahlengebiet 00 bis 59999.

6
Dieser Vertrag bezeichnet ausweislich seiner Eingangsformel die Klägerin als „..“ und die Beklagte als „Spediteur“ und enthält auszugsweise unter anderem folgende Regelung:

„2.7. Europaletten / CHEP Paletten

2.7.1. Europaletten

Bei der Lieferung und Übernahme von ... Steigen tauscht der Spediteur Europaletten 'Zug um Zug' aus. Die Führung eines Paletten Kontos [sic.] ist optional. Es wird keine Berechnung an Sonderfahrten für den Ausgleich von Paletten Schuld [sic.] honoriert. Der Spediteur dokumentiert verantwortlich die an Kunden ausgelieferten sowie von Kunden entgegen genommenen Europaletten auf dem Lieferschein bzw. den Frachtpapieren. Entsteht durch die mangelhafte Dokumentation ein Schaden, so haftet der Spediteur für diesen. Der Spediteur stellt ... 10.000 FP als kostenfreien Stock zur Verfügung. Überschreitet der Saldo 10.000 FP zu Gunsten des Spediteurs, wird automatisch zu einem festen Preis (heute 5 €) fakturiert.

2.7.2 CHEP Paletten

Bei der Lieferung und Übernahme von ... Steigen tauscht der Spediteur, falls gefordert, CHEP-Paletten 'Zug um Zug' aus. Die Führung eines Paletten Kontos ist optional. Es wird keine Berechnung an Sonderfahrten für den Ausgleich von Paletten Schuld honoriert. Der Spediteur dokumentiert verantwortlich die an Kunden ausgelieferten sowie von Kunden entgegen genommenen CHEP auf dem Lieferschein bzw. den Frachtpapieren. Entsteht durch die mangelhafte Dokumentation ein Schaden, so haftet der Spediteur für diesen.“

7
Die Laufzeit des Vertrages beginnt nach dessen Ziffer 4 am 01.07.2016 und beträgt zunächst 2,5 Jahre bis 31.12.2018, wobei eine Verlängerung um 2,5 Jahre vorgesehen war. Mit Vertrag vom 28.06./29.06.2018 (Anlage K4), der sodann durch Nachtrag zum Transportvertrag vom 14.12.2018 / 23.12.2018 (Anlage K5) ersetzt wurde, verlängerten die Parteien die Zusammenarbeit zuletzt bis 30.06.2021. Dem Nachtrag vom 14.12./23.12.2018 war der ursprüngliche Transportvertrag nebst Anlagen als Anlage 1 beigefügt. Nach Ziffer VII. des Nachtrags vom 14.12./23.12.2018 sollten die Bestimmungen des ursprünglichen Transportvertrages, soweit nicht durch den Nachtrag abweichend geregelt, unverändert bestehen bleiben.

8
In erster Instanz trug die Klägerin vor, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, bei jeder Abholung benutzter ...-Steigen auf Europaletten von den REWE-Zentrallagern eine gleiche Anzahl an leeren Europaletten aus ihrem eigenen Bestand bei den Rewe-Zentrallagern zu belassen. Dies habe die Beklagte in den Jahren 2016 bis 2022 bei den REWE-Zentrallagern Köln und Koblenz nicht vorgenommen. Sie habe dort jeweils mehr mit ...-Steigen beladene Europaletten abgeholt, als leere Europaletten zurückgelassen. Der

Fehlbestand an Europaletten betrage in 2016 7.176 Stück, in 2017 12.569 Stück, in 2018 11.199 Stück, in 2019 14.239 Stück, in 2020 26. 142 Stück, in 2021 32.470 Stück und in 2022 11.735 Stück. Auf dem von REWE gegenüber der Klägerin geführten Palettenkonto sei dadurch ein Fehlbestand von insgesamt 115.530 Europaletten aufgelaufen. Die Klägerin habe die Beklagte mit E-Mail vom 21.07.2022 (Anlage K6) und weiteren E-Mails vom 03.08.2022, 05.08.2022 und 11. 08.2022 (Anlagen K7, K8 und K9) aufgefordert, die Palettenkonten mit REWE abzustimmen. Die Beklagte habe die Klägerin hierzu mehrfach vertröstet (Anlagen K11, K17 und K19), eine Abstimmung der Konten und ein Ausgleich der fehlenden Paletten zwischen der Beklagten und REWE sei aber letztlich nicht erfolgt.

9
REWE habe der Klägerin den Fehlbestand von 115.350 Europaletten mit einem Betrag in Höhe von 11,70 € pro Palette berechnet. Es sei der Klägerin sodann in Verhandlungen mit REWE gelungen, diese Forderung für 40.000 Paletten auf einen Betrag von 8,20 € pro Palette und für weitere 40.000 Paletten auf einen Betrag von 9,15 Euro pro Palette, zusammen ... €, zu reduzieren. Diesen Betrag habe die Klägerin an REWE gezahlt. Ob es gelingt, den Ausgleichsbetrag hinsichtlich der weiteren 35.530 Europaletten ebenfalls zu reduzieren, stehe noch nicht fest.

10
Die Beklagte schulde der Klägerin den Ersatz des von der Klägerin an REWE gezahlten Betrags in Höhe von 694.000 €, denn dies sei der Schaden, der der Klägerin mindestens dadurch entstanden sei, dass die Beklagte vertragswidrig versäumt habe, bei der Abholung gebrauchter Steigen auf Europaletten die gleiche Anzahl Europaletten an REWE zu liefern. Die Verpflichtung der Beklagten, Paletten entsprechend zu tauschen sei in der verhandelten Gesamtvergütung berücksichtigt und daher nicht unentgeltlich. Auch habe es die Beklagte selbst in der Hand gehabt, bei den jeweiligen REWE-Standorten so viele Leerpaletten zurückzulassen, wie sie von dort beladen mitgenommen habe. Für die Beklagte habe daher kein Tauschrisiko bestanden.

11
Die Klägerin beantragte in erster Instanz:

I. Die Beklagte wird verurteilt, ... EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basissatz seit dem 15. Juni 2023 an die Klägerin zu zahlen.

II. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden und Nachteile zu ersetzen, die der Klägerin infolge des Umstandes zukünftig entstehen werden, dass es die Beklagte entgegen Ziffer 2.7.1 des zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossenen Transportvertrages vom 15. April / 17. Mai 2016 versäumt hat, bei der Lieferung und Übernahme von ...Steigen (Mehrwegbehältern) Europaletten „Zug-um-Zug“ auszutauschen.

12
Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen

13
Die Beklagte erwiderte in erster Instanz, sie habe nach dem Transportvertrag weder ein Tauschrisiko übernommen, noch bestehe ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz. Jedenfalls sei die von der Klägerin mehrfach verwendete, vorformulierte und gestellte Klausel 2.7. 1 des Transportvertrages unwirksam. Zudem erhob die Beklagte die Einrede der Verjährung In der vor dem Landgericht München I am 18.12.2023 durchgeführten mündlichen Verhandlung verhandelten beide Seiten auch zu der Frage, ob es sich bei der streitgegenständlichen Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Ausweislich des Protokolls dieser mündlichen Verhandlung erklärte der Klägervertreter, dass der Vertrag „so in dieser Form individuell ausgehandelt worden sei“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2023, Bl. 75 der eAkte des Landgerichts). Daneben enthält dieses Protokoll unter anderem folgende, nicht mit einem Berichtigungsantrag angegriffene Feststellung:

„Der Beklagtenvertreter verweist hier auf die Anlage K 4 und das dortige Logo der Klagepartei, welches eindeutig den Rückschluss darauf zulasse, dass die Klagepartei die vorliegende strittige Transportklausel in der Absicht der Mehrfachverwendung gegenüber der Beklagten gestellt hätte. Unstreitig ist so, dass die

Klagepartei mehrere Transportverträge abgeschlossen hat.“ (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2023, Bl. 75 der eAkte des Landgerichts, dort unterster Absatz).

14
Mit Urteil vom 29.01.2024 wies das Landgericht München I die Klage ab. Zur Begründung führt das Gericht aus, Ziffer 2.7.1 verstoße als Allgemeine Geschäftsbedingung gegen § 307 BGB. Der Transportvertrag begründe daher keine Pflicht zu einer Zuführung von Leerpaletten an REWE, sodass der (unterstellt) fehlende Austausch von Paletten „Zug um Zug“ die Beklagte gegenüber der Klägerin nicht zu einem Schadensersatz verpflichte. Die Klägerin habe darüber hinaus auch einen Schaden nicht nachgewiesen.

15
Die von der Klägerin mit einem Schriftsatz, der das Datum des 22.01.2024 aufweist, aber ausweislich des Prüfvermerks am 12.02.2024 elektronisch zur Akte gereicht wurde, erhobenen Anträge,

(1.) den ersten Absatz von Seite 7 der Entscheidungsgründe des Urteils des Landgerichts (“Im Termin erklärte der Klägervertreter, dass die Klägerin mehrere Transportverträge abgeschlossen hatte, weswegen von einer Absicht zur Mehrfachverwendung auszugehen ist, zumal derartige Sachverhalte wie der vorliegende Palettentausch auch von anderen Transporteuren geschuldet sind. Dies hat die Klagepartei im Termin auf Vorhalt des Beklagtenvertreters nicht in Abrede gestellt“) dahingehend zu berichtigen, dass diese Erklärung im Termin nicht von dem Klägervertreter, sondern von dem Beklagtenvertreter kam, sowie

(2.) den ersten Absatz auf Seite 4 des streitigen Tatbestandes zu ergänzen, wies das Gericht durch Beschluss vom 13.02.2024 zurück.

16
Für weitere Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

17
Gegen das erstinstanzliche Urteil legte die Klägerin mit Schriftsatz vom 29.02.2024 Berufung ein und begründete diese innerhalb gerichtlich verlängerter Frist durch Schriftsatz vom 29.04.2024. Die Klägerin führt aus, das Landgericht habe den Sachverhalt falsch und unvollständig erfasst. So habe die Klägerin die REWE Märkte nicht mit Ware beliefert. Unrichtig sei auch, dass der Transportvertrag auf Briefpapier der Klägerin gedruckt sei. In ihrem Schriftsatz vom 22.01.2024 habe die Klägerin ausgeführt, dass die Klausel 2.7.1 des Transportvertrages schon denklogisch nicht geeignet gewesen sei, die Beklagte unangemessen zu benachteiligen. Insoweit sei maßgeblich, dass die Beklagte vor jeder Abholung bei dem Zentrallagern der REWE Gruppe gewusst habe, wie viele mit Steigen beladene Euopaletten sie abzuholen hat und eine entsprechende Menge an Leerpaletten mitführen konnte. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, mehr als die jeweils konkret abgeholten Paletten dazulassen, sodass für die Beklagte gar kein Tauschrisiko bestanden habe. Auf das Fehlen des Nachweises eines Schadens habe das Gericht nicht hingewiesen. Das Erstgericht habe sodann fehlerhaft angenommen, die Klägerin trage die Beweislast dafür, dass Klausel 2.7.1 des Transportvertrages keine allgemeine Geschäftsbedingung sei und es habe zu Unrecht den von der Klägerin für ein individuelles Aushandeln angebotenen Beweis nicht erhoben.

18
Die Klägerin beantragt,

I. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 29. Januar 2024 (Az. 29 O 10964/23) wird die Beklagte verurteilt, ... EUR nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15. Juni 2023 an die Klägerin zu zahlen.

II. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 29. Januar 2024 (Az. 29 O 10964/23) wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtliche Schäden und Nachteile zu ersetzen, die der Klägerin infolge des Umstandes zukünftig entstehen werden, dass es die Beklagte entgegen Ziffer 2.7.1 des zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossenen Transportvertrages vom 15. April / 17. Mai 2016 versäumt hat, bei der Lieferung und Übernahme von ... Steigen (Mehrwegbehältern) Europaletten „Zug-um-Zug“ auszutauschen.

III. Hilfsweise wird beantragt, das Urteil des Landgerichts München I vom 29. Januar 2024 (Az. 29 O 10964/23) aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht München zurückzuverweisen.

19
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

20
Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts. Das Landgericht sei zutreffend zu der Auffassung gelangt, dass nach äußerem Anschein ein AGB-Vertrag vorliegt, der von der Klägerin an die Beklagte vorformuliert gestellt wurde. Wie von ihr bereits in erster Instanz vorgetragen, hätten die Parteien über die Klausel 2.7.1 nicht verhandelt. Diesem Vortrag sei die Klägerin in erster Instanz auch nicht substantiiert entgegengetreten. Es entspreche einer ständigen Rechtsprechung, dass Paletten-Tauschvereinbarungen, die unentgeltlich erfolgen, und bei der der Spediteur das Tauschrisiko zu tragen hat, nach § 307 BGB wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam sind.

21
Hinzu komme, dass der Transportvertrag für die Klägerin auch dann keinen Anspruch auf Schadensersatz begründe, wenn man eine wirksame Verpflichtung der Beklagten, die Paletten „Zug um Zug“ zu tauschen, unterstelle. Der Vertrag sehe insoweit keinen Schadensersatz vor. Die Beklagte habe auch nicht mehr Paletten erhalten, als an REWE übergeben. Sodann und schließlich seien Tauschansprüche (solche unterstellt) aus den Jahren 2016 bis 2021 auch verjährt.

22
Der Senat hat am 25.02.2026 mit den Parteien mündlich verhandelt. In dieser mündlichen Verhandlung erklärte der Prokurist der Klägerin, bei dem Ur-Entwurf (gemeint: des zwischen den Parteien geschlossenen Transportvertrages) seien auf beiden Seiten externe Anwälte tätig gewesen. Von wem dabei der erste Ur-Entwurf kam, habe die Klägerin nicht aufklären können. Für weitere Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.02.2026 und auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze verwiesen.

B.

23
Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat zutreffend entschieden, dass Ziffer 2.7.1 des zwischen den Parteien bestehenden Transportvertrages nach § 307 BGB unwirksam ist und die Klägerin gegen die Beklagte daher bereits dem Grunde nach keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines fehlenden Austauschs von Europaletten hat, sodass weder der bezifferte Zahlungsanspruch noch der daneben für weitere Schäden begehrte Feststellungsanspruch bestehen.

Im Einzelnen:

24
I. Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung ist auch im Übrigen zulässig.

25
II. Die Berufung ist aber nicht begründet.

26
1. Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Schadensersatz wegen des (unterstellt) fehlenden Tauschs von Europaletten zwischen der Beklagten und REWE besteht bereits dem Grunde nach nicht, weil Ziffer 2.7.1 des am 15.04./17.05.2016 zwischen den Parteien geschlossenen (und hinsichtlich dieser Ziffer wortgleich durch Vereinbarung vom 14.12./23.12.2018 für die Zeit bis 30.06.2021 fortgeführten) Transportvertrages die Beklagte unangemessen benachteiligt und daher nach § 307 BGB unwirksam ist.

27
a. Auf den am 15.04./17.05.2016 geschlossenen und durch Vertrag vom 14.12./23.12.2018 (der seinerseits den Nachtrag vom 23.06./29.06.2018 ersetzt) teilweise geänderten und bis 30.06.2021 verlängerten Vertrag ist § 310 BGB in der bis zum 15.12.2023 geltenden Fassung anzuwenden; eine Bereichsausnahme ist hier nicht einschlägig.

28

b. Bei der hier maßgeblichen Klausel 2.7.1 des Transportvertrags handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die von der Klägerin mit der Absicht mehrfacher Verwendung vorformuliert wurde. Zwar weist die Berufung zutreffend darauf hin, dass die Klausel 2.7.1, wie der gesamte ursprüngliche Transportvertrag (Anlage K3), entgegen der Darstellung in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils (LGU S. 6 unten, S. 7 oben) nicht auf Briefpapier der Klägerin gedruckt wurde. Auf dem Briefpapier der Klägerin gedruckt wurde vielmehr die teilweise abändernde Verlängerung des Vertrages vom 28.06.2018/29.06.2018 (Anlage K4), die dann durch die – erneut auf neutralem Papier gedruckte – Vereinbarung vom 14.12./23.12.2018 (Anlage K5) ersetzt wurde. Dennoch ist das Landgericht hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Klausel 2.7.1 des Transportvertrages im Ergebnis zu Recht von dem Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen ausgegangen.

29
aa. Die Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, dass die Klägerin den ursprünglichen Transportvertrag, namentlich die Klausel 2.7.1 der Beklagten vorformuliert vorgegeben habe (Klageerwiderung vom 24.11.2023, dort S. 4 = Bl. 36 der eAkte des Landgerichts) und dass die Parteien über die Klausel 2.7.1 nicht verhandelt hätten. Dem ist die Klägerin nicht substantiiert entgegengetreten. Die Klägerin hat hierzu in ihrer Replik vom 08.12.2023 ausgeführt, die Beklagte sei „der einzige Dienstleister, mit dem dieser Vertrag in dieser Form geschlossen worden ist“ (Schriftsatz der Klägerin vom 08.12.2023, dort S. 5 = Bl. 51 der eAkte des Landgerichts). Weiter führte die Klägerin dort aus, die Klägerin schließe den Umständen des Einzelfalls entsprechende, individuell ausgehandelte Verträge. Diese Ausführungen stehen dem Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe die Klausel 2.7.1 des Transportvertrages vorformuliert und der Beklagten vorgegeben, nicht entgegen und stellen deshalb kein substantiiertes Bestreiten dieses Vortrags dar.

30
bb. Die mehrfache Verwendung, jedenfalls aber die zur Bejahung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB genügende Absicht zu mehrfacher Verwendung der Klausel war ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2023 in erster Instanz zwischen den Parteien unstreitig. Ob hierbei, wie es die Klägerin in ihrem Berichtigungsantrag mit Datum vom 22.01.2024, bei dem Landgericht eingegangen am 12.02.2024, geltend macht, der Beklagtenvetreter ausführte, dass die Klägerin mehrere Transportverträge abgeschlossen habe, weswegen von einer Absicht zur Mehrfachverwendung auszugehen sei, zumal derartige Sachverhalte wie der vorliegende Palettentausch auch von anderen Transporteuren geschuldet wären, und dies die Klagepartei im Termin auf Vorhalt des Beklagtenvertreters nicht in Abrede gestellt hat (so Schriftsatz der Klägerin mit Datum vom 22.01.2024, dort S. 2 = Bl. 105 der eAkte des Landgerichts) oder ob die entsprechende Einlassung, wie es das Urteil des Landgerichts nahe legt, in dem Termin von dem Klägervertreter selbst kam, kann dahin stehen, denn in dem einen wie in dem anderen Fall gehen beide Parteien von der Absicht einer Mehrfachverwendung aus. Dass die Klägerin zuvor eine solche Absicht in der Replik vom 08.12.2023 (pauschal) bestritten hatte, steht dem nicht entgegen, denn die spätere und konkretere Erklärung in der mündlichen Verhandlung geht dem zeitlich früheren und weniger konkreten schriftsätzlichen Ausführungen vor, ohne dass es insoweit darauf ankäme, ob diese Erklärung in der mündlichen Verhandlung durch den Klägervertreter direkt vorgetragen wurde oder ob die Erklärung sich daraus ergibt, dass der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung einem entsprechendem Vorhalt des Beklagtenvertreters nicht in Abrede gestellt hat. Es ist daher hinsichtlich der Klausel 2.7.1 von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung der Klägerin im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen.

31
cc. Die hier maßgebliche Klausel nach Ziffer 2.7.1 des Transportvertrages wurde zwischen den Parteien auch nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB individuell ausgehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Klausel dann individuell ausgehandelt, wenn der Verwender den Kerngehalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner die reale Möglichkeit einräumt, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen und dadurch eigene Interessen zu wahren (s. BGH, Urteil vom 22.10.2015 – VII ZR 58/14, juris Rn. 25 und Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01, juris Rn. 47; Rieländer in Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 307 BGB Rn. 18).

32
Aushandeln erfordert daher mehr als ein Verhandeln und die für ein Aushandeln erforderliche Bereitschaft zur Änderung einzelner Klauseln schlägt sich in der Regel auch in entsprechenden Änderungen des

vorformulierten Textes nieder (BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01, juris Rn. 47). Ein Aushandeln der streitgegenständlichen Klausel hat die hierzu darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (s. zur Beweislast des Verwenders BGH, Beschluss vom 19.03.2019 – XI ZR 9/18, juris Rn. 14 sowie Grüneberg/Grüneberg, 85. Auflage 2026, § 305 Rn. 23) nicht substantiiert vorgetragen, denn der pauschale Vortrag, die Parteien hätten über den Vertrag verhandelt, genügt für ein Aushandeln der konkret streitgegenständlichen Klausel nicht.

33
c. Die Klausel nach Ziffer 2.7.1 des Transportvertrages benachteiligt die Beklagte unangemessen und ist daher nach § 307 BGB unwirksam.

34
aa. Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. § 307 BGB ist auch auf allgemeine Geschäftsbedingungen anzuwenden, die (wie vorliegend) von Kaufleuten gegenüber anderen Kaufleuten verwendet werden.

35
bb. Nach der von dem Landgericht herangezogenen obergerichtlichen Rechtsprechung namentlich des OLG Celle (OLG Celle, Urteil vom 06.03.2003 – 11 U 124/02, juris Rn. 20) und des OLG Bremen (OLG Bremen, Urteil vom 16.08.2007 – 2 U 29/07, juris Rn. 30), der sich der Senat anschließt, kann in allgemeinen Geschäftsbedingungen das mit einem Palettentausch verbundene Tauschrisiko jedenfalls dann nicht dem Frachtführer überbürdet werden, wenn dieser für die Übernahme des Tauschrisikos keine gesonderte Vergütung erhält.

36
cc. Hat, wie vorliegend, der Frachtführer bereits auf Europaletten verstaute Güter zu liefern oder abzuholen, so betrifft der Austausch der Europaletten zunächst das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber des Frachtführers und dessen Kunden. Dementsprechend wurden auch vorliegend Palettenkonten zwischen der Klägerin und REWE als deren Kundin geführt, während der Beklagten das Führen eigener Palettenkonten nach dem Vertrag ausdrücklich freigestellt war. Auch das Risiko, zu viele oder zu wenige Paletten zu erhalten oder zu liefern betrifft zunächst das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber des Frachtführers und dessen Kunden. Dieses Risiko würde indes durch die Klausel nach Ziffer 2.7.1 auf die Beklagte verlagert, wenn man diese Klausel im Rahmen der Prüfung nach § 307 BGB verwenderfeindlich dahingehend auslegt, dass die Beklagte für jede nicht „Zug um Zug“ – erfolgten Palettentausch selbst auf die Differenz haftet. Hierdurch wird die Beklagte unangemessen benachteiligt.

37
dd. Dem steht auch nicht entgegen, dass, worauf die Klägerin im Rahmen ihrer Berufung im Ausgangspunkt zutreffend hinweist, die Beklagte bei den Rewe-Zentrallagern Köln und Koblenz, wo nach dem Vortrag der Klägerin über die Jahre hinweg die Differenz von über 100.000 Paletten aufgelaufen sein soll, jeweils nur bereits auf Europaletten verpackte gebrauchte Ifco...-Steigen zur Aufbereitung abzuholen und dabei eine entsprechende Anzahl von Leerpaletten dort zu belassen hatte. Denn zwar konnte die Beklagte hier die Zahl der jeweils zurückgelassenen leeren Europaletten an der Zahl der mitgenommenen, beladenen Europaletten ausrichten. Zu berücksichtigen ist aber, dass Ziffer 2.7.1 des Transportvertrags hinsichtlich des Palettentauschs zwischen der Lieferung neuer und aufbereiteter Steigen an Kunden einerseits und der Abholung gebrauchter Steigen bei REWE andererseits nicht unterscheidet. Jedenfalls bei der Lieferung an Kunden trägt die Beklagte ein Tauschrisiko, denn ob bei Anlieferung der beladenen Paletten durch die Beklagte der jeweilige Kunde der Klägerin der Beklagten leere Tauschpaletten in entsprechender Zahl übergibt, hat nicht die Beklagte, sondern der Kunde der Klägerin in der Hand. Geht man nun verwenderfeindlich davon aus, dass die Beklagte auch in diesem Fall auf die Differenz nicht getauschter Paletten haftet, so ergibt sich eine unangemessene Benachteiligung. Eine geltungserhaltende Reduktion der einheitlichen Klausel nach Ziffer 2.7.1 des Vertrages ist (auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr) unzulässig und die Klausel ist auch nicht teilbar, denn die „Zug um Zug“ – Verpflichtung im Verhältnis zu den Kunden kann nicht im Sinne des „blue pencil“ – Tests gestrichen werden, ohne dass die Klausel (auch im Verhältnis zu REWE) ihren Sinn verliert.

38
ee. Beachtlich ist im Rahmen der Prüfung einer unangemessenen Benachteiligung durch die Klausel nach Ziffer 2.7.1 des Transportvertrages auch, dass nach dieser Klausel nicht etwa die Klägerin der Beklagten

einen Grundstock von 10.000 Europaletten unentgeltlich zur Verfügung zu stellen hat (so aber der Klägerschriftsatz vom 22.01.2024, dort S. 6, 2. Absatz von oben = Bl. 83 der eAkte des Landgerichts), sondern die Beklagte der Klägerin. Bereits hierdurch benachteiligt die Klausel die Beklagte unangemessen und ist infolgedessen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

39
ff. Der hier angenommenen Unwirksamkeit der Vertragsklausel über den Palettentausch steht sodann und schließlich auch die von der Klägerin herangezogene Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf vom 06.08.2018 – 22 S 103/17 im Ergebnis nicht entgegen, denn das Landgericht Düsseldorf geht dort davon aus, dass das Tauschrisiko des Frachtführers dadurch begrenzt wurde, dass dieser bei fehlendem Tausch nur die Differenz zu vermerken hatte, während hier eine Haftung des Frachtführers auf die fehlenden Stücke geltend gemacht wird. Hinzu kommt, dass, wie oben unter 1. c. ee. dargelegt, die Beklagte durch die hier zu prüfende Klausel zusätzlich zur kostenfreien Lieferung eines Grundstocks von 10.000 Europaletten und zur Berechnung weiterer Paletten zu einem Preis unter dem hier geltend gemachten Wert verpflichtet wird, während sich eine entsprechende Verpflichtung durch die dortige Klausel dem Urteil des Landgerichts Düsseldorf nicht entnehmen lässt.

40
2. Eine Bereicherung der Beklagten auf Kosten der Klägerin hat die Klägerin nicht dargelegt. Die Beklagte hat bestritten, durch eine jeweils zu geringe Zahl getauschter Paletten einen Stock von überschüssigen Paletten erhalten zu haben und die Klägerin hat weder konkret vorgetragen, noch unter Beweis gestellt, dass und bei welchen Liefervorgängen sie der Klägerin wie viele Leerpaletten mehr zur Verfügung gestellt hat, als die Klägerin an die REWE übergeben hat.

41
3. Da somit ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte bereits dem Grunde nach nicht besteht, konnte die Klage weder im Zahlungsanspruch, noch hinsichtlich der daneben begehrten Feststellung Erfolg haben. Die Berufung war bereits deshalb zurückzuweisen und es kommt weder auf die von der Beklagten eingewandte Verjährung, noch auf die streitige Höhe eines Schadens an.

42
III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Da die Berufung insgesamt keinen Erfolg hat, schuldet die Klägerin als Berufungsführerin die Kosten des Berufungsverfahrens.

43
Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

44
Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund im Sinne von § 543 ZPO nicht besteht. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Zwar stehen allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin inmitten, diese sind jedoch nicht für eine unbestimmte Vielzahl von Verträgen maßgebend. Auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern vorliegend keine Entscheidung des Revisionsgerichts.