

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 628; AGBG § 10 Nr. 7

a) Zur Vortragslast bei der Angemessenheitskontrolle gemäß § 10 Nr. 7 AGBG.

b) Im Bereich der Partnerschaftsvermittlung gehören zu den berücksichtigungsfähigen Kosten auch solche für "Anlaufarbeit" und Allgemeinkosten (Abweichung von BGHZ 87, 309, 320), letztere jedoch nur "pro rata temporis".

BGH, Urt. v. 29. Mai 1991 - IV ZR 187/90 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 187/90

Verkündet am:
29. Mai 1991
Keller
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Institut F [REDACTED], Gesellschaft für Pa [REDACTED],
Fr [REDACTED] und Di [REDACTED] mbH, vertreten durch den
Geschäftsführer Peter H [REDACTED], G [REDACTED] Allee [REDACTED],
D [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

den Steuerberater Peter E [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],
D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

WIV

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Rottmüller, Dr. Zopfs, Dr. Ritter und Römer auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1991

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 31. Mai 1990 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger fordert das Entgelt in Höhe von 6.954 DM "für die Einrichtung, die Bereitstellung und die Zurverfügungstellung" eines "auf ihn persönlich bezogenen Partneranschriftendepots" zurück, das er gemäß dem am 29. Juni 1988 unterzeichneten Formularvertrag der Beklagten im voraus bezahlt hat. Er hat diesen Vertrag 12 Tage später gekündigt, ohne Adressen abgerufen zu haben.

Die Beklagte behauptet, sie habe das "Partneranschriftendepot" spätestens 48 Stunden nach Vertragsschluß eingerichtet gehabt, so daß der ganz überwiegende Anteil ihrer Kosten im Zeitpunkt der Kündigung bereits angefallen sei. Sie hat gemeint, der Vertrag sei als Werkvertrag, aber auch als Dienstvertrag nicht kündbar gewesen.



Das Landgericht hat als Entgelt für 12 Tage Laufzeit 228,60 DM als ausreichend angesehen. Demgemäß hat es die Beklagte zur Zahlung von 6.725,40 DM nebst 4% Zinsen verurteilt. Mit ihrer Berufung hat die Beklagte errechnet, jedenfalls stünden ihr nach dem Schlußabsatz des Vertragsformulars als Kostenpauschale 3.990 DM zuzüglich 98,80 DM, insgesamt danach 4.088,80 DM zu. In Höhe der 2.865,20 DM betragenden Differenz zwischen dieser Summe und der Vorauszahlung hat die Beklagte demgemäß die Verurteilung hingenommen. Das Oberlandesgericht hat jedoch den Erstattungsbetrag nur geringfügig, nämlich auf 6.259,42 DM nebst 4% Zinsen herabgesetzt und die Berufung zum überwiegenden Teil zurückgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision meint die Beklagte weiterhin, der Kläger könne nur Erstattung von 2.865,20 DM verlangen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zurückzuweisen.

I.

Mit Recht haben die Vorinstanzen den Formularvertrag als Partnerschaftsanbahnungsdienstvertrag ausgelegt, der gemäß § 627 BGB jederzeit kündbar gewesen sei, weil er die Leistung höherer Dienste zum Gegenstand gehabt habe (Senatsurteil vom 24.6.1987 - IVa ZR 99/86 - NJW 1987, 2808; BGHZ 106, 341). Die Kündigungsmöglichkeit sei durch die Zusatzvereinbarung, daß der Vertrag für beide Seiten bis zum

29. Juni 1989 laufe, nicht ausgeschlossen. Ein darin etwa liegender Kündigungsausschluß sei gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Auch diese Beurteilung entspricht der Senatsrechtsprechung (BGHZ 106, 341, 346). Diese Erwägungen werden von der Revision auch nicht angegriffen.

II.

Die Revision rügt vielmehr, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts halte der Schlußabsatz des Vertragsformulars, wonach als Kostenpauschale 3.990 DM zu zahlen seien, der Angemessenheitskontrolle gemäß § 10 Nr. 7 AGBG stand. Dieser Absatz lautet:

Kommt der Auftraggeber mit der Zahlung der vereinbarten Vergütung in Verzug, ist (die Beklagte) berechtigt, von dem vorbezeichneten Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz in Höhe von 3.990 DM (Einrichtungskosten des Partnerschaftsanschriftendepots incl. Bürokosten) zu fordern. In allen übrigen Fällen einer vorzeitigen Vertragsaufhebung gilt diese Regel mit folgender Maßgabe entsprechend: Es verbleibt bei der vorbezeichneten Kostenpauschale von 3.990 DM; weitergehende Zahlungsansprüche ergeben sich anteilig aus der tatsächlichen Laufzeit des Vertrages.

Die Rüge der Revision hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht meint zu Recht, Prüfungsmaßstab der für § 10 Nr. 7 AGBG zu ermittelnden angemessenen Vergütung sei jeweils das, was ohne die Klausel geschuldet sein würde (herrschende Meinung, BGH, Urteil vom 8.11.1984 - VII

ZR 256/83 - NJW 1985, 632, weiter z.B. MünchKomm/Kötz, 2. Aufl. AGBG § 10 Rdn. 40; Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 2. Aufl. § 10 Nr. 7 Rdn. 16; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 6. Aufl. § 10 Nr. 7 Rdn. 1 und 16, jeweils mit weiteren Nachweisen). Da die Beklagte die Kündigung unstreitig nicht zu vertreten hatte, brauchte sie nach §§ 628 Abs. 1 Satz 3, 812 BGB nur den Betrag zu erstatten, der zum Zeitpunkt der Kündigung "noch nicht verbraucht bzw. verdient" war; wie das Berufungsurteil zutreffend formuliert.

2. Zur angemessenen Vergütung führt das Berufungsgesicht aus:

Werde das von der Beklagten selbst vorgelegte (bestrittene) Zahlenmaterial über ihre Kosten zugrunde gelegt, dann lasse sich feststellen, daß die Pauschale von 3.990 DM bei weitem dasjenige übersteige, was der Beklagten nach §§ 628 Abs. 1 Satz 3, 812 BGB zustehe. Danach hätten die Allgemeinkosten für Juni 1988 335.351,20 DM betragen. Solche Kosten dürften nicht nur auf die 104 neuen Kunden dieses Monats, sondern müßten auf den aktiven Gesamtkundenbestand bezogen werden. Gehe man zugunsten der Beklagten davon aus, daß im Durchschnitt nur 100 Neukunden monatlich geworben werden, so ergebe sich bereits ein regelmäßiger "aktiver" Gesamtkundenbestand von 1.200 Kunden, da die Verträge über 12 Monate laufen. Auf diesen Kundenstamm müßten die Allgemeinkosten deshalb bezogen werden, weil die Kunden während der Gesamtlaufzeit des Vertrages zu betreuen seien. Auch für die "Altverträge" seien deshalb die monatlich fest entstehenden Personalkosten, die Kosten für die Miete der Geschäftsräumlichkeiten usw., aber auch die besonders hohen Werbekosten auf-

zuwenden. Ihrer Verpflichtung, eine ausreichende Zahl von Wunschpartneranschriften nachzuweisen, könne die Beklagte nur nachkommen, wenn sie stets neue Kunden werbe. Überschlägig seien deshalb im Juni 1988 279,45 DM an Allgemeinkosten für jeden einzelnen der 1.200 Kunden aufgewendet worden, so daß davon auf die 12 Tage Vertragszeit des Klägers nur 111,78 DM entfallen könnten.

Die weitere Position "Warenabgabe/Provisionen" mit einem Gesamtbetrag von 49.788,94 DM sei demgegenüber allein auf die Anzahl der Neuverträge zu beziehen, die sie verursacht hätten. So ergäben sich 478,74 DM für jeden einzelnen Neuabschluß als weitere Kosten.

Neben diesen Kosten in Höhe von allenfalls 590,52 DM für die Laufzeit des Vertrages errechne sich der anteilige Gewinn der Beklagten aus dem Vertrag auf 104,06 DM. Die Allgemeinkosten, an denen der Kläger beteiligt sei, seien auf die volle Laufzeit zu beziehen und um den Provisionsanteil zu vermehren. Als von der Vertragsforderung abzusetzender Gesamtaufwand der Beklagten könnten danach 3.832,14 DM angesehen werden, so daß ein Gewinn von 3.121,86 DM für die Gesamtlaufzeit verbleibe.

Zu dem der Beklagten nach der gesetzlichen Regelung allenfalls zustehenden Betrag von 694,58 DM stehe die Kostenpauschale mit rund 57% des Gesamthonorars in keinem angemessenen Verhältnis. Da sie höchstens diesen Betrag zu beanspruchen habe, sei die Beklagte um den restlichen Teil der Vorauszahlung in Höhe von 6.259,42 DM ungerechtfertigt bereichert.

3. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts enthalten keine Rechtsfehler zu Lasten der Beklagten. Die nach dem Schlußabsatz des Formularvertrages geschuldete Kostenpauschale von 3.990 DM zuzüglich Laufzeitanteil ist unangemessen hoch. Diese Klausel ist deshalb nach § 10 Nr. 7 AGBG unwirksam. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten erreicht der ihr gemäß § 628 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB stattdessen zustehende Betrag die ihr zuerkannten 694,58 DM eher nicht.

a) Nicht zu beanstanden ist, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung zur Angemessenheitskontrolle gemäß § 10 Nr. 7 AGBG den Vortrag der Beklagten zugrunde gelegt hat.

Die Vortrags- und Beweislast hat allerdings der Kunde, der sich für seine Ansicht, die Klausel des Verwenders sei unwirksam, auf die Unangemessenheit der Regelung beruft (Wolf/Horn/Lindacher, AGBG 2. Aufl. vor §§ 10, 11 Rdn. 13; Baumgärtel/Hohmann, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 3 AGBG vor §§ 10/11 Rdn. 1). Dieser Last genügt er in der Regel jedenfalls zunächst durch einen plausiblen Vortrag, aus dem sich ergibt, daß Kosten in Höhe der nach der Klausel geschuldeten Pauschale bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge so hoch nicht angefallen sein können. Der Kunde kann Anlaß und Höhe der Kosten des Verwenders nicht im einzelnen kennen. Der Maßstab für die Angemessenheit ist, wie unter II. 1. ausgeführt, die ohne die Klausel bestehende gesetzliche Lage. Dabei ist nicht auf besondere Umstände des Einzelfalles, sondern auf die typische Sachlage abzustellen (BGH Urteil vom 10.3.1983 - VII ZR 301/82 - LM AGBG § 8 Nr. 3 = NJW 1983, 1491 unter II. 1a). Sache des Verwenders ist es dann gegebenenfalls, durch konkreten Sachvortrag darzulegen,

daß die Höhe der geforderten Pauschale durch Bescheidenheit gerechtfertigt ist.

Bei der Beantwortung der Frage, wie hoch der Teil der Vergütung ist, der den bisherigen Leistungen des vergüteten entspricht, muß jedenfalls dann, wenn es um einen auf Partnerschaftsvermittlung spezialisierten Betrieb geht, auf dessen Sicht abgestellt werden. Was er vernünftigerweise für erforderlich halten durfte, um imstande zu sein, den zu leistenden Dienst zu erbringen, kann bei der Berechnung berücksichtigt werden. Deshalb gehören in diesem Bereich zu den gemäß § 628 BGB berücksichtigungsfähigen Kosten auch solche für die sogenannte "Anlaufarbeit" (zu diesem Begriff MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl. § 656 Rdn. 25). Weiter gehören dazu vorbereitende Aufwendungen (Staudinger/Neumann, 12. Aufl. § 628 Rdn. 20 und 21), die zum Beispiel für die Einrichtung des Betriebes oder Geschäftes entstanden sind. Wie sind gegebenenfalls in Höhe der jährlichen Abschreibungsbeträge Allgemeinkosten. Seine in dem Urteil vom 25. Mai 1983 (IVa ZR 182/81 - BGHZ 87, 309, 320 Abs. 3 Satz 1) unter V. geäußerte andere Ansicht (dort sind Kosten für die Anlaufarbeit und auch Allgemeinkosten dem Vortrag der damaligen Parteien folgend als "sogenannte Vorlaufkosten" bezeichnet) gibt der Senat auf. Allerdings kann der Verwender in aller Regel Allgemeinkosten - also ihm für die Einrichtung entstandene oder andere, laufend entstehende Kosten - nur in dem Umfang ansetzen, der der tatsächlichen Laufzeit des Vertrages entspricht (pro rata temporis). Dagegen kann er speziell zur Erfüllung des konkreten Vertrages bis zum Vertragsende schon erbrachte besondere Aufwendungen, die nicht mehr rückgängig zu machen und auch nicht für ande-

re verträge (anteilig) verwendbar sind, zum Beispiel Provisionen, Reisekosten (Staudinger/Neumann, aaO), ungekürzt in Rechnung stellen.

b) Der Vortrag des Klägers ist schlussig. Daß bei einer vereinbarten Vertragszeit von mindestens 365 Tagen - nach der Zusatzvereinbarung standen dem Kläger unter bestimmten Umständen die Leistungen der Beklagten ein weiteres Jahr zur Verfügung - über 57% der vereinbarten Vergütung zuzüglich eines Laufzeitanteils bereits nach 12 Tagen angefallen sein sollen, ist ungewöhnlich (vgl. auch Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, 6. Aufl. § 10 Nr. 7 Rdn. 17 und Hensen, ebenda Anh. §§ 9-11 Rdn. 293, jeweils m.N.).

Der Gegenvortrag der Beklagten ist demgegenüber nicht erheblich. Zwar hat sie darzulegen versucht, daß die nach dem Formularvertrag ihr "unverzüglich" obliegende Einrichtung des Partneranschriftendepots wegen der dafür erforderlichen umfänglichen Vor- und Nebenarbeiten qualifizierter Mitarbeiter hohe Personalkosten erfordere; die wesentliche, kostenintensive Leistung werde deshalb unmittelbar nach Vertragsschluß erbracht. Dafür will sie ihre Gesamtkosten berücksichtigt haben. Ihrem Vortrag über Art und Höhe der ihr in den Monaten Mai, Juni und Juli 1988 entstandenen gesamten Kosten ist aber nicht zu entnehmen, daß und warum diese zum überwiegenden Teil auf den Beginn der in diesen drei Monaten neu abgeschlossenen Verträge entfallen können. Bei Einrichtung von deutlich mehr Depots im Juli als im Mai oder Juni hat sie für Juli als Personalkosten einen erheblich geringeren Betrag als in den Vormonaten angegeben. Die Werbekosten dagegen machten in allen drei Monaten mehr als 50% ihrer Ge-

samtkosten aus, so daß offenbar diese für die Höhe der Kosten entscheidend sind. Die Beklagte hat weiter vorgebracht, daß ein eingerichtetes Depot z.B. wegen der immer wieder neu geworbenen Kunden ständige Ergänzung und Aktualisierung bedarf. Demgemäß ist die spätere, fortlaufende Auswertung der Daten neuer Kunden ebenso im Hinblick auf die Altkunden erforderlich. Auch eine möglicherweise hohe Gewinnspanne kann die Angemessenheit der Kostengausschale nicht rechtfertigen. Da es um einen auf mindestens ein Jahr bemessenen Dienstvertrag geht, kann die Beklagte nicht den Gesamtgewinn für die ersten 12 Tage geltend machen.

c) Die Ausführungen im Berufungsurteil dazu, daß die Allgemeinkosten - also die Festkosten und vor allem die besonders hohen Werbekosten - auf den Gesamtkundenbestand und nicht nur auf die jeweiligen monatlichen Neuzugänge bezogen werden müssen, sind überzeugend. Ihnen kann die Revision nur erneut ihren, wie unter a) dargelegt, widersprüchlichen Vortrag entgegensetzen, wonach sie die wesentlichen, kostenintensiven Leistungen bereits unmittelbar nach Vertragsschluß erbracht haben will. Als Dienstverpflichtete und Bereicherungsschuldnerin muß aber die Beklagte behaupten und beweisen, zu welchem Teilbetrag die Vorauszahlung ihr für die bisherigen Dienstleistungen und wegen Wegfalls der Bereicherung zusteht (Baumgärtel und Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. 1 BGB § 628 Rdn. 1 und § 818 Rdn. 8).

Insoweit können allerdings gegen die Berechnung im Berufungsurteil Bedenken erhoben werden. Nicht berücksichtigt ist zum Beispiel, daß nach den Zahlenangaben der Beklagten

der Kundenstamm auf mindestens 1.500 und nicht nur auf 1.200 hochgerechnet werden kann. Das aber geht zu Lasten des Klägers, nicht zu Lasten der Beklagten, die allein Revision eingelegt hat. Auch von etwaigen Bedenken dagegen, daß die Beklagte bei sofort gekündigten ("stornierten ") Verträgen die Vertreterprovision in voller Höhe als Kosten einsetzte (vgl. Senatsurteile vom 23.10.1980 - IVa ZR 39 und 45/80 - WM 1981, 42 = LM BGB § 652 Nr. 69 unter I. 4b und NJW 1981, 277 = LM BGB § 652 Nr. 70 unter I. 5b und c), ist nicht die Beklagte, sondern der Kläger betroffen.

Bundschuh

Rottmüller

Dr. Zopfs

Dr. Ritter

Römer