



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 26/15

Verkündet am:
20. Januar 2016
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 305 Abs. 1 Satz 1

Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259). Danach entfällt ein Stellen von Vertragsbedingungen nicht bereits dann, wenn die vorformulierten Vertragsbedingungen dem anderen Vertragsteil mit der Bitte übersandt werden, Anmerkungen oder Änderungswünsche mitzuteilen.

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 Ba., Ch.

Eine Vertragsstrafenvereinbarung in einem Formularvertrag über die Lieferung von Arzneimitteln, die für Vertragsverletzungen von erheblich unterschiedlichem Gewicht ein und denselben Betrag vorsieht, ist nur wirksam, wenn dieser auch angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstößes noch angemessen ist (Fortführung von BGH, Urteil vom 7. Mai 1997 - VIII ZR 349/96, NJW 1997, 3233).

BGH, Urteil vom 20. Januar 2016 - VIII ZR 26/15 - OLG Köln
LG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Achilles, die Richterin Dr. Fetzner sowie die Richter Dr. Bünge und Kosziol

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Januar 2015 aufgehoben und das Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 17. Juli 2014 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein pharmazeutisches Unternehmen, das auch Arzneimittel anderer Hersteller vertreibt, nimmt die Beklagte, eine Arzneimittelgroßhändlerin, im Urkundenprozess auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch. Im Revisionsrechtszug ist nicht im Streit, dass die zugrundeliegenden Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und nicht im Einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt worden sind. Die Parteien streiten darum, ob die Klägerin Verwenderin der Vertragsbedingungen ist und diese bejahendenfalls einer Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen standhalten.

- 2 Am 1./11. September 2006 schlossen die Parteien einen Vertrag über die Lieferung von Arzneimitteln. In der Präambel des Liefervertrages ist ausgeführt:

"K. [die Klägerin] führt in ihrem Sortiment Arzneimittel, Gesundheitsmittel und weitere Produkte und vertreibt diese in der Bundesrepublik Deutschland. Daneben vertreibt K. das Arzneimittelsortiment anderer pharmazeutischer Unternehmen [...].

M. [die Beklagte] ist ein Arzneimittelgroßhändler und [...] daran interessiert, Arzneimittel für Nichtregierungsorganisationen [...], sowie humanitäre Hilfssendungen im Rahmen von Partnerschaften von Land- und Stadt-Kreisen und Gemeinden für ausländische Partner zu kaufen und diese ausschließlich im Rahmen von Hilfslieferungen an entsprechende Empfänger außerhalb der EU abzugeben. M. ist im Einzelfall bereit, für die jeweiligen Hilfsprojekte die federführende Organisation zu benennen."

- 3 Nr. 1.1 der Vereinbarung ("Vertragsgegenstand") sieht vor:

"K. erklärt sich bereit, M. mit Arzneimitteln gemäß diesem Vertrag für den in der Präambel genannten Zweck zu beliefern. M. verpflichtet sich, die von K. gelieferten Produkte ausschließlich an den genannten Abnehmerkreis als Hilfslieferungen abzugeben [...]."

- 4 Die Preise, die die Klägerin der Beklagten berechnete, sollten gemäß Nr. 3.1 des Vertrages 21 % unter dem Herstellerabgabepreis liegen. Nr. 6 sieht folgende Vertragsstrafenregelung vor, die im Wesentlichen inhaltsgleich auch in anderen Verträgen der Klägerin verwendet worden ist:

"6.1

M. wird die von K. bezogenen Arzneimittel ausschließlich an solche Organisationen liefern, die glaubhaft nachweisen können, dass es sich um Hilfslieferungen außerhalb der EU handelt. M. wird in Zusammenarbeit mit den Hilfsorganisationen sicherstellen, dass die Ware nicht wieder nach Deutschland veräußert wird.



6.2

Die Arzneimittel, die M. von K. erhält, sind ausschließlich zur Verwendung von Hilfslieferungen bestimmt. Insbesondere ist M. die Belieferung von Apotheken, Krankenhäusern bzw. des pharmazeutischen Großhandels und jeglicher Art von Zwischenhändlern sowie Ex- und Importeuren untersagt. Jeder Weiterverkauf an vorbezeichnete Dritte, der nachweislich durch M. getätigt wurde, berechtigt K., von M. die Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von Euro 50.000 je Auftrag unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs einzufordern."

- 5 Vor Vertragsabschluss hatte die F. GmbH, die die Bestellungen der Beklagten entgegen nehmen sollte, dieser mit Schreiben vom 23. August 2006 mitgeteilt:

"Anbei erhalten Sie den Vertrag K. - M. in zweifacher Ausfertigung. Wenn Sie mit dem Inhalt einverstanden sind, bitten wir Sie, beide Exemplare zu unterschreiben und an uns zurückzusenden. Wir kümmern uns dann um die Gegenzeichnung durch K. Falls Sie Anmerkungen oder Änderungswünsche haben, lassen Sie uns dies bitte wissen.

Eine Produktliste mit den lieferbaren Produkten von K. und deren Zulieferfirmen übermitteln wir Ihnen [...] nach Vertragsunterzeichnung."

- 6 Auf der Grundlage des unverändert abgeschlossenen Vertrages belieferte die Klägerin die Beklagte bis September 2010 in über 100 Fällen mit Arzneimitteln der M. GmbH mit einem Warenwert von über 800.000 €. Darunter befanden sich Lieferungen im Warenwert zwischen 42.000 € bis zu 70.000 €, aber auch zahlreiche Lieferungen unter 5.000 €, vereinzelt auch unter 1.000 €. Die Beklagte veräußerte die Arzneimittel an ein Pharmahandelsunternehmen, das damit Apotheken in Deutschland belieferte.

- 7 Die Klägerin verlangt für fünf der vorgenannten Fälle Zahlung der ausbedungenen Vertragsstrafe, insgesamt 250.000 € nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Beklagte unter dem Vorbehalt der Ausführung ihrer Rechte im Nachver-

fahren antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision hat Erfolg.

I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die im Urkundenprozess erhobene Klage sei zulässig und begründet. Die Vertragsstrafe sei wirksam vereinbart und in den geltend gemachten fünf Fällen verwirkt.

12 Die Klägerin habe die Vereinbarungen zur Vertragsstrafe nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt. Zwar seien sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert gewesen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), denn sie seien mit im Wesentlichen gleichen Inhalt in zwei weiteren Verträgen der Klägerin verwendet worden.

13 Es könne auch nicht festgestellt werden, dass die Vereinbarungen zwischen den Parteien im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt gewesen seien. Von einem Aushandeln könne nur dann gesprochen werden,

wenn der Verwender den wesentlichen Inhalt der die gesetzliche Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmung inhaltlich ernsthaft zur Disposition stelle und dem Vertragspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen mit der zumindest realen Möglichkeit einräume, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. In der Regel schlage sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Deswegen könne ein Vertrag allenfalls unter besonderen Umständen als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es bei dem gestellten Entwurf verbleibe. Solche besonderen Umstände habe die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht dargetan.

14 Die Klägerin habe die Vereinbarungen zur Vertragsstrafe jedoch nicht gestellt. Grundsätzlich diene dieses Merkmal der Bestimmung des Verwenders der vorformulierten Bedingungen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB. Seien Allgemeine Geschäftsbedingungen - wie hier - von einem Dritten formuliert, komme es darauf an, ob eine der Vertragsparteien sich die Bedingungen als von ihr gestellt zurechnen lassen müsse. Maßgebend sei, auf wessen Initiative der Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden sei und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt habe.

15 Nicht entscheidend sei, ob die Regelung für eine der Parteien günstig sei; dies könne aber ein Indiz darstellen. Sei ein Vertragswerk umfassend aus Sicht einer Vertragspartei formuliert und enthalte es zudem für den anderen Vertragspartner nachteilige Klauseln, könne dies den Anschein erzeugen, dass die Bedingungen durch die begünstigte Vertragspartei gestellt seien. In die Verhandlungen eingebracht worden sei der Vertragsentwurf hier von der F. GmbH für die Klägerin, für die die Vertragsstrafenvereinbarung auch günstig sei.

- 16 Allerdings könne es an einem Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlen, wenn ihre Einbeziehung sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung des Vertragspartners darstelle, der mit dem Vorschlag konfrontiert werde. Erforderlich sei, dass dieser Vertragspartner in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei sei und insbesondere Gelegenheit erhalte, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen. Es gehe darum, ob die den Entwurf einbringende Vertragspartei ihre Vertragsgestaltungsfreiheit einseitig ausgenutzt oder dem anderen Vertragspartner die Freiheit zur (Mit-)Gestaltung eingeräumt habe und dieser den Schutz der §§ 305 ff. BGB deswegen nicht verdiene.
- 17 Die Klägerin berufe sich insoweit mit Erfolg auf das Anschreiben der F. GmbH vom 23. August 2006. Darin habe die Klägerin über die F. GmbH die Bereitschaft geäußert, Vertragsklauseln aufgrund einer Anmerkung oder eines Änderungswunsches der Beklagten zu ändern. Mehr als eine solche (allgemein) geäußerte Bereitschaft zur Änderung des Vertrages sei nicht erforderlich, um der Beklagten die erforderliche Entscheidungsfreiheit einzuräumen, insbesondere wenn die Bereitschaft - wie hier - an unübersehbarer Stelle erklärt werde. Denn damit sei der Beklagten eine tatsächliche und effektive Möglichkeit der Mitwirkung an der Vertragsgestaltung eingeräumt worden.
- 18 Es wäre daher Aufgabe der Beklagten gewesen, die ihr eingeräumte Möglichkeit der Einflussnahme durch Äußerung konkreter Änderungswünsche zu beanspruchen und nicht zunächst zu schweigen und sich im Streitfall auf das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu berufen. Die Meinung der Beklagten, eine allgemein geäußerte Bereitschaft genüge nicht, um ihr die erforderliche Entscheidungsfreiheit einzuräumen, überzeuge nicht. Es sei schon

nicht deutlich, was seitens der Klägerin mehr hätte geäußert oder getan werden sollen, um der Beklagten eine Einwirkungsmöglichkeit zu verschaffen.

- 19 Danach komme es nicht darauf an, ob die Vertragsstrafenvereinbarung die Beklagte im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteilige. Die Vertragsstrafe sei auch weder sittenwidrig (§ 138 BGB) noch zum Schein vereinbart worden (§ 117 Abs. 1 BGB); letzteres könne die Beklagte jedenfalls nicht mit den im Urkundenprozess zugelassenen Beweismitteln beweisen.

II.

- 20 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht (im Wege des Vorbehaltsurteils) die von der Klägerin im Urkundenprozess geltend gemachte Vertragsstrafenforderung zugesprochen. Die Klage ist gemäß § 597 Abs. 1 ZPO als unbegründet abzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1990 - V ZR 111/89, NJW 1991, 1117 unter 1). Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe nicht zu, weil es sich bei der diesbezüglichen Bestimmung im Liefervertrag der Parteien um eine von der Klägerin verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB) handelt, die der Inhaltskontrolle nicht standhält und deshalb insgesamt unwirksam ist (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

- 21 1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen hat das Berufungsgericht allerdings festgestellt, dass die Vertragsbedingungen des Liefervertrages für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) und zwischen den Parteien nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sind (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB).

- 22 2. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, das Vertragsstrafeversprechen sei der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen entzogen, weil die Klägerin nicht Verwenderin der Formularbestimmungen sei. Hierbei hat das Berufungsgericht die voneinander zu trennenden Fragen des Stellens und des Aushandelns von Allgemeinen Geschäftsbedingungen miteinander vermengt.
- 23 a) Verwender ist nach der Legaldefinition in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB diejenige Vertragspartei, die der anderen Partei bei Abschluss eines Vertrages vorformulierte Vertragsbedingungen "stellt". Demgegenüber regelt § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vorliegen, soweit die Vertragsbedingungen im Einzelnen ausgehandelt worden sind, selbst wenn sie im Übrigen die Merkmale des § 305 Abs. 1 BGB aufweisen. Auch vorformulierte Klauseln des Verwenders können deshalb im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein (vgl. BT-Drucks. 7/3919, 15 f. [zu § 1 Abs. 1, 2 AGBG]).
- 24 aa) Das wesentliche Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber in der Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie in dem Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drucks. 7/3919, aaO). Mit Rücksicht darauf ist das Merkmal des Stellens erfüllt, wenn die Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei oder ihres Abschlussgehilfen (vgl. Senatsurteil vom 4. Februar 2015 - VIII ZR 26/14, NJW-RR 2015, 738 Rn. 14 mwN) in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt werden (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 11; ebenso BGH, Urteile vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, NJW-RR 2014, 937 Rn. 9; vom 13. Mai 2014 - XI ZR 170/13, NJW-RR 2014, 1133 Rn. 24; siehe auch BGH, Urteil vom

20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 23). Der (einseitige) Wunsch einer Partei, bestimmte von ihr bezeichnete vorformulierte Vertragsbedingungen zu verwenden, ist grundsätzlich ausreichend (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, aaO Rn. 12). Dabei kommt es, wie das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend angenommen hat, nicht darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Entscheidend ist, ob eine der Vertragsparteien sie sich als von ihr gestellt zurechnen lassen muss (BGH, Urteile vom 1. März 2013 - V ZR 31/12, NJW-RR 2013, 1028 Rn. 17; vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, aaO Rn. 10; vom 30. Juni 1994 - VII ZR 116/93, BGHZ 126, 326, 332).

25 bb) An dem durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es hingegen, wenn deren Einbeziehung sich als Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (vgl. BGH, Urteile vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, aaO Rn. 18; vom 4. März 1997 - X ZR 141/95, NJW 1997, 2043 unter I 2 c). Erforderlich hierfür ist, dass diese Vertragspartei in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (Senatsurteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, aaO mwN; ebenso BGH, Urteile vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, aaO; vom 13. März 2014 - XI ZR 170/13, aaO Rn. 25).

26 b) Nach diesen Grundsätzen ist die Klägerin Klauselverwenderin im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil sie die vorformulierten Vertragsbedingungen gestellt hat.

- 27 aa) Soweit das Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung maßgeblich auf das Senatsurteil vom 17. Februar 2010 (VIII ZR 67/09, aaO) abhebt, hat es verkannt, dass jener Entscheidung besondere Umstände zugrunde lagen, die eindeutig gegen eine Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht sprachen. Denn in jenem Fall ging es den (privaten) Parteien nach den getroffenen Feststellungen vorrangig um die Verwendung eines rechtlich einwandfreien Vertragsmusters und weniger um die Durchsetzung eines bestimmten Vertragstextes und war dem Käufer zudem die Möglichkeit eingeräumt worden, ein Vertragsformular eigener Wahl mitzubringen. Vergleichbare Umstände liegen im Streitfall nicht vor.
- 28 bb) Der Vertragstext wurde der Beklagten hier von der auf Seiten der Klägerin eingeschalteten Verhandlungsgehilfin, der F. GmbH, mit dem Anschreiben vom 23. August 2006 übersandt, das mit der Bitte um Unterzeichnung im Fall des Einverständnisses verbunden war. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht der Revisionserwiderung ist die F. GmbH kein neutraler Dritter, sondern - wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat - im Interesse der Klägerin tätig geworden. Auf diese Weise wurde der Vertragstext auf Initiative der Klägerin in die Vertragsverhandlungen eingebracht und seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt. Dies wird durch den Vertragstext bekräftigt, in dem es heißt: "K. erklärt sich bereit, M. mit Arzneimitteln gemäß diesem Vertrag [...] zu beliefern." (Nr. 1.1 Satz 1 des Liefervertrages).
- 29 cc) Anders als das Berufungsgericht - unter Berufung auf Äußerungen im Schrifttum (Kaufhold, ZIP 2010, 631, 632; Graf von Westphalen, ZIP 2010, 1110, 1112) - gemeint hat, lässt das Schweigen der Beklagten auf die im Anschreiben der F. GmbH geäußerte Bitte, "Anmerkungen oder Änderungswünsche" mitzuteilen, die Verwendereigenschaft der Klägerin nicht entfallen.

Zutreffend rügt die Revision, dass die Beklagte keine effektive Möglichkeit zur Durchsetzung eigener Textvorschläge erhalten hat.

30 Das Anschreiben der F. GmbH vom 23. August 2006 stellt der Beklagten gerade nicht frei, ohne Weiteres ein abweichendes Vertragsformular auszuwählen oder den Vertragstext abzuändern. Mit der Bitte, ihr "Anmerkungen oder Änderungswünsche" mitzuteilen, hat die Klägerin sich zwar offen dafür gezeigt, entsprechende Erklärungen entgegenzunehmen. Allenfalls hat sie damit eine gewisse Verhandlungsbereitschaft signalisiert. Der Beklagten ist durch die bloße Frage nach "Anmerkungen oder Änderungswünschen" jedoch nicht - wie vom Senat gefordert (vgl. Urteil vom 17. Februar 2010 - VIII ZR 67/09, aaO) - eine tatsächliche Gelegenheit eröffnet worden, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlung einzubringen. An der Eigenschaft der Klägerin als Klauselverwenderin ändert es somit nichts, dass die Beklagte von einer etwaigen Verhandlungs- und Gestaltungsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. auch das Urteil des BGH vom 9. April 1987 - III ZR 84/86, NJW 1987, 2011 unter I 1 a, b, das unausgesprochen davon ausgeht, dass Vertragsbedingungen selbst dann gestellt sind, wenn dem Vertragspartner die Möglichkeit zur Änderung oder Streichung ausdrücklich im Vertragstext eingeräumt wird; dazu Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 305 Rn. 10; Erman/Roloff, BGB, 14. Aufl., § 305 Rn. 12).

31 Soweit die Revisionserwiderung geltend macht, die Klägerin sei uneingeschränkt bereit gewesen, auf Änderungswünsche der Beklagten einzugehen, reicht dies nach den vorstehend aufgeführten Umständen nicht aus, um die Verwendereigenschaft der Klägerin zu verneinen. Entsprechendes gilt für das - nicht mit Hinweis auf Vortrag in den Tatsacheninstanzen unterlegte - Vorbringen in der mündlichen Revisionsverhandlung, wonach es im kaufmännischen

Verkehr nicht üblich sei, der anderen Vertragspartei Gelegenheit zu Änderungswünschen zu geben.

32 3. Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Die von der Klägerin verwendete Vertragsstrafenklausel ist unwirksam, weil sie die Beklagte im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen benachteiligt. Der Senat kann diese vom Berufungsgericht - aus dessen Sicht folgerichtig - unterlassene Prüfung selbst vornehmen, da die für diese Beurteilung maßgeblichen Umstände im Urkundenprozess feststehen.

33 a) Eine Formularklausel benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 8. März 1984 - IX ZR 144/83, BGHZ 90, 280, 284; vom 4. November 1992 - VIII ZR 235/91, BGHZ 120, 108, 118; vom 17. Oktober 2007 - VIII ZR 251/06, NJW 2008, 214 Rn. 15; vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, NJW 2014, 2180 Rn. 13; vom 18. März 2015 - VIII ZR 242/13, BGHZ 204, 316 Rn. 29; jeweils mwN). Dabei ist ein generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab und eine von den Besonderheiten des Einzelfalls losgelöste typisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen (BGH, Urteile vom 17. April 2012 - X ZR 76/11, NJW 2012, 2107 Rn. 10; vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, aaO; jeweils mwN).

34 Eine unangemessene, gegen Treu und Glauben verstoßende Benachteiligung des Vertragsstrafenschuldners kann sich aus der unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe ergeben (BGH, Urteile vom 12. Mai 1998 - KZR 18/97,

NJW-RR 1998, 1508 unter I 2 b; vom 7. Mai 1997 - VIII ZR 349/96, NJW 1997, 3233 unter II 1; vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89, NJW-RR 1990, 1076 unter II 1 a; vom 27. Januar 1988 - VIII ZR 155/87, NJW 1988, 1373 unter I 2 c aa; vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, aaO Rn. 12, 14; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearb. 2013, § 309 Nr. 6 Rn. 24, 28; Staudinger/Rieble, aaO, Neubearb. 2015, § 339 Rn. 137 ff.; jeweils mwN). Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstößes und seinen Folgen für den Vertragsstrafenschuldner steht (BGH, Urteile vom 12. Januar 1994 - VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060 unter VI 2 b aa, insoweit in BGHZ 124, 351 nicht abgedruckt; vom 7. Mai 1997 - VIII ZR 349/96, aaO unter II 2; vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, NJW 1998, 2600 unter II 3 b). Ist ein bestimmter Betrag als pauschale Sanktion vorgesehen, ohne dass nach Art, Gewicht und Dauer der Vertragsverstöße differenziert wird, kann die Unangemessenheit schon daraus folgen; eine solche Sanktion wäre nur dann zulässig, wenn dieser Betrag auch angesichts des typischerweise geringsten Vertragsverstößes noch angemessen wäre (Senatsurteile vom 7. Mai 1997 - VIII ZR 349/96, aaO unter II 5; vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89, aaO unter II 2; Staudinger/Rieble, aaO, § 339 Rn. 161).

- 35 b) Gemessen daran hält die hier verwendete Vertragsstrafenklausel einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand. Zu Recht macht die Revision geltend, dass dies aus der Höhe der ausbedungenen Vertragsstrafe folgt. Diese bestimmt für jegliche unberechtigte Weiterveräußerung durch die Beklagte eine einheitliche Sanktion von 50.000 € je Auftrag, ohne auf dessen Umfang - etwa durch eine angemessene Staffelung der Vertragsstrafe - Rücksicht zu nehmen. Mit Blick auf den gebotenen generalisierenden Prüfungsmaßstab kommt es dabei nicht auf den Warenwert derjenigen Lieferungen an, die die Klägerin zum Gegenstand der Klage gemacht hat.

36 Bei dieser Beurteilung ist zwar nicht nur auf eine erleichterte Schadloshaltung des Gläubigers abzustellen. Vielmehr muss die Vertragsstrafe den Schuldner auch als Druckmittel anhalten, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 27. November 1974 - VIII ZR 9/73, BGHZ 63, 256, 259; vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, aaO; vom 20. Januar 2000 - VII ZR 46/98, NJW 2000, 2106 unter II 2 b (1); jeweils mwN). In der gegebenen Fallgestaltung muss sie namentlich geeignet sein, den Vertragspartner des Verwenders von einem Verstoß gegen die unter Nr. 6.2 Satz 2 des Liefervertrages ausbedungene Unterlassungspflicht abzuhalten (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, aaO Rn. 17). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsstrafenschuldner in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden Art nicht in besonderem Maße schutzwürdig ist. Auch mag die Auffassung der Revisionserwiderung zutreffen, dass Vertragsverstöße nur schwer aufzudecken sind.

37 Jedoch ist angesichts des erheblich differierenden Umfangs der Arzneimittellieferungen ein Pauschalbetrag von 50.000 € je Auftrag ohne jegliche Abstufung nach dem Gewicht des Vertragsverstoßes trotz der gebotenen Abschreckungswirkung unverhältnismäßig hoch. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lag der Warenwert zahlreicher Geschäfte ganz erheblich unter diesem Betrag. Dass es sich dabei um außergewöhnliche, bei Vertragsabschluss nicht zu erwartende Ausnahmefälle gehandelt hätte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; abweichendes Vorbringen zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Auf diese Weise kann die Vertragsstrafenabrede - ihrem eigentlichen Sinn widersprechend - dazu missbraucht werden, dem Klauselverwender einen nicht gerechtfertigten Gewinn zu verschaffen (vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 30; Senatsurteil vom 7. Mai 1997 - VIII ZR 349/96, aaO unter II 2 mwN).

- 38 Danach ist die streitgegenständliche Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB insgesamt unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (zu unangemessenen formularvertraglichen Vertragsstrafenregelungen siehe BGH, Urteile vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311, 324; vom 20. März 2003 - I ZR 225/00, NJW-RR 2003, 1056 unter II 3 g; vom 12. Mai 1998 - KZR 18/97, aaO unter I 2 c; jeweils mwN).
- 39 c) Nach dieser Maßgabe bedarf es keiner Entscheidung, ob die Vertragsstrafenklausel auch deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist, weil eine Klausel, die eine kumulative Geltendmachung der Ansprüche auf Vertragsstrafe und pauschalierten Schadensersatz ermöglicht, gegen das Anrechnungsgebot des § 340 Abs. 2 BGB verstößt und deshalb wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners auch im Verhältnis unter Kaufleuten unwirksam ist (BGH, Urteile vom 24. Juni 2009 - VIII ZR 332/07, NJW-RR 2009, 1404 Rn. 12; vom 21. November 1991 - I ZR 87/90, NJW 1992, 1096 unter II 2; vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82, NJW 1985, 53 unter II 2 g; vom 27. November 1974 - VIII ZR 9/73, aaO S. 258 ff.; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., § 309 Nr. 6 BGB Rn. 64, 104) und die hier verwendete Formularbestimmung zudem ausdrücklich auf jeden Auftrag "unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs" abstellt (vgl. BGH, Urteile vom 3. April 1998 - V ZR 6/97, aaO unter II 3 c aa; vom 10. Dezember 1992 - I ZR 186/90, BGHZ 121, 13, 18 f.; vom 28. Januar 1993 - I ZR 294/90, NJW 1993, 1786 unter III 3; vom 17. Juli 2008 - I ZR 168/05, NJW 2009, 1882; vom 9. Juli 2015 - I ZR 224/13, GRUR 2015, 1021 Rn. 29; Palandt/Grüneberg, aaO, § 339 Rn. 18; Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO Rn. 73).

III.

40 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage als unbegründet nach § 597 Abs. 1 ZPO.

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Kosziol

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 17.07.2014 - 88 O 12/14 -

OLG Köln, Entscheidung vom 20.01.2015 - 15 U 142/14 -