

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 242 Cd, 138 Bc

Zündholzschachteln

Im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten ist ein Preisbestimmungsrecht des Unternehmers, das nicht mit einem folgenlosen Lösungsrecht des Bestellers gekoppelt ist, wenn der vom Unternehmer bestimmte Preis den Anstieg der allgemeinen Lebenshaltungskosten in der Zeit zwischen Bestellung und Abruf der Werkleistung nicht unerheblich übersteigt, nicht zu beanstanden (Ergänzung zu BGH NJW 1984, 1177, 1179 f).

BGH, Urt. v. 27. September 1984 - X ZR 12/84 - OLG Frankfurt
LG Wiesbaden

41

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 12/84

URTEIL

Verkündet am
27. September 1984
Kriegl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in Sachen

der Firma Zündholz M[REDACTED], F[REDACTED], Inhaber Sigo M[REDACTED],
H[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED], E[REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Karl Mu[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED], N[REDACTED]-
K[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED], Ka[REDACTED] -

41

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1984 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Ballhaus und die Richter Dr. Bruchhausen, Prof. Dr. Windisch, Brodeßer und von Albert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main vom 22. Dezember 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens überlassen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin vertreibt Zündhölzer. Sie bezog diese bei der Deutschen Zündwaren-Monopolgesellschaft und verkaufte sie zu nach der Abnahmemenge gestaffelten Preisen. Der Beklagte betrieb



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bis zum 9. Dezember 1980 die Bahnhofsgaststätte und einen Kiosk in Niedernhausen.

Am 13. August 1968 bestellte der Beklagte mittels Formularvertrages 250.000 Zündholzschachteln mit einem auf seinen Betrieb hinweisenden Aufdruck zum Preise von 53 DM per 1.000 Stück zuzüglich Klischeekosten, Mehrwertsteuer u.s.w., die in Teilmengen auf Abruf zu liefern waren. Nr. 5 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 5 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen lauteten:

Werden Teillieferungen auf Abruf vereinbart, so wird der Kaufpreiswert zwei Jahre nach Erteilung dieses Auftrages fällig.

Erhöht der Verkäufer während der Zeit seine Preise allgemein, so ist der Verkäufer berechtigt, auch die hier vereinbarten Preise in gleicher Weise zu erhöhen.

In der Folgezeit rief der Beklagte in unregelmäßigen Abständen Teillieferungen ab und zwar insgesamt 91.000 Stück. Er bezahlte jeweils die von der Klägerin berechneten Preise, zuletzt laut Rechnung vom 3. November 1979 104 DM per 1.000 Stück zuzüglich 9 DM Klischeekosten und 13 % Mehrwertsteuer. Nach diesem Zeitpunkt forderte die Klägerin den Beklagten mehrfach erfolglos zum Abruf weiterer Teilmengen auf. Am 9. Dezember 1980 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er die Bahnhofsgaststätte aufgeben habe, und erklärte vorsorglich

die Kündigung des Vertrages.

Mit der Klage verlangt die Klägerin den ihr entgangenen Gewinn. Sie berechnet diesen auf der Grundlage ihrer im Dezember 1980 geltenden Preise von 120 DM per 1.000 Stück (mithin 19.080 DM für 159.000 Stück) unter Abzug ihrer mit 10.194,60 DM veranschlagten Estandskosten auf 9.501,49 DM. Sie hält ihre Forderung auch unter dem Gesichtspunkt der Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB für begründet.

Den Betrag von 9.501,49 DM nebst 12,5 % Zinsen seit dem 13. Mai 1982 zuzüglich 13 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen sowie 6 DM vorgerichtlicher Mahnkosten verlangt sie mit der Klage.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Er hat sich wegen Aufgabe der Gaststätte auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Er hat bestritten, daß der Klägerin Gewinn entgangen ist, und schließlich die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat der Klägerin 4.770 DM nebst 6 % Zinsen zugesprochen und die weitergehende Klage abgewiesen.

Beide Parteien haben Berufung eingelegt und ihre Anträge weiter verfolgt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abgewiesen.

Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Das Berufungsgericht wertet den Vertrag der Parteien über die Lieferung der Zündholzschachteln mit dem Werbeaufdruck im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 1980 - VII ZR 324/79 (Der Betrieb 1981, 315) als Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, aus dem sich bei einer Kündigung durch den Besteller nach § 651 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz in Verbindung mit § 649 Satz 2 BGB ein Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung der Ersparnis des Unternehmers ergeben könne. Dieser Vertrag sei nicht wegen Aufgabe der Bahnhofsgaststätte wirksam gekündigt. Auf die Preiserhöhungsklausel nach Ziffer 5 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Klägerin finde das AGB-Gesetz keine Anwendung (§ 28 Abs. 2 AGBG).

2. Gegen diese ihr günstige Beurteilung richtet die Revision keine Rügen. Sie läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen. Das AGB-Gesetz findet nach § 28 Abs. 1 auf Verträge, die vor seinem Inkrafttreten am 1. April 1977 geschlossen worden sind, keine Anwendung. § 9 AGBG ist zwar auf vorher abgeschlossene Verträge über die regelmäßige Erbringung von Werkleistungen anzuwenden, soweit diese Verträge noch nicht abgewickelt worden sind (§ 28 Abs. 2 AGBG). Zu diesen Verträgen zählt der Vertrag der Parteien jedoch nicht. Dieser ist auf die Herstellung und Lieferung einer bestimmten Menge von mit einer Werbung für den Betrieb des Beklagten versehener Zündholzschachteln gerichtet, die der Beklagte auf einmal oder in von ihm zu bestimmenden Teilmengen einer vereinbarten Mindestgröße abrufen konnte. Für noch nicht vollständig abgewickelte Werklieferungsverträge, bei denen der Lieferumfang genau festgelegt ist, die Teil- oder Restlieferung aber nach Wahl des Bestellers in von diesem zu bestimmenden zeitlichen Abständen erfolgt, gilt die Ausnahmeregelung des § 28 Abs. 2 AGB-Gesetz nicht.

3. Das Berufungsgericht verneint einen Vergütungsanspruch der Klägerin nach § 649 Satz 2 BGB. Die Klägerin dürfe ihre Vergütung nur auf der Grundlage des beim Vertragsabschluß vereinbarten Preises von 53 DM pro 1.000 Stück Zündholzschachteln zuzüglich Klischeekosten u.s.w. berechnen. Die formularmäßige Preiserhöhungsklausel, die der Klägerin erlaubte, die Preise in gleicher Weise zu erhöhen, in der sie ihre Preise allgemein

erhöht habe, sei nach §§ 242, 138 BGB unwirksam. Sie verstoße gegen § 242 BGB, weil sie sich in grober Weise über schutzwürdige Belange des Beklagten als Kunden hinwegsetze. Sie lasse nämlich nicht nur die Weitergabe zwischenzeitlicher Verteuerungen zu, sondern gestatte jede Preiserhöhung, vorausgesetzt nur, daß die Klägerin allgemein ihre Preise erhöhe. Entscheidend sei, daß die Klausel den Beklagten nicht erkennen lasse, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen könnten, und daß der Beklagte nicht in der Lage sei, die Berechtigung der Preiserhöhung an der Ermächtigungsklausel zu messen. Die Klausel sehe außerdem nicht vor, daß sich der Beklagte bei Preiserhöhungen vom Verträge lösen könne.

Der Beklagte müsse sich nicht an dem für die letzte Teillieferung widerspruchslos gezahlten Preis festhalten lassen, weil ihm die Unwirksamkeit der Preiserhöhungsklausel nicht bekannt gewesen sei. Da die Einstandskosten der Klägerin inzwischen die ursprünglich vereinbarte Vergütung von 53 DM pro 1.000 Stück Zündholzschachteln überstiegen, verbleibe kein Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB.

4. Diese Beurteilung der Preiserhöhungsklausel hält den Angriffen der Revision nicht stand.

a) Die hier streitige formularmäßige Preiserhöhungsklausel begründet bei den späteren Teillieferungen der Klägerin keine

automatische Preisanpassung des zunächst vereinbarten Preises von 53 DM für 1.000 Stück Zündholzschachteln an das Niveau der von der Klägerin inzwischen allgemein erhöhten Preise. Sie räumt der Klägerin lediglich das Recht ein, bei späteren Teillieferungen den zunächst vereinbarten Preis zu erhöhen. Das der Klägerin auf diese Weise eingeräumte Recht zur Bestimmung der Preise für die späteren Teillieferungen ist zunächst durch die Klausel selbst begrenzt. Obergrenze der Preiserhöhung ist der von der Klägerin allgemein am Markt für Werbezündholzschachteln durchgesetzte Preis. In diesem Sinne sind die Worte "Erhöht der Verkäufer während dieser Zeit seine Preise allgemein" der in Rede stehenden Klausel zu verstehen.

b) Diese Begrenzung begegnet nicht schon für sich allein Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben. Das Berufungsgericht zieht selbst in Erwägung, daß die Konkurrenzfähigkeit einer allgemeinen Preiserhöhung eine wirtschaftlich vernünftige Grenze setze. Es meint jedoch in diesem Zusammenhang, es sei nicht von vorneherein eine Gewähr dafür gegeben, daß nicht in Fällen besonderer Nachfrage die Preise allgemein beliebig und unverhältnismäßig erhöht würden. Gegenüber dieser Befürchtung ist zu berücksichtigen, daß beim Handel mit Werbezündholzschachteln, die nicht zu den lebensnotwendigen Gütern des täglichen Bedarfs zählen, erfahrungsgemäß die Mechanismen des Marktes bewirken, daß ein einzelner Anbieter nicht allgemein durch die Marktlage nicht

gerechtfertigte überhöhte Preise am Markt durchsetzen kann, wenn sich bei diesen Werbemitteln eine besondere Nachfrage ergibt, weil von werbenden Gewerbetreibenden in einem größeren Umfange mit diesem Werbeträger geworben wird.

c) Auch der weitere Gesichtspunkt, den das Berufungsgericht für die Sitten- und Treuwidrigkeit der streitigen Preiserhöhungsklausel herangezogen hat, nämlich daß sie den Beklagten nicht erkennen lasse, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen konnten, läßt das der Klägerin eingeräumte Preisbestimmungsrecht nicht als bedenklich erscheinen. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein derartiges Recht des Unternehmers zur Bestimmung der für spätere Teillieferungen zu zahlenden Preise für den Besteller ein Unsicherheitsmoment schafft. Das liegt im wesentlichen daran, daß in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg auf dem Binnenmarkt ein ständiger Kaufkraftverlust der Deutschen Mark eingetreten ist, der mit einem ständigen Preisanstieg einhergeht. Die Wirtschaft sucht dem seit langem bei länger laufenden Vertragsverhältnissen mit Anpassungsklauseln zu begegnen, um nicht bei derartigen Verträgen von vorneherein mit Preisen arbeiten zu müssen, die den sich ständig ändernden Verhältnissen Rechnung tragen. Es ist allen am Wirtschaftsleben Beteiligten klar, daß sie bei einer jeweils kurzfristigen Deckung ihres Bedarfs an Werkleistungen später mit höheren Preisen rechnen müssen, die sie von vorneherein für den Fall eines späteren erneuten Bedarfs nicht übersehen können. Decken

sie ihren Bedarf an Werkleistungen langfristig auf Grund von länger laufenden Verträgen, in denen dem Unternehmer ein Preisbestimmungsrecht eingeräumt ist, so liegen die Verhältnisse nicht wesentlich anders. Auch bei solchen Verträgen können die Besteller wie bei jeweils kurzfristiger Bedarfsdeckung nicht sicher vorhersehen, welche Preise sie später zahlen müssen. Aus dieser naturgemäß bestehenden Ungewißheit über den bei einem Jahre später erfolgten Bezug bestellter Werkleistungen infolge des Preisbestimmungsrechts des Unternehmers anfallenden Preis kann im Verkehr unter Kaufleuten nichts für eine Sittenwidrigkeit des Preisbestimmungsrechts des Unternehmers hergeleitet werden. Dies gilt besonders dann, wenn Kaufleute unter Ausnutzung der nach Abnahmemengen gestaffelten Preisvorteile langfristig ihren Bedarf an Werbematerial decken und die Verzögerung der Vertragsabwicklung auf Gründen beruht, die in der Person des Bestellers liegen.

d) Entscheidend ist, daß das der Klägerin eingeräumte Recht zur Bestimmung der Preise für die späteren Teillieferungen nach § 315 Abs. 1 und 3 BGB weiter durch das billige Ermessen begrenzt ist. Dies kann es im Einzelfall erfordern, bei den für die späteren Teillieferungen verlangten Preisen ein angemessenes Verhältnis zwischen Einstandspreisen, Geschäftsunkosten und -risiken und dem Gewinn einzuhalten, wie es durch die Verhältnisse dieser Faktoren zur Zeit des Vertragsschlusses im Jahre 1968 vorgezeichnet war. Hält sich die Preisfestsetzung der

Klägerin im Zeitpunkt der Kündigung des Beklagten am 9. Dezember 1980 in etwa in diesem durch Treu und Glauben gebotenen Rahmen - die Klägerin gibt ihre Einkaufspreise allein schon mit 63,70 DM für 1000 Zündholzschachteln an -, dann wäre gegen die Berechnung der nach § 649 Satz 2 BGB berechtigten Vergütung durch die Klägerin aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

Der Beklagte hat im bisherigen Verlauf des Rechtsstreits nicht geltend gemacht, daß die Klägerin bei der bisherigen Abwicklung des Geschäfts im Verhältnis zu der allgemeinen Preisentwicklung auf dem Markt für Werbezündholzschachteln in der Zeit seit dem Abschluß des Vertrages im Jahre 1968 bis zur Kündigung am 9. Dezember 1980 unvertretbar hohe allgemeine Preisanhebungen vorgenommen habe. Nachdem im Jahre 1968 zunächst ein Preis von 53 DM per 1.000 Stück Zündholzschachteln vereinbart war, hat der Beklagte bis zur letzten Abnahme im November 1979 eine Preiserhöhung auf 104 DM per 1.000 Stück widerspruchslos hingenommen.

e) Soweit das Berufungsgericht zur Stütze für seine Ansicht von der Unwirksamkeit der hier streitigen formularmäßigen Preiserhöhungsklausel auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 1980 - VIII ZR 174/79 (NJW 1980, 2518, 2519) verweist, übersieht es, daß die Verhältnisse bei einer Preiserhöhungsklausel bei einem Zeitschriftenabonnement für Nichtkaufleute, über das damals entschieden wurde, und bei einer Preiserhöhungs-

21

klausel bei einem Vertrieb von Werbezündholzschachteln für den Geschäftsbetrieb eines Kaufmanns im Sinne von § 4 HGB verschieden sind. Wie sich aus § 24 Abs. 1 Nr. 1 AGB-Gesetz ergibt, findet die Preiserhöhungsklauseln betreffende Vorschrift des § 11 Nr. 1 AGBG auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber Kaufleuten in zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehörenden Verträgen verwendet werden, keine Anwendung. Bei der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG ist heute auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (§ 24 Abs. 2 AGBG) und den Besonderheiten des kaufmännischen Geschäftsverkehrs angemessen Rechnung zu tragen. Mit Rücksicht darauf wird in der Literatur ein Bedürfnis für langfristige Bestellungen mit Listenpreisklauseln, die im nicht-kaufmännischen Verkehr unwirksam wären (siehe BGHZ 82, 21 ff; BGH NJW 1983, 1603, 1604; 1984, 1177), weitgehend als aner kennenswert befürwortet (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz Kommentar, 1984, § 24 Rdz. 17; siehe auch Löwe/Graf von Westfalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II 2. Aufl. 1983, § 11 Nr. 1 Rdn. 25 und 29 und § 24 Rdn. 18). Dem tritt der erkennende Senat bei. Bei nicht-gewerblichen Letztverbrauchern sieht das Gesetz einen stärkeren Schutz vor Preiserhöhungsklauseln vor als bei kaufmännischen Abnehmern, die ihre erhöhten Geschäftskosten gewöhnlich auf ihre Kunden abwälzen. Im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten ist ein Preisbestimmungsrecht des Unternehmers, das nicht mit einem folgenlosen Lösungsrecht des Bestellers gekoppelt ist, wenn der vom Unternehmer bestimmte Preis

den Anstieg der allgemeinen Lebenshaltungskosten in der Zeit zwischen Bestellung und Abruf der Werkleistung nicht unerheblich übersteigt (vgl. BGH NJW 1984, 1177, 1179 f für die Tagespreisklausel im nicht-kaufmännischen Neuwagengeschäft) nicht zu beanstanden; jedenfalls nicht bei einem Vertrag über Werkleistungen, die aus in der Person des Bestellers liegenden Gründen während längerer Zeiträume für den Geschäftsbetrieb des Bestellers zu erbringen sind, wenn dem Vertrag nach der Abnahmemenge gestaffelte Preise zugrunde liegen. Eines derart weitgehenden Schutzes vor Preiserhöhungen für Werkleistungen für den betreffenden Geschäftsbetrieb bedürfen selbst Minderkaufleute im Sinne von § 4 HGB nicht.

5. Da die vom Berufungsgericht gegebene Begründung die Klageabweisung nicht trägt, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Das Berufungsgericht hat von seinem Standpunkt aus zu Recht keine Feststellungen über die von der Klägerin zur Zeit der Kündigung des Vertrages durch den Beklagten am 9. Dezember 1980 allgemein geforderten Preise für mit einem Werbeaufdruck versehene Zündholzschachteln getroffen. Das nötigt zur

Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem wegen des noch ungewissen Ausgangs der Sache auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu überlassen ist.

Ballhaus

Bruchhausen

Windisch

Brodeßer

von Albert