
Datum: 03.07.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 2/03
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0703.2U2.03.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 16 O 110/02

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 8. November 2002 verkündete Urteil der VII. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe der zu vollstreckenden Beträge abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1

2

3

Die Klägerin, ein Franchiseunternehmen im IT-Bereich, und die Beklagte, die mit Computerhardware Handel treibt, stehen seit 1993 miteinander in Geschäftsbeziehung. Die Klägerin verlangt von der Beklagten wegen fehlerhafter Umsatzmeldungen die Zahlung einer "erhöhten Provision".

Unter dem 05.08./14.08.1999 schlossen die Parteien im Hinblick auf die bestehende Geschäftsbeziehung den mit "Vereinbarung von Lieferungen und Leistungen" überschriebenen Vertrag. Die Beklagte ist danach u.a. verpflichtet, der Klägerin monatliche Umsatzauswertungen zur Verfügung zu stellen (Nr. 3.1) und für die Lieferungen an die Franchisenehmer der Klägerin eine Provision in Höhe von 1,5% der Nettoumsätze zu zahlen (Nr. 1.3.). 4

In diesem Vertrag, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, Anlagenheft Bl. 2-6, heißt es unter anderem: 5

"Nr. 3.4 erhebliche Abweichungen und Manipulationen: 6

Sollte sich durch Kontrolle seitens PC-Spezialist zwischen der Abrechnung des Lieferanten und den Kreditorenumsätzen der PC-Spezialist Vertragspartner eine Differenz von mehr als 10% zu Gunsten PC-Spezialist ergeben, so erhöht sich die Provision für das jeweils betroffene Quartal um 2% auf 4,5%. Dasselbe gilt für den Fall von bewußt falschen Meldungen, Manipulationen, Umgehungen durch Lieferungen an Scheinfirmen, Zwischenfirmen, Sonderkonten und ähnliches. In diesem Fall kann PC-Spezialist vorbehaltlich weiterer rechtlicher Maßnahmen und der Geltendmachung von weiterem Schadensersatz den Lieferanten auslisten." 7

Im Januar 2002 überprüfte die Klägerin die von der Beklagten für das Jahr 2001 gemeldeten Umsätze stichprobenweise und stellte hierbei fest, dass die gemeldeten Nettoumsatzzahlen von 9.229.215,33 DM fehlerhaft waren. Die Beklagte beauftragte eine Fremdfirma mit der Nachberechnung der Umsätze und teilte das Ergebnis der Klägerin mit. Die Klägerin berechnete daraufhin der Beklagten mit Schreiben vom 07.02.2002 für den in 2001 tatsächlich erwirtschafteten Nettoumsatz von 18.017.345,33 DM auf der Basis von 1,5% eine insgesamt geschuldete Provision von 270.260,18 DM, zog die bereits gezahlten 138.438,23 DM ab und machte den Restbetrag von 131.821,95 DM zuzüglich Umsatzsteuer erfolgreich geltend. 8

Mit Schreiben vom 07.03.2002 verlangte die Klägerin von der Beklagten aufgrund der Nr. 3.4 des Vertrages für die ersten drei Quartale des Geschäftsjahres 2001 die Zahlung einer erhöhten Provision in Höhe von weiteren 2%, die sie mit 137.613,02€ berechnete, und machte hierbei insbesondere geltend, dass eine Umsatzdifferenz von mehr als 10% vorliege und dass wegen der erheblichen Abweichung der gemeldeten von den tatsächlichen Umsätzen auch der Verdacht einer Umsatzmanipulation vorliege. 9

Wegen der weiteren Feststellungen, des Vortrags der Parteien und der in der ersten Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung, Bl. 101-102 R.d.A., Bezug genommen. 10

Mit am 08.11.2002 verkündetem Urteil hat der Vorsitzende der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld die Beklagte zur Zahlung von 137.820,23 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Prozentpunkten über den Basiszinssatz auf 137.613,02 € seit dem 13.02.2002 verurteilt und hat im übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Anspruch sei in Höhe von 137.613,02 € aus Nr. 3.4 des Vertrages begründet. 11

Da eine Umsatzdifferenz von mehr als 10% vorliege, stehe der Klägerin bereits nach der ersten Alternative der vertraglichen Regelung die Mehrprovision zu. Darüber hinaus habe die Beklagte aber auch die zweite Alternative verwirklicht, sie habe bewußt falsche Zahlen abgegeben, da ihr die außergewöhnliche Differenz zwischen den tatsächlichen und den gemeldeten Umsatzzahlen hätte auffallen müssen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe der angefochtenen Urteils Bezug genommen (Bl. 102 bis 104 R. d. A.).	
Gegen dieses Urteil, das ihr am 19.11.2002 zugestellt wurde, wendet sich die Beklagte mit ihrer am 03.12.2002 eingegangenen Berufung, die sie nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit am 19.02.2003 eingegangenem Schriftsatz ordnungsgemäß begründet hat.	12
Die Beklagte meint, die Vertragsstraferegelung sei unwirksam, insbesondere sei die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Vertragsstrafe in allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässig, auch die Höhe der Vertragsstrafe benachteilige sie, die Beklagte, unangemessen.	13
Sie behauptet weiterhin, der Fehler der verwendeten Software, der zu den falschen Umsatzzahlen geführt habe, sei für sie nicht erkennbar gewesen, wegen der weiteren Umsätze seien ihr diese Differenzen verborgen geblieben.	14
Die Klägerin habe es verabsäumt, die Meldung zu prüfen, sie treffe daher –so meint die Beklagte- der Mitverschuldensvorwurf.	15
Die Beklagte beantragt,	16
unter teilweiser Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Klage abzuweisen.	17
Die Klägerin beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe vorsätzlich falsche Auskünfte erteilt, da ihr bei den erzielten Umsätzen nicht hätte entgehen können, dass die Umsätze viel zu niedrig gewesen seien. Die Beklagte habe nicht auf die Fehlerfreiheit des Programms vertrauen dürfen. Aus dem Umstand, dass die Beklagte sehr schnell in der Lage gewesen sei, den Fehler zu korrigieren, könne geschlossen werden, dass auch zuvor eine Kontrolle möglich gewesen sei.	20
Erstmals in der Berufungsinstanz behauptet die Klägerin, dass die einzelnen Vertragsbedingungen ausgehandelt worden seien. Nach der erst jetzt bekannt gewordenen Gewinnspanne der Beklagten von 5 %, sei die Erhöhung der Provision unbedenklich.	21
II.	22
Die zulässige Berufung der Beklagten, mit der sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung der erhöhten Provision mit einem Betrag von 137.613,02 € wendet, hat Erfolg. Soweit im Tenor der angefochtenen Entscheidung ein weiterer Zahlungsbetrag von 207,21 € zu Gunsten der Klägerin ausgewiesen ist, liegt eine offensichtliche Unrichtigkeit vor. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich, dass die Klage insoweit abgewiesen ist.	23

Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Zahlung von 137.613,02€ aus Nr. 3.4 des schriftlichen Lieferungs- und Leistungsvertrages zu.

1. Die Parteien haben mit Nr. 3.4 des schriftlichen Lieferungs- und Leistungsvertrages ein unselbständiges Vertragsstrafeversprechen für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung der der Beklagten obliegenden Vertragspflichten nach §§ 339, 341 BGB vereinbart.	25
Die Klägerin beabsichtigt mit dieser Regelung in erster Linie, die Beklagte anzuhalten, sich vertragsgerecht zu verhalten und die ihr nach Nr. 3 des Vertrages obliegende Pflicht, monatliche Abrechnungen der Umsätze vorzulegen, in gehöriger Weise zu erfüllen. Diese Zwangsmittelfunktion spricht ausschlaggebend dafür, die Regelung nach §§ 133, 157 BGB als Vertragsstrafeversprechen auszulegen.	26
2. Dieses Vertragsstrafeversprechen für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung der Abrechnungspflichten ist jedoch unwirksam. Die Regelung hält einer Überprüfung nach den Bestimmungen des AGBGB, das nach Art. 229 § 5 S. 1 und 2 EGBGB anwendbar ist, nicht stand.	27
a) Soweit die Klägerin erstmals in zweiter Instanz behauptet, die einzelnen Vertragsbedingungen – insbesondere die Klausel über die falschen Umsatzmeldungen – seien ausgehandelt worden, ist dieses neue und streitige Vorbringen nach §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO schon nicht zu berücksichtigen.	28
Die Klägerin hätte diese Tatsachen bereits in erster Instanz darlegen und unter Beweis stellen können. Sie hat weder Umstände dargetan, noch sind welche dafür ersichtlich, dass ihr dieser Vortrag erst in zweiter Instanz möglich gewesen sein sollte.	29
Außerdem hat die insoweit belastete Klägerin schon nicht ausreichend dargelegt, dass sie den Inhalt der hier streitigen Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt und der Beklagten zur Wahrung ihrer Interessen Gestaltungsfreiheit eingeräumt hat. Die Klägerin hat insoweit lediglich behauptet, es sei verhandelt worden ohne weitere Details des Gesprächs, Wünsche der Beklagte oder weitere Umstände vorzutragen. Da bereits die äußere Gestaltung für eine Formularbedingung spricht, hätte es ihr insoweit oblegen, etwaige weitere Tatsachen mitzuteilen.	30
b. Die Vertragsstraferegelung hält einer Überprüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, der nach § 24 Abs. 2 AGBGB, § 14 BGB anwendbar ist, nicht stand.	31
Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.	32
Die erste Alternative der Regelung in Nr. 3.4 Satz 1 des Vertrages sieht eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vor. Dies ist mit der gesetzlichen Regelung der §§ 339, 341 BGB nicht in Einklang zu bringen.	33
(a) Nach dem Wortlaut der Nr. 3.4 des Vertrages soll bereits mit der 10 %igen Überschreitung der tatsächlichen Umsatzzahlen von den gemeldeten die Vertragsstrafe verwirkt sein, ohne	34
	35
	36

dass es auf ein Verschulden der Beklagten ankäme.

Die Klausel kann auch nicht – abweichend vom Wortlaut – dahingehend ausgelegt werden, dass das Verschuldenserfordernis nicht abbedungen werden sollte. 37

(b) Es sind keine gewichtigen sachlichen Gründe dafür erkennbar, von dem Verschuldenserfordernis Abstand zu nehmen (BGH NJW 99, 3672 (2664)) . 38

Weder bereitet die Klärung der Verschuldensfrage, insbesondere vor dem Hintergrund der hier aus §§ 285, 282 BGB a. F. herzuleitenden Beweislastumkehr, besondere Schwierigkeiten. Noch rechtfertigt die für sich genommen legitime Abschreckungswirkung, eine verschuldensunabhängige Vertragsstraferegelung zu treffen. Die Lieferanten müssen stets damit rechnen, dass fehlerhafte Meldungen aufgedeckt werden, da die Klägerin jedenfalls auch – wie den Lieferanten bekannt ist - von ihren Franchisenehmern Auskünfte über die gelieferten Waren erhält. 39

c. Die Vertragsstraferegelung verstößt zudem gegen § 9 Abs. 1 AGBGB. 40

Die Vertragspartner der Klägerin werden entgegen Treu und Glauben durch die unangemessene Höhe der Vertragsstrafe benachteiligt. Unangemessen ist die Höhe der Vertragsstrafe insbesondere dann, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und dessen Folgen für den Vertragspartner steht. Dies ist der Fall, wenn die Höhe der Vertragsstrafe nicht an das Gewicht des Vertragsverstoßes anknüpft. Die unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere in der Gefahr, dass die eigenen Vertragsansprüche aufgezehrt werden, außer Verhältnis zum Schaden des Verwenders stehen und ihm – dem Verwender – sogar eine von dem Sachinteresse nicht mehr gedeckte Geldquelle eröffnen kann (BGH NJW 1997, 3233 (3234)). 41

(a) Der Schaden der Klägerin ist, wenn die zunächst nicht angegebenen Umsätze aufgedeckt werden, gering. Er beschränkt sich auf den bloßen Zinsschaden, da die vertraglich vereinbarte Provision von 1,5 % für die nachträglich aufgedeckten Umsätze regelmäßig – wie auch hier – nachberechnet wird. Darüber hinaus entsteht allenfalls ein zusätzlicher Aufwand, diese Umsätze nachzuberechnen. 42

(b) Die Relation zwischen der Provisionshöhe bei vertragsgrechtem Verhalten und bei vertragswidrigem Verhalten ist, selbst unter Berücksichtigung der legitimen Abschreckungswirkung unverhältnismäßig hoch, da der Provisionsanspruch von 1,5% auf 3,5% erhöht und damit mehr als verdoppelt wird. Dabei kann dahinstehen, ob hier wegen der ungewöhnlichen Gewinnspanne der Beklagten der Gewinn nicht völlig aufgezehrt wird, denn eine einzelfallbezogene Betrachtung hat zu unterbleiben. 43

(c) Darüber hinaus ist die Vertragsstrafe aber auch deshalb unverhältnismäßig, weil unabhängig vom Grad des Verschuldens jeweils die gleiche erhöhte Provision anfallen soll. 44

Bereits bei einer unverschuldeten Falschmeldung ist nach der ersten Alternative der Nr. 3.4 die erhöhte Provision geschuldet. Aber auch im Rahmen der zweiten Alternative sind verschieden gewichtige Vertragsverstöße denkbar, die jeweils ohne Unterschied zu dem erhöhten Provisionsanspruch führen. Der ausbedungene Betrag ist unter Berücksichtigung des typischerweise geringst anzunehmenden Vertragsverstoßes nicht mehr angemessen. 45

3. Unabhängig davon hätte die Klägerin den geltend gemachten Strafanspruch jedoch auch nach § 341 Abs. 3 BGB verloren. 46

Nach dieser Vorschrift kann die Vertragsstrafe nur verlangt werden, wenn der Gläubiger die Leistung als Erfüllung angenommen und sich hierbei vorbehalten hat, die Vertragsstrafe wegen nicht gehöriger Erfüllung zu verlangen.	47
a. Die Klägerin hat die gemeldeten Umsatzzahlen entgegengenommen und das Ergebnis in der jeweilig erteilten Abrechnung verwertet. In dieser Handlung der Klägerin liegt bei der gebotenen objektiven Betrachtung die Erklärung, dass sie die von der Beklagten mitgeteilten Zahlen als richtig ansieht, damit diese Leistung als vertragsgerecht akzeptiert und sie zur Grundlage der Berechnung des eigenen Provisionsanspruchs macht.	48 49
b. Die Klägerin hat keinen Vorbehalt erklärt. Die überreichten Rechnungen für das erste und das zweite Quartal enthalten keine derartigen Vorbehalte. Auch aus dem Parteivorbringen lässt sich kein Anhaltspunkt für einen solchen Vorhalt entnehmen.	50 51
c. Auch wenn der Klägerin diese Regelung unbekannt gewesen sein sollte, tritt der Anspruchsverlust ein. Die fehlende Rechtskenntnis schützt nicht vor dem Verlust des Anspruchs (Gottwald, Münchener Kommentar, 3. Aufl., § 341, Rdn. 5). Auch der Umstand, dass der Klägerin im Zeitpunkt des Zugangs der Meldung der Beklagten möglicherweise vorwerfbar, was aber offen bleiben kann, nicht bekannt war, dass die Zahlen falsch waren, kann sie nicht entlasten (Gottwald, a.a.O., m. w. N.).	52
Der Klägerin war auf ihren Antrag keine Schriftsatzfrist zu bewilligen, § 139 Abs. 5 ZPO, da ihr Gelegenheit gegeben wurde, auf den rechtlichen Hinweis zu reagieren und sie diesbezüglich Ausführungen gemacht hat.	53
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.	54
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	55
Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO.	56