

"Die verschollenen Flaschen"

K stellt Mineralbrunnenerzeugnisse her, die in sog. Brunneneinheitsflaschen abgefüllt und ausgeliefert werden. K ist Mitglied des Verbands Deutscher Mineralbrunnen e.V., der in seiner Satzung "freie Verkehrbarkeit" der Flaschen unter den Mitgliedern vorsieht. Die "Lebensdauer" einer Flasche beträgt 20-30 Umläufe, und die Rücklaufquote nach dem sechsten Umlauf beträgt 3,12%. Die Einheitsflaschen weisen den Einbrand "Leihflasche Deutscher Brunnen" auf und werden von den einzelnen Mitgliedern gekauft, mit individuellen Etiketten und Schraubverschlüssen versehen und mit entsprechendem Inhalt in Umlauf gebracht.

B, ein Getränkegroßhändler, bezog von 2006 bis 2008 Mineralwasser von K. In den der Geschäftsbeziehung zugrundegelegten branchenüblichen AGB von K heißt es u.a.:

"2. *Leergut*. Das zur Wiederverwendung bestimmte Leergut, Lade- und Verpackungsmaterial - insbesondere Kisten, Flaschen und Paletten - werden dem Abnehmer zur bestimmungsgemäßen Verwendung überlassen. Der Abnehmer erwirbt auch bei Hinterlegung von Barpfand daran kein Eigentum. Der Abnehmer ist verpflichtet, auf die Erhaltung des Leergutes alle erforderliche Sorgfalt zu verwenden, Leergutkonten für seine Kunden zu führen und sich durch eine lückenlose und ausreichende Pfanderhebung in den Lieferungsbedingungen abzusichern.

3. *Leergutrückgabe*. Der Abnehmer ist verpflichtet, das Leergut unverzüglich, spätestens 3 Monate nach Auslieferung, dem Brunnen zurückzugeben...

4. *Sicherung des Leergutes*. Zur Sicherung des Eigentums am Leergut und des Anspruchs auf Rückgabe erhebt der Brunnen ein Barpfand in Höhe von z.Zt. 0,15 € pro 0,7 l Flasche.

5. *Ersatzansprüche des Lieferanten*. Für nicht zurückgegebenes Leergut kann der Brunnen den im Zeitpunkt der Abrechnung jeweiligen Wiederbeschaffungspreis fabrikneuen Leergutes (Tagesneupreis) verlangen. Anstelle des Wiederbeschaffungspreises kann der Brunnen die Lieferung gleichwertigen Leergutes fordern."

Während der gesamten Dauer der Geschäftsbeziehung gab B weniger Flaschen zurück als er in gefülltem Zustand bezogen hatte. Das für ihn geführte Leergeldkonto wies unter dem Datum der letzten Rechnung einen Stand von 120.000 nicht zurückgegebenen 0,7 l Flaschen aus. B hat keine entsprechenden Flaschen mehr in Besitz und erklärt, er könne diese auch nicht mehr liefern. Daraufhin beziffert K in einem Schreiben an B vom 2.3.2009 seinen Schaden auf 42.000 €, wobei der Neupreis mit 0,35 € anzusetzen ist. Unter Abzug des Pfandbetrags von 18.000 € macht K einen Anspruch in Höhe von 24.000 € geltend. Zu Recht?

Lösungsskizze

A. Entstehen eines Schadensersatzanspruchs des K gegen B auf Zahlung von 24.000 €

I. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 5 AGB

1. Einbeziehung

a) § 305 II BGB

gem. § 310 I 1 BGB nicht anwendbar gegenüber Unternehmern
hier: beide Parteien als Kaufleute gem. § 1 II 1 HGB jedenfalls Unternehmer gem. § 14 I BGB

b) §§ 145 ff. BGB

Parteien haben sich auf Einbeziehung geeinigt

2. Überraschende Klausel gem. § 305c I BGB

wegen Branchenüblichkeit nicht gegeben
mögliche Unbilligkeit der Klausel genügt nicht

Palandt-Grüneberg, § 305c, Rn. 3

3. Unwirksamkeit von § 5 AGB gem. § 307 I 1 BGB

a) Vertragsstrafe (§ 309 Nr. 6 BGB)

§ 309 BGB ist gem. § 310 I 1 BGB nicht direkt anwendbar, aber gem. S. 2 zu berücksichtigen, Indiz für die Unwirksamkeit im kaufm. Verkehr, BGHZ 103, 328

Wortlaut nicht einschlägig

i.ü. auf den Verkehr zwischen Unternehmern nach h.M. nicht anwendbar

Palandt-Grüneberg, § 309, Rn. 38

b) Abschneiden des Nachweises eines wesentlich niedrigeren Schadens (§ 309 Nr. 5b BGB)

neben möglichem Vertragsstrafencharakter (-> kein § 309 Nr. 6 BGB, s.o.) steht gleichwertig Gedanke der Schadenspauschalierung
"wesentlich" i.d.R. bei 10% Abweichung
Flaschen unterliegen Verschleiß, Durchmischung würde Einwand begründen, dass Schaden wesentlich geringer als Neuwert ist
§ 309 Nr.5b BGB gilt auch im Verkehr zwischen Unternehmern

BGH, NJW 1994, 1068

c) Pauschale übersteigt den Schaden nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge (§ 309 Nr. 5a BGB)

20-30 Umläufe, Durchmischung alte/neue Flaschen

OLG Köln, NJW-RR 1988, 373, 375, OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 371, OLG Braunschweig, NJW-RR 1996, 566

d) Vorteilsausgleichung "neu für alt" als "tragender Grundsatz des Schadensersatzrechts"

Pauschalierung zum Neuwert kommt einseitig dem Klauselverwender zugute

Großhandel kann Kosten für neues Leergut nicht auf Abnehmer abwälzen, da von diesen üblicherweise nur geringerer Pfandbetrag verlangt werden kann

OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 370, 372; Martinek, JuS 1989, 268, 273;

a.A. Trinkner, BB 1984, 1455, 1456 f., Weber, NJW 2008, 948

Unwirksamkeit der Regelung der Schadenshöhe erfaßt Klausel im ganzen (§ 306 I BGB), auch im kaufmännischen Verkehr

BGHZ 92, 315

4. Zwischenergebnis

Schadensersatzanspruch ergibt sich nicht aus § 5 AGB, da unwirksam

II. Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 283 S.1 BGB

1. Schuldverhältnis

liegt vor

2. Befreiung von einer Leistungspflicht, §§ 283 S.1, 275 BGB

a) Leistungspflicht

aa) Rückgabepflicht aus Leihvertrag, § 604 I BGB

Kein Abschluß Leihvertrag über Flaschen

Parteien wollen nicht Rückgabe *derselben* Flaschen

bb) Rückerstattungspflicht aus Sachdarlehensvertrag, § 607 I 2 BGB

(Verpflichtung zur) Eigentumsverschaffung an vertretbaren Sachen i.S.v. § 91 BGB

Flaschen unabhängig von Schicksal des Inhalts, da nicht wesentliche Bestandteile i.S.d. § 93 BGB

aber: K behält sich Eigentum vor, § 2 AGB, spricht dies gegen Sachdarlehensvertrag?

§§ 133, 157 Auslegung - Erforschung des wirklichen Willens, bei Verträgen Feststellung des objektiven Erklärungswerts des Verhaltens aus Sicht des Erklärungsempfängers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte

Ev angesichts der tatsächlichen Abläufe, des rechtlichen Umfelds und tatsächlichen Geschäftsgebahrens als "protestatio facto contraria" unbeachtlich

BGH NJW 1956, 298; OLG Köln ZIP 1980, 1098; OLG Celle, BB 1967, 778; LG Darmstadt, ZIP 1980, 113 f., BGH, NJW 2007, 2913

Rücklaufquote gering - auch Handelsstufen nehmen "Durchgangserwerb" an, Flaschen nur der Gattung nach betrachtet, auch einzelner Hersteller begnügt sich mit Rückgabe von Flaschen gleicher Art und Güte

Keine ausreichende Individualisierung zugunsten bestimmten Brunnens

Verbleib nicht jederzeit eindeutig klärbar (sog. Einheitsflaschen)

BGH, NJW 2007, 2193, OLG Köln, ZIP 1980, 1098, 1100

mangels dauerhafter Kennzeichnung liegen keine sog. Individualflaschen vor
Palandt-Bassenge, Überbl. v. § 1204, Rn. 7
Einbrand nur zugunsten des Verbandes
Deckel und Etiketten leicht zu entfernen
selbst wenn Etiketten haften bleiben: individuelle Etiketten und Schraubverschlüsse werden nach Verkehrsanschauung nicht als ausreichendes Individualisierungsmerkmal anerkannt, wie sich auch aus geringer Rücklaufquote ergibt (3,12%)

Auch Weitergabe des "Eigentumsvorbehalts" an nachgelagerte Handelsstufen nicht durchführbar
anders, wenn Einbrand in Flasche, etwa Bodenprägung „F“ für Mineralbrunnen
a.A. OLG Köln, NJW-RR 1998, 373, 375, Weber, NJW 2008, 948

Folge: Durch Vermengung §§ 948 I, 947 I, 1008, 741 ff. BGB kommt es zwangsläufig zu einem Eigentumsverlust des einzelnen Herstellers

→ Miteigentum nach Bruchteilen

Auseinandersetzung durch alle Miteigentümer erforderlich
Eigentumslage kaum überschaubar
Brunnen könnte selbst nicht Volleigentum vermitteln
allenfalls bei Eigentumsübertragung durch Mitglieder an Verband wäre Eigentumslage klarer und durchsetzbar, da Einbrand nicht ablösbar
hier aber nicht erfolgt, Hersteller konnten sich darauf nicht einigen, Mitglieder kaufen Flaschen

Aber: "individualisiertes Einheitsleergut" einer organisierten Herstellergruppe anders zu behandeln als "standardisiertes"?

Mitglieder als Miteigentümerschaft i.S.d. §§ 1008, 741 ff. BGB, Anteile unerheblich

keine Eigentumsübertragung an Verband, aber Ermächtigung zur Geltendmachung der Eigentumsrechte
SchuldR: nicht Leihe, da nicht dieselben Flaschen zurückzugeben, aber leiheähnliche Gebrauchsüberlassung sui generis

Kollhoser/Bork, BB 1987, 909, 913; OLG München, GRUR 1980, 1010 f.

Vereinbarung "freier Verkehrbarkeit" als schlüssige Vereinbarung eines modifizierten Teilungsverfahrens i.S.d. §§ 749, 752 BGB, das den einzelnen berechtigt, durch Aussonderung einer Teilmenge und Begründung von Alleineigentum daran aus Gemeinschaft auszuscheiden

Schäfer/Schäfer, ZIP 1980, 656, 660

nach a.A. beinhaltet "freie Verkehrbarkeit" eher das Gegenteil einer Teilung/Aufhebung

Martinek, JuS 1989, 272

"objektiver Erklärungswert" des Verhaltens: § 929 S. 1 BGB

Inverkehrbringen in unter Eigentumsgesichtspunkten nicht kontrollierbaren Handel

a.A. OGHBrZ, NJW 1950, 345, 346: wegen ausdrücklicher Klausel Umdeutung in "darlehnsähnliche Gattungsschuld" als vertragliche Nebenpflicht (->

Klausel wäre ist auf ein unmögliches und unzulässiges Verhalten gerichtet, der Eigentumsvorbehalt ist daher unwirksam.

BGH, NJW 2007, 2193

Es liegt ein Sachdarlehensvertrag vor.

cc) Fälligkeit der Leistungspflicht

Zi. 3 AGB als Zeitbestimmung iSv § 608 I BGB

Aufforderung durch K zum Ausgleich des Leergutkontos als Kündigung (§ 608 II BGB)

Fälligkeit der Leistungspflicht i.ü. keine Voraussetzung für Anspruch aus §§ 280 I, III, 283 S.1 BGB, da § 283 S.2 BGB nicht auf § 281 I 1 BGB verweist.

Alternativen:

Kaufvertrag über Flaschen mit Rückverkaufsverpflichtung des B an K aus einem zweiten Kaufvorvertrag, der parallel zum anderen Kaufvertrag anzunehmen ist

„Barpfand“ wäre aber dann kein Pfand mehr, sondern Kaufpreis für Rückkauf

Ba-Ro/Sosnitza, § 1204, Rn. 25, Soergel/Habersack, § 1204, Rn. 33

Kaufvertrag mit Rückverkaufsoption

Grund: tatsächlicher Ablauf entspricht nicht Pfand

Aber: es ist Hersteller nicht egal, ob er Flaschen zurückbekommt oder Geldersatz, daher bloße Rückkaufsverpflichtung ohne -anspruch nicht anzunehmen

bei bloßer Option auch kein SchEanspruch, da keine Rückgabeverpflichtung des B

b) Nachträgliche Unmöglichkeit, §§ 283, 275 BGB

B hat keine entsprechenden Flaschen mehr in Besitz, daher subjektive Unmöglichkeit nach § 275 I BGB

zumindest § 275 II 1 BGB, da grob unverhältnismäßiger Aufwand der Beschaffung, Einrede insoweit erhoben

hier keine (ergänzende) Auslegung einer Einschränkung der Beschaffungspflicht angesichts des klaren Wortlauts von § 5 AGB, der deutlich macht, dass K Leergut in gleichem Umfang zurück haben möchte

OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 371

c) Zwischenergebnis

somit Befreiung von Leistungspflicht

3. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

SchE statt der Leistung bei Vertretenmüssen

B hätte für ausreichenden Flaschenbestand sorgen müssen

letztlich Beweislast für fehlendes Vertretenmüssen bei Schuldner (§ 280 I 2 BGB)

Anspruch auf Surrogat § 285 anzurechnen, aber „geschuldeter Gegenstand“ = weiterhin nur auf Stückschulden anwendbar

Palandt-Grüneberg, § 285, Rn. 5

daher Anspruch auf SchE gegeben

4. Schadenshöhe §§ 249 ff. BGB

Gem. § 306 II BGB gilt gesetzliche Regelung

§ 251 I, II BGB

Erwerb neuer Flaschen unverhältnismäßig, da 100% über Durchschnittswert
Erwerb gebrauchter Flaschen schwierig, da kein Markt

Schätzung gem. § 287 I ZPO

Zu unterstellen, daß überlassenes Pfandgut von mittlerer Art und Güte
Bei linearer Abschreibung Wert von Flaschen, die Hälfte der Umlaufzeit hinter sich gebracht, also 50% des Neuwerts

OLG Köln, NJW-RR 1988, 376, OLG Karlsruhe, NJW-RR 1988, 373: 80% des Neuwerts;

Martinek, JuS 1989, 274: Pfandwert zugrundelegen

K hat seinen Schaden auf 42.000 € beziffert, 50% davon sind 21.000 €.

5. Zwischenergebnis

Zugunsten des K ist danach zunächst ein SchEanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 S.1 BGB in Höhe von 21.000 € entstanden.

III. Schadensersatzanspruch gem. §§ 989, 990 BGB

Mangels Vindikationslage §§ 985, 986 BGB nicht gegeben.

B. Erlöschen des Anspruchs

I. Teilweises Erlöschen gem. § 1247 S. 1 BGB

1. Bestellung PfandR, §§ 1204 ff. BGB

zu sichernde Forderung: Rückerstattungsanspruch bzgl. Flaschen aus § 607 I 2 BGB
PfandR hier aber ausgeschlossen, da B Eigentümer des Geldes werden soll

2. Bestellung eines unregelmäßigen PfandR analog §§ 1204 ff. BGB

Sicherungsnehmer erhält Verwendungsbefugnis oder sofort Eigentum, muß gattungsmäßig bestimmte Gegenstände zurückerstatten, §§ 1204 ff. BGB analog anzuwenden
Bei Geld: „Barkautions“, hM: unregelmäßiges Pfand (= Verwendung durch Gl., Rückgabe gleichartiger Sachen)

Palandt-Bassenge, Überbl. v. § 1204, Rn. 5

a.A. Bei Eigentumsüberlassung kein unregelmäßiges Pfand, sondern Sicherungsdarlehn,

MüKo-Dammann, § 1204 Rn. 9

Aus der Sicherungsabrede ergibt sich dann ein schuldrechtlicher Rückforderungsan-

spruch nach Befriedigung, s.u.

3. Unwirksamkeit analog § 1229 BGB

Ratio: Schutz des Schuldners davor, im Fall der Nichtbefriedigung in den endgültigen Verlust der Pfandsache einzuwilligen
Auch beim unregelmäßigen Pfand anwendbar

Staudinger-Wiegand, § 1204 Rn. 59

Hier: konkludent vereinbart, daß Pfandsumme dem K bei Nichtrückgabe der Flaschen ohne weiteres verbleiben soll (sog. Verfallvereinbarung).

Zweck der Verhinderung der Einwilligung in vorzeitigen Verlusts des Pfands

schuldR Rückforderungsanspruch gefährdet
Unwirksamkeit würde Pflicht zur Rückzahlung der Differenz von Kautions und Schaden begründen, falls Kautions höher

Martinek, JuS 1987, 519

a.A. Da sowieso kein Verfahren nach §§ 1228 ff BGB abgewickelt wird, sondern Gläubiger zu erzielenden Betrag von vornherein als Eigentümer in Händen hat, soll Verfallklausel hier zulässig sein

Erlöschen der Forderung analog § 1247 BGB

Palandt-Bassenge., § 1229 Rn. 1, Schmitz, JA 1993, 73, 80; MüKo-Dammann, § 1229 Rn. 7

(i.E. ebenso BGH, NJW 2007, 2913 - Anrechnung des Pfandbetrags auf den Schadensersatzanspruch, ohne allerdings § 1247 S.1 BGB anzusprechen)

Denkbar wäre auch eine Aufrechnung des B gegen den Schadensersatzanspruch des K mit einem Rückforderungsanspruch aus § 1223 BGB analog. Strittig ist dann die Gleichartigkeit der Forderungen, die aber von der h.M. bejaht wird.

Palandt-Bassenge, § 1223, Rn. 1.

(a.A. Staudinger-Wiegand, vor § 1204, Rn. 56, der eine Aufrechnung nur bei Konnexität zulassen will)

II. Teilweises Erlöschen durch Verrechnung gem. Sicherungsabrede

Flaschenpfand als Sicherungsdarlehen
Unverzinsliches Darlehen + Sicherungsabrede, aus der sich ein Rückforderungsanspruch nach Befriedigung gibt. Bei Nichtrückgabe Verrechnung mit entstandener Ersatzforderung

Kollhosser/Bork, BB 1987, 909, 911; MK-Damrau, § 1204 Rn. 8

§ 1229 BGB hier nicht anwendbar

MK-Damrau, § 1229 Rn. 7

III. Weitere Lösungsmöglichkeiten

1. Vertragsstrafeversprechen, § 339 BGB

Pfandabrede als Vertragsstrafeversprechen gem. § 339 BGB und Barkautionszahlung als Vorauszahlung der Vertragsstrafe unter aufschiebender Bedingung der Nichtrückgabe

Elektive Konkurrenz, bei Wahl Schadensanspruch Vertragsstrafe als Mindestschaden, § 340 II BGB

Staudinger-Wiegand, § 1204 Rn. 59

aber: Vertragsstrafeversprechen begründet neue Forderung, während Verfallsklausel nur Rückforderungsanspruch entfallen lässt
im Voraus bezahlt: gleiche Situation wie Barkautionszahlung,

unzulässige Umgehung von § 1229 BGB, Rückforderungsanspruch wird automatisch entzogen

2. Aufschiebend bedingte Schadensersatzverpflichtung mit vorweggenommener SchEistung

Es steht noch gar nicht fest, ob und wie hoch Schaden eintritt, daher primär Sicherungszweck – wohl nicht gewollt

Kollhosser/Bork, BB 1987, 910 f.

IV. Zwischenergebnis

SchEanspruch in Höhe des Pfandbetrags von 18.000 € erloschen. Es verbleibt ein Schadensanspruch in Höhe von 3.000 €.

C. Endergebnis

K hat gegen B einen Zahlungsanspruch gem. §§ 280 I, III, 283 S.1 BGB in Höhe von 3000 €.