

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 135/63

URTEIL

Verkündet am

6. Oktober 1965

Wüst,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts Max B [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]  
[REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Otto R [REDACTED], B [REDACTED], H [REDACTED]  
[REDACTED] Allee [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Mai 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und seine Ehefrau verkauften ihre in B-  
N-  
H-gelegene Gaststätte "Zur B-  
" durch Vertrag vom 27. September 1958 an Frau Irma  
D- und Frau Charlotte S- zum Preise von DM 84.000.  
Die §§ 7 und 8 des Kaufvertrages lauten:

"§ 7 Sollte die Erfüllung dieses Vertrages durch Verschulden einer Partei unterbleiben, so ist die schuldhafteste Partei verpflichtet, eine Vertragsstrafe von DM 5.000,-- zu zahlen.

§ 8 Die Verkäufer, die Eheleute Otto und Gerda R-, verkaufen die Gaststätte "Zur B-" nur unter der Voraussetzung, daß die Käuferinnen den Eheleuten R- diese Gaststätte als Aufstellplatz für Musikboxen, Spielgeräte ... und Münzautomaten jeder Art für die Laufzeit von 10 Jahren belassen. Die Käuferinnen übernehmen die Gewähr, daß die Gaststätte als Aufstellplatz für die obengenannten Geräte der gegenwärtig bekannten Art, aber auch als Aufstellplatz aus-

- 3 -

schließlich den Eheleuten R. verbleibt. Die Käuferinnen werden über die jetzt bestehenden Geräte besondere Aufstellverträge mit Unterzeichnung des Kaufvertrages tätigen.

Die Käuferinnen werden bei einer Weiterverfügung über das Geschäft in irgendeiner Art die Eheleute R. vor Abschluß des Vertrages mit einem anderen Interessenten hinzuziehen und ohne Einwilligung der Eheleute R. eine Weiterverfügung dieser Art nicht treffen ...

Im Falle einer Veräußerung oder Verpachtung des Geschäftes durch die Käuferinnen werden sie dem neuen Käufer bzw. Pächter die gleiche Verpflichtung in schriftlicher Form auferlegen. Übernehmen die neuen Käufer diese Verpflichtung nicht in schriftlicher Form für die Dauer von 10 Jahren im Falle des Inhaberwechsels der Gaststätte - sei es aufgrund Kauf- oder Pachtvertrages - so daß der Aufstellplatz den Eheleuten R. 10 Jahre lang konkurrenzlos erhalten bleibt, so haften die Käuferinnen für jeden Schaden, der den Eheleuten R. durch die Nichtausnutzung des Aufstellplatzes entsteht.

Zur Sicherheit für alle Ansprüche, die aus der Verletzung dieser Verpflichtung entstehen, behalten sich die Eheleute R. anlässlich der Veräußerung das Eigentum an 17 Tischen, 3 Stehtischen, 1 Stammtisch, 80 Stühlen vor. ...

Die Aufstellverträge werden mit der Maßgabe geschlossen, daß die Käuferinnen als Inhaber der Gaststätte und ihre etwaigen Rechtsnachfolger folgende Entschädigung erhalten: Für Spielgeräte 45 % des Kasseneinhalts. Für die Musikbox erhalten sie lediglich das Stromgeld. ...

Falls der Aufstellvertrag von den Käuferinnen nicht geschlossen wird, behalten sich die Verkäufer das Rücktrittsrecht von diesem Vertrage vor."

Unter dem Datum des 17. September 1958 hatte der Kläger mit den Käuferinnen außerdem zwei Formularverträge über die Aufstellung eines Musikautomaten und zweier Spielautomaten abgeschlossen, die folgende besonders hinzugefügte "Besondere Vereinbarungen" enthalten:

"Dieser Aufstellvertrag ist geschlossen worden aufgrund des vor der L.-B.-Brauerei geschlossenen Kauf-



vertrages über die Gaststätte "Zur B[REDACTED]" in B[REDACTED]-N[REDACTED], H[REDACTED]. Er war wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages mit der Verpflichtung, daß der Vermieter verpflichtet ist, 10 Jahre lang den Aufstellplatz dem Aufsteller zu erhalten, und daß er bei einem Inhaberwechsel des Lokals verpflichtet ist, den neuen Inhaber in diese Verpflichtung miteintreten zu lassen.

Falls dieser Aufstellvertrag verletzt wird, ist der Aufsteller berechtigt, von seinem Eigentumsvorbehalt bezüglich des überlassenen Mobiliars lt. Kaufvertrag Gebrauch zu machen.

Bei Verletzung der Pflicht zur Erhaltung des Aufstellplatzes während der Laufzeit von 10 Jahren unterwirft sich der Vermieter einer Vertragsstrafe in Höhe von DM 5.000,--. Die weitergehenden Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung sowie der Anspruch auf Einhaltung des Aufstellvertrages auf die Dauer von 10 Jahren werden ausdrücklich aufrecht erhalten.

Funktionsstörungen, insbesondere die nicht unverzügliche Beseitigung von Funktionsstörungen geben dem Vermieter kein Recht zur Kündigung des Vertrages.

Umfang und Art des Plattenwechsels bestimmt ausschließlich der Aufsteller."

Am 27. April 1961 verkauften Frau D[REDACTED] und Frau S[REDACTED] mit Zustimmung des Klägers die Gaststätte "Zur B[REDACTED]" an den Beklagten. Auf die im Besitz des Klägers befindlichen Exemplare der drei Verträge vom 17. bzw. 27. September 1958 setzte der Beklagte handschriftlich den folgenden, von ihm selbst unterschriebenen Zusatz:

"Mit Wirkung vom 1.5.1961 trete ich in diesen Vertrag ein. Frau Irma D[REDACTED] und Frau Charl. S[REDACTED] sind mit gleichem Tage von denselben entbunden."

Der Beklagte betrieb zu dieser Zeit unter der Bezeichnung "La P[REDACTED]" drei Hähnchenbratereien, in denen Brathähnchen und Hühnerfleischgerichte verabreicht sowie rohe Hähnchen verkauft wurden.

Vom 1. bis 11. Mai 1961 hielt der Beklagte die Gaststätte geschlossen und stellte das Bierlokal auf eine Hähnchenbraterei um. Er änderte die Gesamteinrichtung entsprechend ab, ließ u.a. einen Bratofen in die Theke einbauen, wechselte die vorhandenen Stehtische gegen Sitztische aus, änderte die Aufstellung der Tische und ließ einen neuen Fußbodenbelag verlegen. Der Musikautomat wurde aus dem Gastzimmer entfernt und in einem unzugänglichen Hinterzimmer abgestellt. Außerdem wurde das Spezialkabel zum Lautstärkeregler an der Theke durchgeschnitten.

Durch die vom Kläger erwirkte einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 27. Mai 1961 - 61 Q 1/61 - wurde dem Beklagten aufgegeben, den ungestörten Betrieb des Musikautomaten auf dem bisherigen Aufstellplatz zu gestatten und den ungehinderten Zugang zu den Geldspielautomaten nicht durch die Anordnung des Inventars zu erschweren. Am 2. Juni 1961 kam der Beklagte der einstweiligen Verfügung bezüglich des Musikautomaten nach. Den ungehinderten Zugang zu den Spielautomaten stellte er erst Ende Februar 1962 her, nachdem 2 Straffestsetzungsbeschlüsse gegen ihn ergangen waren.

Der Kläger verlangt vom Beklagten Zahlung der Vertragsstrafe von DM 5.000.

Er hat behauptet, sämtliche Beteiligten seien beim Verkauf an den Beklagten davon ausgegangen, die Gaststätte werde auch vom Beklagten als Bierlokal betrieben. Die Veränderung des Charakters der Gaststätte sei eine Verletzung des Aufstellvertrages und löse die Vertragsstrafe aus, weil der Vertrag nicht allein das Recht zur Aufstellung von Spielautomaten in den Räumlichkeiten zum Inhalt habe, sondern das weitergehende Recht zur Aufstellung in einer Gaststätte des bei Vertragschluß vorhandenen Charakters. Für die Rentabilität der Spielautomaten sei die Art eines Lokals von ausschlaggebender Bedeutung. Das in einer B[RECHEN] verkehrende Publikum habe für Spielauto-

maten erheblich mehr Interesse als die Gäste eines Speiselokals.

Überdies verlangt der Kläger noch DM 1.100 Schadensersatz und zwar DM 292,57 für die Außerbetriebsetzung des Musikautomaten in der Zeit vom 1. Mai bis 2. Juni 1961 und einen Teilbetrag von DM 807,43 wegen Minderung der Einspielergebnisse der beiden Spielautomaten durch die Umgestaltung der Gaststätte. Für den Fall, daß sein Vertragsstrafenanspruch nicht oder nur zum Teil als begründet angesehen werde, hat der Kläger seine Forderung mit dem Schadensersatzanspruch wegen Minderung der Einspielergebnisse aus den Spielautomaten in Höhe von DM 4.107,60 begründet.

Der Kläger hat beantragt,  
den Beklagten zu verurteilen, an ihn DM 6.100  
nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Juni 1961 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen,  
hilfsweise,  
die Vertragsstrafe herabzusetzen.

Er hat bestritten, daß bei Abschluß des Vertrages zwischen den Beteiligten Übereinstimmung darüber bestanden habe, daß der Charakter der Gaststätte als Bierlokal erhalten bleiben müsse, und behauptet, daß die Verkäuferinnen von seinem Vorhaben, in dem Lokal eine Hähnchenbraterei einzurichten, unterrichtet gewesen seien. Er ist der Ansicht, daß § 8 des Kaufvertrages dem Kläger lediglich das alleinige Recht zur Aufstellung von Automaten garantiere, ihm jedoch nicht ein Bestimmungsrecht über den Charakter des Lokals einräume. Im übrigen hat der Beklagte die Höhe des Schadens bestritten und ausgeführt, daß die Einspielergebnisse von Automaten allgemein zurückgegangen seien, weil der Reiz der Neuheit inzwischen geschwunden sei.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Urteil vom 5. Juni 1961 verurteilt, an den Kläger DM 126,70 nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Juni 1961 zu zahlen, und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Landgericht hat dem Kläger für die Außerbetriebsetzung des Musikautomaten nur für die Zeit vom 12. bis 31. Mai 1961 einen Schadensersatzanspruch zugebilligt; hinsichtlich der weiteren Ansprüche hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil der Beklagte durch die Verträge nicht gehindert gewesen sei, den Charakter der Gaststätte grundlegend zu verändern. Mit der Berufung hat der Kläger die Klageforderung um einen weiteren Teilbetrag von DM 126,70 als Schadensersatz für die Minderung der Einspielergebnisse der beiden Spielautomaten erhöht.

Das Kammergericht hat nach Vernehmung von Zeugen den Beklagten verurteilt, an den Kläger DM 6.100 nebst 4 % Zinsen von DM 5.000 seit dem 23. März 1962 und von weiteren DM 1.100 seit dem 17. Oktober 1962 zu zahlen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag aus dem Berufungsrechtszug, die Berufung zurückzuweisen, weiter.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet den Anspruch des Klägers in Höhe von DM 5.000 als verwirkte Vertragsstrafe, in Höhe der darüber hinaus geltend gemachten DM 1.100 als Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung der vertraglichen Pflichten für begründet.

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe die im Zeitpunkt seines Erwerbs der Gaststätte aus den Verträgen vom 17. und 27. September 1958 gegenüber dem Kläger noch bestehen-

den und zu erfüllenden Verpflichtungen der Zeuginnen D [REDACTED] und S [REDACTED] im Wege der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB mit Wirkung vom 1. Mai 1961 übernommen. Diese rechtliche Beurteilung begegnet keinen Bedenken, sie ist von der Revision auch nicht angegriffen worden.

II. Das Berufungsgericht legt weiter dar, die Aufstellverträge und der Kaufvertrag bildeten eine Vertragseinheit, aus der sich ergebe, daß die Rechtsvorgängerinnen des Beklagten und damit auch der Beklagte selbst verpflichtet seien, die Gaststätte dem Kläger noch 10 Jahre als Aufstellplatz für Automaten zu erhalten, und deshalb gehindert gewesen seien, die Gaststätte zu schließen, in ein Ladengeschäft umzuwandeln oder auch den Charakter der Gaststätte so zu verändern, daß die aufgrund des bisherigen Besucherkreises erzielten Einnahmen aus den Automaten wesentlich beeinträchtigt würden.

1. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind der Kaufvertrag vom 27. September 1958 und die beiden Aufstellverträge vom 17. September 1958 einer isolierten Beurteilung nicht zugänglich. Dies folge einerseits aus § 8 Abs. 1 des Kaufvertrages, in dem die Belassung der Gaststätte als Aufstellplatz für Automaten des Klägers auf die Dauer von 10 Jahren vereinbart worden sei und die Käuferinnen sich zum Abschluß besonderer Aufstellverträge mit dem Kläger verpflichtet hätten; andererseits komme dies in den "Besonderen Vereinbarungen" der Aufstellverträge zum Ausdruck, wo es heiße: "Er (d.h. der Aufstellvertrag) war wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages". Auch in anderen Punkten deckten sich beide Verträge. So sei in beiden Verträgen die auf 10 Jahre befristete mietweise Belassung der Gaststätte als Aufstellplatz, die Höhe des Mietzinses mit 45 % der Einspielergebnisse, sowie die Übereignung des Gaststättenmobiliars zur Sicherung von Ansprüchen wegen Vertragsverletzungen des Auf-

stellvertrages vereinbart worden. Der auf die Wechselwirkung der beiden Verträge gerichtete Parteiwille sei besonders darin zum Ausdruck gekommen, daß in den "Besonderen Vereinbarungen" der Aufstellverträge vereinbart worden sei, die Aufstellverträge sollten als wesentlicher Bestand des Kaufvertrages gelten. Auf die Daten der Verträge komme es nicht an, weil, wie in der mündlichen Verhandlung geklärt worden sei, die Daten lediglich den Zeitpunkt der Unterschriftsleistung bezeichneten, nicht aber den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Diese im wesentlichen tatrichterliche Würdigung begegnet keinen Bedenken, sie wird auch von der Revision nicht angegriffen.

2. Das Berufungsgericht legt weiter dar, bei einem so engen tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang müsse vernünftigerweise auch davon ausgegangen werden, daß durch die gegenseitige Bezugnahme ein bestimmter Zweck von den Vertragsparteien gewollt und beabsichtigt gewesen sei. Denn es entspreche nicht der Lebenserfahrung, daß bei einem Verkauf einer Gaststätte so ins einzelne gehende Vereinbarungen getroffen würden, wenn außer dem Kaufvertrag noch zusätzlich ein Aufstellvertrag über die im Lokal befindlichen Automaten abgeschlossen werde. Hinzu komme, daß in den "Besonderen Vereinbarungen" der Aufstellverträge ein Vertragsstrafenversprechen vereinbart worden sei, das über die in § 7 des Kaufvertrages getroffene Vertragsstrafenvereinbarung hinausgehe; denn in den "Besonderen Vereinbarungen" heiße es: "Bei Verletzung der Pflicht zur Erhaltung des Aufstellplatzes während der Laufzeit von 10 Jahren unterwirft sich der Vermieter einer Vertragsstrafe in Höhe von DM 5.000. Die weitergehenden Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzung sowie der Anspruch auf Einhaltung des Aufstellver-

trages auf die Dauer von 10 Jahren werden ausdrücklich aufrechterhalten". Diese Vereinbarung, die nach dem Willen der damaligen Vertragsparteien ebenfalls wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrages geworden sei, lasse erkennen, daß dem Aufstellvertrag und damit der Übernahme der Verpflichtung aus § 8 des Kaufvertrages besonderes Gewicht beigelegt worden sei. Die von den ersten Erwerberinnen D [REDACTED] und S [REDACTED] zu erbringende Gegenleistung habe deshalb nicht nur in der Zahlung des in § 1 des Kaufvertrages genannten Betrages von DM 84.000, sondern darüber hinaus in der Übernahme der in § 8 des Kaufvertrages niedergelegten Verpflichtung bestanden, weil diese Verpflichtung für den Kläger einen realisierbaren Geldwert gehabt habe. Sinn und Zweck des Vertrages sei also gewesen, daß die Gaststätte dem Kläger noch 10 Jahre als Aufstellplatz für seine Automaten bleibe, damit er neben der Barzahlung von DM 84.000 durch seine Automaten noch 10 Jahre lang Gewinne aus der Gaststätte erzielen könne. Die Käuferinnen seien deshalb gehindert gewesen, die Gaststätte z.B. zu schließen oder in ein Ladengeschäft umzuwandeln, hätten sie nicht die Vertragsstrafe verwirken und sich darüber hinaus einem Schadensersatzanspruch aussetzen wollen. Es sei ihnen aber auch untersagt gewesen, die Gaststätte so zu verändern, daß die aufgrund des bisherigen Besucherkreises erzielten Einnahmen aus den Automaten wesentlich beeinträchtigt würden. Die Richtigkeit dieser Auffassung werde auch durch den Kaufvertrag bestätigt; dort heiße es in § 8 Abs. 1: "Die Verkäufer ... verkaufen die Gaststätte "Zur B [REDACTED]" nur unter der Voraussetzung, daß ... diese Gaststätte als Aufstellplatz ... belassen" werde. Damit habe zum Ausdruck gebracht werden sollen, daß der Kläger sich einen Aufstellplatz in einem Bierlokal, wo der Besucherkreis erfahrungsgemäß von den dort aufgestellten Geldspielautomaten regen Gebrauch mache, sichern wolle. Die Erwerberinnen D [REDACTED] und S [REDACTED] seien dieser

Verpflichtung auch nachgekommen; sie hätten die Gaststätte "Zur B[REDACTED]" so weitergeführt, wie sie vom Kläger bis zum Verkauf geführt worden sei. Der Beklagte sei deshalb gehalten gewesen, den Charakter der Gaststätte als Bierlokal zumindest im wesentlichen zu erhalten. Eine Hähnchenbraterei habe mit einer B[REDACTED] nichts mehr gemeinsam. Sie sei als Speiseloal in ihrer wirtschaftlichen Struktur völlig anders geartet. Gleichermäßen verschieden sei auch das Publikum. Während die Besucher einer B[REDACTED] Unterhaltung in jeder Form suchten und daher bei ihnen für Spielautomaten jeglicher Art besonderes Interesse vorhanden sei, bestehe bei den Gästen eines Speiselokals eine völlig andere Ausrichtung und Einstellung. Für diesen Besucherkreis sei in erster Linie der Verzehr von Speisen, deren Qualität und Auswahl von Bedeutung; für eine Unterhaltung mittels Spielautomaten und ähnlichen Einrichtungen habe dieser Besucherkreis erfahrungsgemäß kaum oder recht wenig Interesse. Durch die Umwandlung der B[REDACTED] in eine Hähnchenbraterei habe der Beklagte von sich aus die Einspielergebnisse der Automaten des Klägers ungünstig beeinflusst. Es gehe aber nicht an, daß ein Schuldner Wert oder Höhe der von ihm zu erbringenden Leistung ohne Vereinbarung mit dem Gläubiger einseitig herabsetze.

3. Die gegen diese Auslegung des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

a) Entgegen der Auffassung der Revision ist diese Auslegung der Individualverträge rechtlich möglich. Es begegnet keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht zur Unterstützung seiner Auffassung den § 8 Abs. 1 des Kaufvertrages heranzieht und daraus folgert, es habe ein Aufstellplatz in einem Bierlokal der Art zur Verfügung gestellt werden müssen, wie es bisher betrieben worden sei. Ob unter dem in dem Kaufvertrag verwendeten Begriff "Gaststätte" für sich allein auch

eine "Hähnchenbraterei" verstanden werden kann, wie die Revision meint, kann dahinstehen; denn das Berufungsgericht hat seinen Schluß nicht aus diesem Begriff allein, sondern aus dem Zusammenhang der Verträge und der Gesamtregelung des Rechts zur Aufstellung von Automaten gezogen. Daher war das Berufungsgericht auch nicht genötigt, wie die Revision meint, das Verbot einer Änderung des Aufstellplatzes auf die Schließung der Gaststätte oder die Umwandlung in ein Ladengeschäft zu beschränken.

b) Die Revision trägt weiter vor, die Auslegung, die das Berufungsgericht den Verträgen gebe, ~~beschränke~~ beschränke die Handlungsfreiheit der Käufer erheblich ein. Gerade bei der Ausführlichkeit, mit der die Pflichten der Käufer im übrigen in den Verträgen geregelt seien, hätten diese ihren Inhalt nur dahin auffassen können, daß weitere Verpflichtungen, als sie ausdrücklich in den Verträgen enthalten seien, nicht beständen. Mit diesem Vorbringen greift die Revision die grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltene Auslegung der Individualverträge an. Die Auslegung des Berufungsgerichts verstößt nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Auslegungsregeln. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, im Wege der Auslegung zu bestimmen, wie der Aufstellplatz für die Automaten nach dem vertraglich festgelegten Willen der Parteien beschaffen sein sollte. Die Revision geht selbst davon aus, daß der Begriff des Aufstellplatzes im Sinne des Vertrages im Wege der Auslegung inhaltlich näher bestimmt werden müsse; denn sie räumt ein, daß es den Erwerbern jedenfalls verboten sein sollte, die Gaststätte zu schließen oder in ein Ladengeschäft umzuwandeln. Wenn das Berufungsgericht nun darüber hinaus die Verträge dahin auslegt, daß den Erwerbern auch eine Änderung des Charakters der Gaststätte verboten sein sollte, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten

werden. Es ist auch nicht so, daß, wie die Revision vorträgt, eine derartige Beschränkung des Erwerbers eine ausdrückliche Niederlegung der Verpflichtung erfordert hätte. Denn entgegen der Auffassung der Revision legte die im Vertrag vorgesehene Möglichkeit, die Gaststätte zu verkaufen, eine Änderung des Charakters der Gaststätte nicht zwingend nahe. Das Berufungsgericht konnte ohne Rechtsverstoß annehmen, die Parteien seien übereinstimmend von dem Fortbestand der Gaststätte als einem typischen "Bierlokal" ausgegangen und damit auch von der Verpflichtung der Käufer, den Aufstellplatz als einen solchen in einem Bierlokal der bisher betriebenen Art zur Verfügung zu halten.

Es ist aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht in der Einrichtung der Hähnchenbraterei eine wesentliche Änderung des Charakters der Gaststätte sieht. Das hat der Beklagte selbst in seiner Klagerwiderrung vom 17. April 1962 zugestanden und nur die Verpflichtung in Abrede gestellt, den Charakter eines Bierlokals aufrecht zu erhalten. Ob der Bierkonsum sich nicht verringert hat, und ob hinsichtlich der Bierabnahmeverträge mit der Brauerei keine Änderungen eingetreten sind, wie die Revision vorträgt, ist rechtlich unerheblich. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht Parteivortrag nicht beachtet und in seine Würdigung nicht einbezogen hätte.

Schließlich hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler dargelegt, daß diese Änderung der B [REDACTED] in eine Hähnchenbraterei die Einspielergebnisse der Automaten ungünstig beeinflußt habe.

Soweit die Revision rügt, der mit Schriftsatz vom 4. Juni 1962 angetretene Beweis durch Einholung eines Gut-

achtens der Gastwirte-Innung Berlin e.V. sei nicht erhoben worden, übersieht sie, daß sich dieses Gutachten auf die Bedeutung der Ausschließlichkeitsklausel der Automatenaufsteller für die Führung von Gaststätten beziehen sollte, daß diese Frage jedoch angesichts der besonderen Individualregelung des Streitfalles im Wege der Auslegung durch den Tatrichter geklärt werden konnte, es daher eines Gutachtens nicht bedurfte.

Wenn das Berufungsgericht weiterhin die Auffassung vertritt, das Verbot, den Charakter der Gaststätte so zu verändern, daß die Spielautomaten von den Besuchern nicht mehr in dem bisherigen Umfang benutzt würden, verstoße nicht gegen die guten Sitten, der Beklagte habe auch nicht vorgebracht, daß die Gaststätte bei Beibehaltung ihres bisherigen Charakters unrentabel gewesen sei, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

III. Das Berufungsgericht führt weiter aus, wenn der Beklagte vortrage, der Kläger habe gewußt, daß er in dem Lokal eine Hähnchenbraterie errichten wolle, so könne er damit nicht durchdringen. Die Zeuginnen D. [REDACTED] und S. [REDACTED] hätten nicht bekundet, daß der Beklagte ihnen erklärt habe, er wolle die B. [REDACTED] in eine Hähnchenbraterie umwandeln. Sie seien vielmehr der Meinung gewesen, daß der Beklagte die Gaststätte als Bierlokal der bisherigen Art weiterbetreiben und nur zusätzlich Brathähnchen verkaufen werde. Lediglich diese Vermutung hätten sie dem Kläger vor Abschluß des Kaufvertrages mit dem Beklagten mitgeteilt. Es hätten auch keine Besprechungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten über diese Frage stattgefunden. Die Parteien hätten sich erstmalig am Tag der Übernahme des Lokals durch den Beklagten gesehen, weil an diesem Tag die Verträge von dem Beklagten unterzeichnet worden seien. Für

den Kläger habe keine Veranlassung bestanden, den Beklagten ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß der Charakter der Gaststätte als Bierlokal erhalten bleiben müsse. Denn er habe davon ausgehen können, daß der Beklagte sich an die Verträge halten werde. Es wäre vielmehr Sache des Beklagten gewesen, die Zustimmung des Klägers zu einer Umwandlung der Gaststätte von einem Bierlokal in ein Speiserestaurant einzuholen. Durch den Eintritt in die Verträge vom September 1958 sei der Beklagte vertraglich verpflichtet gewesen, alles zu unterlassen, was die vom Kläger im Kaufvertrag einkalkulierten Einspielerlöse aus den Spielautomaten wesentlich beeinträchtigen werde. Diese Pflicht habe der Beklagte schuldhaft verletzt und damit gemäß § 339 Satz 2 BGB die Vertragsstrafe verwirkt. Dabei wäre es ihm unbenommen geblieben, zusätzlich in dem Bierlokal gebratene Hähnchen zu verkaufen; denn dadurch wäre der Charakter der Gaststätte und damit zugleich die Höhe der vom Kläger einkalkulierten Einspielergebnisse aus den Spielautomaten nicht wesentlich verändert worden. Wie grob fahrlässig zumindest das Verschulden des Beklagten gewesen sei, folge aus seiner hierzu vor dem Berufungsgericht abgegebenen Stellungnahme, daß er die Verträge vom September 1958, in die er mit Wirkung vom 1. Mai 1961 eingetreten sei, überhaupt nicht gelesen habe.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Die Revision verkennt, daß das Berufungsgericht scharf zwischen einer Hähnchenbraterei, wie sie der Beklagte aufzieht, und dem gelegentlichen Verkauf von gebratenen Hähnchen in einem Bierlokal der vom Kläger betriebenen und von den Zeuginnen D [REDACTED] und S [REDACTED] fortgeführten Art unterscheidet und nur im ersten Fall eine wesentliche Änderung des Charakters der Gaststätte annimmt, der der Kläger nicht da-

13

durch zugestimmt habe, daß der Beklagte in dem Lokal auch gebratene Hähnchen habe verkaufen dürfen. Das Berufungsgericht konnte diese Feststellungen auch aufgrund eigener Sachkunde treffen; denn Hähnchenbratereien, wie sie der Beklagte betreibt, sind heute ebenso allgemein bekannt wie Bierlokale und B[REITUNG]. Das Gericht war daher in der Lage, die Eigenheiten der verschiedenen Gaststättentypen aus eigener Erfahrung zu beurteilen und Schlüsse auf die Inanspruchnahme von Spielautomaten in den verschiedenen Gaststättentypen zu ziehen.

2. Dem Berufungsgericht ist auch insoweit zuzustimmen, als es annimmt, daß die Vertragsstrafe gemäß § 339 Satz 2 BGB verwirkt sei; denn, so führt das Berufungsgericht aus, der Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, alles zu unterlassen, was die vom Kläger im Kaufvertrag einkalkulierten Einspielerlöse aus den Spielautomaten wesentlich beeinträchtigen werde.

3. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe ist auch nicht gemäß § 341 Abs. 3 BGB erloschen, wonach ein Gläubiger, der die Erfüllung der durch das Strafversprechen gesicherten Verbindlichkeit annimmt, die Strafe nur verlangen kann, wenn er sich dies bei Annahme der Erfüllungsleistung vorbehalten hat.

Das Berufungsgericht führt dazu aus, in der Entleerung der Automaten liege keine Erfüllung durch den Beklagten. Vielmehr sei der Kläger damit einzig und allein der ihm nach den Verträgen vom September 1958 obliegenden Verpflichtung auf Zahlung von 45 % der Einspielerlöse aus den Spielautomaten an den Inhaber der Gaststätte nachgekommen.

Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht zu folgen, daß der Kläger die Leistung des Beklagten nicht als Erfüllung angenommen hat. Dabei ist der Besonderheit des Falles Rechnung zu tragen, die darin liegt, daß die Automaten des Klägers bereits vor der Veräußerung des Lokals an den Beklagten in der Gaststätte angebracht waren und die Änderung des Charakters der Gaststätte und die sonstigen vom Beklagten ausgehenden Maßnahmen, äußerlich zunächst nichts an dem ständig geübten Verfahren ändern sollten und auch nicht änderten, wonach in regelmäßigen Abständen die Automaten geleert und der Vermieteranteil von 45 % an den Beklagten als Vermieter abgeführt wurde. Aus diesem äußeren Abrechnungsverfahren kann daher, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß annimmt, nicht geschlossen werden, der Kläger habe die Leistung des Beklagten, d.h. die Bereitstellung des nunmehr anders gearteten Aufstellplatzes als Erfüllung angenommen.

Das Berufungsgericht hätte auch darauf hinweisen können, daß der Kläger bereits in dem Verfahren 61 Q 1/61, als der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 28. Juni 1961 vortrug:

"... da ich als Nachfolger dem Geschäft einen anderen Charakter verleihen wollte, habe ich die Stehtische entfernt..."

in seinem Schriftsatz vom 25. Juli 1961 folgendes erwiderte:

"Es ist hervorzuheben, daß der Antragsgegner einräumt, als Erwerber der Gaststätte dieser einen anderen Charakter gegeben zu haben, als er bei seinen Vorgängerinnen bestand. Dies war aber unzulässig. Der Antragsgegner ist durch den Eintritt in die Automaten-aufstellverträge verpflichtet, alles zur Erhaltung der Aufstellplätze zu tun. Davon kann aber keine Rede dann sein, wenn der Antragsgegner den Charakter der Gaststätte vollkommen verändert, womit nicht nur die Ausgestaltung der Gaststätte mit Inventar eine andere wird und als Folge davon der Zugang zu den Automaten erschwert, ja zum Teil völlig unmöglich ist. Der Antragsgegner durfte den Charakter der Gaststätte auch deshalb nicht

ändern, weil die Aufstellplätze des Antragstellers dadurch beeinträchtigt werden, daß das nunmehr aufgrund des geänderten Charakters der Gaststätte dort verkehrende Publikum die Automaten des Antragstellers nicht mehr in einem derartigen Ausmaße benutzt wie dies vorher bei dem alten, von Antragsgegner in unzulässiger Weise geänderten Charakter der Fall war. ... Dem Antragsteller geht es lediglich darum, seine vertraglichen Rechte zu wahren und sich die Umsätze zu erhalten, die er mit diesen Automaten erzielen konnte, bevor der Antragsgegner die Gaststätte erwarb und in unzulässiger Weise deren Charakter änderte und damit die Höhe der Einspielergebnisse der Automaten des Antragstellers beeinträchtigte."

Das Berufungsgericht hätte daraus ein sicheres Anzeichen entnehmen können, daß der Kläger mit der Änderung des Charakters der Gaststätte nicht einverstanden war und die Aufstellplätze nicht als Erfüllung des Vertrages anzunehmen gewillt war.

4. Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Denn, so führt das Berufungsgericht zutreffend aus, es wäre Sache des Beklagten gewesen, die Zustimmung des Klägers zu einer Umwandlung der Gaststätte von einem Bierlokal der bisher betriebenen Art in ein Speiserestaurant einzuholen. Das habe der Beklagte nicht getan. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht aber auch angenommen, daß der Beklagte zumindest grob fahrlässig gehandelt habe; denn er habe den Text der Verträge, in die er mit Wirkung vom 1. Mai 1961 eingetreten sei, nicht einmal gelesen, wie aus seiner vor dem Berufungsgericht abgegebenen Stellungnahme folge. Diese Feststellung, der Beklagte habe den Text der Verträge nicht einmal gelesen, hat das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision ohne Verfahrensverstoß getroffen. Zu Unrecht rügt die Revision in diesem Zusammenhang, weder das Protokoll vom 16. Januar 1963, noch der Tatbestand oder die Gründe des angefochtenen Urteils enthielten Angaben über eine Vernehmung des Beklagten.

Auf die Protokollierung einer Parteivernehmung kann dann verzichtet werden, wenn die Wiedergabe der Aussage in den Entscheidungsgründen sich deutlich von der Würdigung abhebt und ihr gesamter Inhalt erkennbar ist, soweit er irgendwie für die Entscheidung von Bedeutung sein kann (BGHZ 40, 84, 86), so daß das Revisionsgericht prüfen kann, ob die Aussage in allen erheblichen Teilen rechtlich zutreffend gewürdigt ist und die Parteien in der Lage sind, auf eine Tatbestandsberichtigung hinzuwirken.

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Selbst wenn es sich im Streitfall nicht nur um eine Anhörung des Beklagten nach § 141 ZPO, sondern um eine Parteivernehmung gehandelt haben sollte, was allerdings nach dem in der Wiedergabe gewählten Wortlaut "Stellungnahme" wenig wahrscheinlich ist, würde die Darstellung in den Entscheidungsgründen: "... folgt aus seiner hierzu vor dem erkennenden Senat abgegebenen Stellungnahme, daß er die Verträge vom September 1958, in die er mit Wirkung vom 1. Mai 1961 eingetreten ist, überhaupt nicht gelesen hat", hinreichend eindeutig den Inhalt der Aussage wiedergeben. Es ist auch nicht ersichtlich, daß diese Wiedergabe trotz ihrer Kürze unvollständig wäre.

Diese Wiedergabe wäre auch geeignet gewesen, Gegenstand einer Tatbestandsberichtigung zu werden, falls der Beklagte glaubte, er habe eine solche Aussage nicht gemacht und dem Gericht sei ein Irrtum unterlaufen. Die Revision kann daher mit ihrer auf die Verletzung des § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO gestützten Rüge keinen Erfolg haben.

Da der Beklagte die Verträge nicht einmal gelesen hatte, kann er sich auch nicht auf einen Irrtum berufen; denn die Beachtlichkeit eines solchen würde jedenfalls voraussetzen, daß er sich anhand der Verträge eine bestimmte Meinung gebildet hätte. Schließlich hätte das Berufungsgericht bezüg-

lich des Verschuldens des Beklagten zusätzlich auf dessen Verhalten in dem Verfahren 61 Q 1/61 hinweisen können, in dem der Beklagte es trotz der Anordnung des Gerichts, den ungestörten Betrieb der Automaten zu ermöglichen, zweimal zu einer Straffestsetzung kommen ließ.

IV. 1. Das Berufungsgericht hat weiterhin ohne Rechtsverstoß angenommen, daß eine Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB nicht erfolgen könne, weil der Beklagte unbestritten Vollkaufmann sei und in Ausübung seines Handelsgewerbes in die Verträge vom September 1958 eingetreten sei (§ 348, 351 HGB).

2. Das Berufungsgericht hat den Schaden des Klägers für die Zeit von Mai 1961 bis September 1962 mit DM 6.105,75 festgestellt und diesen Schaden gemäß § 341 Abs. 2 in Verbindung mit § 340 Abs. 2 BGB in Höhe von DM 5.000 auf die Vertragsstrafe angerechnet; den Restbetrag in Höhe von DM 1.100 hat das Berufungsgericht dem Kläger als weiteren Schadensersatzanspruch zuerkannt. Den Zinsanspruch hat das Berufungsgericht in Höhe von 4 % gemäß § 291 BGB für gerechtfertigt erachtet und den weitergehenden Zinsanspruch abgewiesen. Gegen diese Beurteilung bestehen keine rechtlichen Bedenken; die Revision hat insoweit auch keine Beanstandungen erhoben.

V. Da die Revision in keinem Punkte Erfolg hat, war sie mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Jungbluth Mösl

Alff

Simon