

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 138/86

Verkündet am:
8. April 1987
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

D[REDACTED]-Brauerei Ernst B[REDACTED] GmbH & Co., vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin B[REDACTED] GmbH, diese vertre-
ten durch den Geschäftsführer Stefan B[REDACTED], G[REDACTED] Straße 3
in T[REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Zvanko D[REDACTED], F[REDACTED]straße 2 in H[REDACTED],

Kläger, Widerbeklagter
und Revisionsbeklagter,

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

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 1987 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Urteile der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Würzburg vom 11. Juli 1985 und des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 17. Februar 1986 teilweise geändert und insgesamt neu gefaßt.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 12.810,83 DM nebst 5 % Zinsen ab dem 8. Mai 1985 zu zahlen.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben zu tragen: von denjenigen des ersten Rechtszuges die Beklagte 1/4 und der Kläger 3/4 sowie die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Mosbach entstandenen Mehrkosten, von denjenigen des Berufungsrechtszuges die Beklagte 1/3 und der Kläger 2/3 und von denjenigen des Revisionsrechtszuges die Beklagte 3/10 und der Kläger 7/10.

Von Rechts wegen

Tatbestand

In den Jahren 1978 bis 1980 wurde in H[REDACTED] ein neues Einkaufszentrum, das "C[REDACTED]-S[REDACTED]-Center", errichtet. Mit Vertrag vom 18. September 1978 mietete der Kläger von der Bauträgergesellschaft Gebäudeflächen auf die Dauer von 15 Jahren zum monatlichen Mietzins von 3.278,-- DM und verpflichtete sich, in den Räumen eine Gaststätte zu betreiben und mit der Beklagten, einer Brauerei, einen Bierlieferungsvertrag zu schließen. Am 23. November 1978 trafen die Parteien eine vorgedruckte Vereinbarung, in die unter anderem die folgende maschinenschriftliche Ergänzung eingefügt war:

"Beim Ausbau und der Einrichtung der Gaststätte unterstützt die Brauerei (Beklagte) den Kunden (Kläger) durch folgende Leistungen:

- a) Die Brauerei finanziert vorab die anfallenden Kosten für den gesamten Ausbau und die Einrichtung in Höhe von ca. 180.000,-- DM.

Nach Fertigstellung der Gaststätte werden die Kosten wie folgt aufgeteilt:

2/3 gehen zu Lasten der Brauerei

1/3 wird vom Kunden an die Brauerei innerhalb von vier Wochen bezahlt."

Der Kläger sicherte der Beklagten zu, die Gaststätte als "gehobenes biertypisches Lokal" zu führen, und verpflichtete sich, bis zum Ablauf des Pachtvertrages mit der Bauträgergesellschaft seinen gesamten Bedarf an Bier und alkoholfreien Getränken von der Beklagten zu beziehen und bei



Verletzung dieser Bezugsverpflichtung eine Konventionalstrafe zu zahlen. Die Beklagte hatte schon vorher mit der Bau-trärgesellschaft für den Fall des Abschlusses eines Mietvertrages zwischen dieser und dem Kläger vereinbart, daß sie in den Mietvertrag eintreten werde, wenn der Kläger diesen Vertrag nicht mehr erfülle; die Beklagte sollte dann offene Mietzinsverbindlichkeiten bis zur Höhe von drei Monatsraten übernehmen und dafür das Recht erhalten, einen anderen Pächter zu bestimmen.

Die Beklagte wendete für den Ausbau und die Einrichtung der Gaststätte einen Betrag von 218.432,48 DM auf. Im Herbst 1980 wurden das Einkaufszentrum und die Gaststätte des Klägers eröffnet. Der Kläger zahlte an die Beklagte 60.000,-- DM. Im Mai 1981 ließ der Kläger der Beklagten mitteilen, daß er einen neuen Pächter für die Gaststätte suche, weil ihm das nötige Eigenkapital fehle, um die "schleppende Geschäftslage auf Dauer zu überbrücken". Seit März 1981 hatte der Kläger an die Grundstückseigentümerin, die anstelle der Bau-trärgesellschaft in den Mietvertrag eingetreten war, keinen Mietzins mehr gezahlt. Die Grundstückseigentümerin kündigte daraufhin mit Schreiben vom 9. Juni 1981 den Mietvertrag fristlos und schloß am 18. September 1981 mit dem Ehepaar V- N- zum monatlichen Mietzins von 2.153,78 DM einen neuen Mietvertrag, nach dem die Mieträume zum Betrieb eines italienischen Spezialitätenlokals genutzt werden sollten. Die Beklagte schloß mit den neuen Mietern einen Getränkelieferungsvertrag für zehn Jahre und verkaufte ihnen am 23. September 1981 das Gaststätteninventar zu dem in Raten zu zahlenden Preis von 113.000,-- DM.

Der Kläger verlangt von der Beklagten den von ihm gezahlten Betrag von 60.000,-- DM zurück. Er hat geltend gemacht, er habe den Gaststättenbetrieb nicht mehr aufrechterhalten können, weil entgegen einer von der Beklagten gegebenen Zusicherung in derselben Gebäudeanlage zwei Konkurrenzbetriebe eingerichtet worden seien; jedenfalls sei die Beklagte ungerechtfertigt bereichert, weil sie die von ihm mitfinanzierte Einrichtung weiterveräußert habe. Widerklagend begehrt die Beklagte Zahlung des restlichen Teils ihrer Investitionskosten in Höhe von 45.432,48 DM (Gesamtaufwand 218.432,48 DM abzüglich der von dem Kläger geleisteten 60.000,-- DM sowie der von den Nachmietern zu zahlenden 113.000,-- DM) mit der Begründung, der mit ihrer Leistung bezweckte Erfolg der langjährigen Bierbelieferung sei aus vom Kläger zu vertretenden Gründen nicht eingetreten. Vorsorglich hat sie gegen die Klageforderung die Aufrechnung mit einem ihr angeblich wegen Verletzung des Bierbezugsvertrages zustehenden Schadensersatzanspruch erklärt.

Das Landgericht hat dem Kläger einen Betrag von 50.000,-- DM zugesprochen und im übrigen die Klage und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht sie unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen verurteilt, an den Kläger 24.855,84 DM nebst 5 % Zinsen zu zahlen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, hat die Beklagte zunächst ihren Klagabweisungs- und Widerklageantrag in vollem Umfang weiterverfolgt. Der erkennende Senat hat die Revision nur insoweit angenommen, als die Klageforderung zugesprochen und die Widerklage in Höhe von mehr als 32.621,65 DM abgewiesen worden ist; im übrigen hat der Senat die Annahme der Revision abgelehnt.

Entscheidungsgründe

Nachdem hinsichtlich eines Teils der Widerklage die Revision der Beklagten nicht angenommen worden ist, ist nur noch darüber zu entscheiden, ob der Kläger den von ihm geleisteten Investitionskostenbeitrag teilweise zurückverlangen und ob die Beklagte Zahlung weiterer 12.810,83 DM (Differenz zwischen einem Drittel von 218.432,48 DM = 72.810,83 DM und den gezahlten 60.000,-- DM) beanspruchen kann. In diesem Umfang hat die Revision Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Dem Kläger stehe nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung von 24.855,84 DM zu, weil der mit seiner Leistung der 60.000,-- DM bezweckte Erfolg wegen der Beendigung des Mietverhältnisses nicht eingetreten sei. Die Parteien hätten den gemeinsamen Zweck langfristiger vertraglicher Zusammenarbeit verfolgt. Wegen der Ungewißheit des wirtschaftlichen Erfolgs der neu eröffneten und in einem gerade erst errichteten Einkaufszentrum gelegenen Gaststätte hätten die Parteien das Investitionsrisiko zu einem Drittel zu Lasten des Klägers und zu zwei Dritteln zu Lasten der Beklagten aufteilen wollen. Für den Kläger habe die anteilige Investition wirtschaftlich nur einen Sinn gehabt, wenn sie sich durch den langfristigen Betrieb der Gaststätte "amortisierte". Über diese Zweckbestimmung der Drittelbeteiligung des Klägers hätten sich die Parteien vertraglich geeinigt. Nachdem der Mietvertrag vom 18. September 1978 beendet sei, könne der mit der Investition des Klägers bezweckte Erfolg

nicht mehr eintreten, so daß die Bereicherung der Beklagten nachträglich ungerechtfertigt geworden sei. Dem stehe die Vorschrift des § 815 BGB nicht entgegen. Eine Treuwidrigkeit des Klägers folge nicht daraus, daß er die Miete nicht mehr gezahlt habe; denn er sei zu weiteren Mietzinszahlungen wirtschaftlich nicht in der Lage gewesen, weil sich die Gaststätte ohne sein Verschulden geschäftlich nicht den Erwartungen aller Beteiligten entsprechend entwickelt habe. Allerdings könne er nicht den ganzen Investitionsanteil von 60.000,-- DM zurückverlangen. Der Wert der Gaststätteneinrichtung bei Beendigung des Mietvertrages sei mit dem von der Beklagten erzielten Weiterveräußerungserlös von 113.000,-- DM anzusetzen. Nur in dieser Höhe sei die Beklagte noch bereichert. Von diesem Wert stehe dem Kläger entsprechend seinem Anteil an den ursprünglichen Investitionen ein Drittel, also ein Betrag von 37.666,67 DM zu, der noch um den vom Kläger bisher nicht erbrachten Teil des auf ihn entfallenden Drittels der Investitionskosten in Höhe von 12.810,83 DM gekürzt werden müsse.

Vollen Ersatz der geleisteten 60.000,-- DM könne der Kläger auch nicht etwa mit der Begründung verlangen, die Beklagte habe ihm zugesichert, er werde der einzige gastronomische Betrieb in dem Einkaufszentrum sein. Eine derartige Zusicherung habe der Kläger nicht hinreichend substantiiert behauptet, sie sei auch nicht in den schriftlichen Vertrag aufgenommen worden.

Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Getränkeliieferungsvertrages, mit dem die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung erklärt habe, stehe ihr nicht zu. Der Kläger habe die Auflösung dieser Vereinbarung als Folge der fristlosen Kündigung des Mietvertrages trotz der Bestimmung des § 279 BGB nicht zu vertreten, weil beide Parteien sich des Risikos, das der Kläger mit der Übernahme der Gaststätte eingegangen sei, bewußt gewesen seien und sich dieses Risiko geteilt hätten.

Angesichts dieser Risikoverteilung hinsichtlich der Investitionskosten sei auch die Widerklage unbegründet.

II. Zur Klage

1. Zur Annahme eines Bereicherungsanspruchs wegen Zweckverfehlung (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB) ist das Berufungsgericht gelangt, weil es den zwischen den Parteien geschlossenen Getränkeliieferungsvertrag vom 23. November 1978 dahin ausgelegt hat, sie hätten das Investitionsrisiko zu einem Drittel zu Lasten des Klägers und zu zwei Dritteln zu Lasten der Beklagten aufteilen wollen und sich weiter dahin geeinigt, daß der langfristige Betrieb der Gaststätte die "Zweckbestimmung" der Leistung des Klägers gewesen sei.

a) Zwar ist die vom Tatrichter vorgenommene Auslegung der von den Parteien getroffenen Vereinbarung, die in dem hier entscheidenden Teil eine Individualabrede darstellt, im Revisionsrechtszug nur beschränkt nachprüfbar. Sie unterliegt indessen der Nachprüfung daraufhin, ob gesetzliche

Auslegungsregeln oder anerkannte Auslegungsgrundsätze verletzt worden sind (Senatsurteil vom 9. Juli 1986 - VIII ZR 184/85 = WM 1986, 1321 unter II m.Nachw.). Dieser Nachprüfung halten die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht stand. Denn die von ihm angenommene "Zweckbestimmung" steht mit der zugleich zugrunde gelegten "Risikoverteilung" in unauflösbarem Widerspruch. Wenn nämlich der Kläger zu einem Drittel "das Investitionsrisiko mittrug", so mußte es auch zu seinen Lasten gehen, wenn sich die Erwartung der Parteien, der Kläger werde die Gaststätte langfristig betreiben und mit der Beklagten zusammenarbeiten, nicht erfüllte. Hatte der Kläger zu einem Drittel das Risiko seines Mißerfolges mitzutragen, dann kann nicht andererseits der Erfolg der Gaststätte vereinbarter Zweck der Leistung eben eines Drittels der Investitionskosten gewesen sein. Die vom Berufungsgericht dargelegten Umstände - der ungewisse wirtschaftliche Erfolg bei der Neueröffnung einer Gastwirtschaft in einem neu errichteten Einkaufszentrum, die Vereinbarung zwischen der Bauträgergesellschaft und der Beklagten über deren Eintritt in den Pachtvertrag bei Ausscheiden des Klägers sowie die unterbliebene Festlegung des Umfangs der Bierabnahme durch den Kläger - rechtfertigen zwar die Annahme, beide Parteien hätten das Risiko eines wirtschaftlichen Scheiterns des Klägers anteilig tragen wollen, lassen aber den vom Berufungsgericht weiter gezogenen Rückschluß auf eine Einigung über den Zweck der Investition des Klägers nicht zu.

b) Diese Widersprüchlichkeit hat zur Folge, daß eine das Revisionsgericht bindende tatrichterliche Vertragsauslegung nicht vorliegt (BGH Urteil vom 17. September 1980 - IVb ZR 550/80 = FamRZ 1980, 1104 unter 3 b m.Nachw.; Baumbach/Albers, ZPO, 45. Aufl. § 550 Anm. 2 B) und der Senat die Auslegung des Vertrages vom 23. November 1978 selbst vornehmen kann (BGHZ 65, 107, 112 m.Nachw.; BGH Urteil vom 13. Februar 1985 - IVb ZR 72/83 = WM 1985, 757 unter A II 2 b, insoweit in BGHZ 94, 1 nicht abgedruckt).

aa) Diese Auslegung führt zu dem Ergebnis, daß die Parteien - aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen - in Höhe ihres im Vertrag genannten Anteils an den Investitionskosten auch das Risiko eines wirtschaftlichen Scheiterns des Klägers tragen wollten, daß sich aber andererseits die der Beklagten auferlegte Zweidrittelbeteiligung um den Restwert der Gaststätteneinrichtung verminderte. Letzteres hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt. Für einen von ihm dem Kläger im Ergebnis zugestandenen Anspruch auf Beteiligung an dem verbliebenen Wert der Einrichtung ist nach der Vertragsgestaltung kein Raum. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nach dem Vertrag unstreitig Alleineigentümerin der von ihr angeschafften Einrichtung werden sollen, wird von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen und stimmt auch mit Nr. 6 Abs. 1 und Nr. 11 Abs. 2 und 3 des Vertrages überein, wonach die Beklagte dem Kläger das Inventar leihweise überließ. Als Eigentümerin konnte die Beklagte bei Beendigung des mit dem Kläger bestehenden Vertragsverhältnisses die Gaststätteneinrichtung anderweitig verwerten und den Erlös mangels einer im Vertrag

enthaltenen - vom Kläger auch nicht behaupteten - Vereinbarung über eine ihm gegenüber bestehende Ausgleichspflicht behalten.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formularbestimmung der Nr. 11 des Vertrages. Danach sollte bei einer vorzeitigen Aufhebung der Vereinbarung die Beklagte "wahlweise das leihweise überlassene Inventar oder den Kaufpreis zurückverlangen" können. Es kann offenbleiben, ob die individuelle Vertragsabrede über die Kostenbeteiligung der Parteien schon nach § 4 AGBG Vorrang vor der Klausel Nr. 11 hat. Denn die Beklagte verlangt nicht - jedenfalls nicht mit Erfolg - den "Kaufpreis" zurück, sondern will den Investitionskostenanteil des Klägers behalten. Über eine Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten hinsichtlich dieses Anteils ist weder in Nr. 11 noch an anderer Stelle des Vertrages etwas gesagt.

c) Nach der vom Senat vorgenommenen Vertragsauslegung ist die Klageforderung unbegründet, was der Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO selbst entscheiden kann. Denn da sich das Risiko eines wirtschaftlichen Scheiterns des Klägers mit der Führung der Gaststätte verwirklicht hat, kann er den ihn treffenden und von ihm geleisteten Risikoanteil nicht zurückverlangen. Daran ändert nichts, daß die Gaststätte von dem Ehepaar V[REDACTED]-N[REDACTED] in anderer Form weitergeführt worden ist. Die Ungewißheit, der die Parteien mit der vorgesehenen Risikoverteilung Rechnung tragen wollten, bezog sich auf den wirtschaftlichen Erfolg des K l ä g e r s

- nicht allgemein der G a s t s t ä t t e -, weil er die ihm geleistete Zahlung durch den langfristigen Betrieb der Gaststätte zu "amortisieren" hoffte, wie umgekehrt auch die Beklagte aus der Erfüllung der dem Kläger auferlegten Getränkebezugspflicht den Ausgleich für ihren eigenen Investitionsanteil erwartete. Ob es der Beklagten gelingen würde, mit einem etwaigen Nachfolger wiederum einen Getränkelieferungsvertrag zu schließen, war bei Vertragsschluß mit dem Kläger offen; die Beklagte hat mit den Nachmietern auch lediglich einen kurzfristigeren Vertrag schließen können, der zudem nach der Änderung des Charakters der Gaststätte eine wesentlich geringere Bierabnahme erwarten läßt.

2. Für die von der Revisionserwiderung erwogene Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist kein Raum, weil die Parteien - wie dargelegt - ihre Risikobeteiligung für den Fall eines Scheiterns des Klägers als Pächter der Gaststätte im Vertrag geregelt haben.

3. Ebensowenig ergibt sich ein Rückzahlungsanspruch des Klägers aus der von der Revisionserwiderung herangezogenen Vorschrift des § 557 a BGB. Denn weder ist die Beklagte Vermieterin der Gaststättenräume gewesen noch wurde der Beitrag des Klägers zu den Kosten der Einrichtung der Gaststätte als im voraus entrichteter Mietzins erbracht.

4. Einen Anspruch des Klägers wegen einer von der Beklagten abgegebenen Zusicherung über die "Konkurrenzfreiheit" der Gaststätte hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und ohne Beanstandung durch die Revisionserwiderung verneint.

5. Da die Klageforderung aus anderen Gründen ohnehin nicht besteht, war über den von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Getränkebezugsverpflichtung nicht zu entscheiden.

III. Zur Widerklage

Nach den vorstehenden Ausführungen kann die Beklagte vom Kläger noch Zahlung eines Betrages von 12.810,83 DM verlangen, weil er von dem ihn betreffenden Drittel der sich auf 218.432,48 DM belaufenden Kosten, also 72.810,83 DM, erst 60.000,-- DM entrichtet hat. Davon ist auch das Berufungsgericht - ohne Angriff durch die Revisionserwiderung - zu Recht ausgegangen.

IV. Nach allem war unter teilweiser Änderung der vorinstanzlichen Entscheidungen die Klage abzuweisen und der Kläger auf die Widerklage zur Zahlung des noch offenen Betrages von 12.810,83 DM zu verurteilen. Die Kostenentscheidung

folgt aus den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 281 Abs. 3 Satz 2 ZPO
nach dem Maß des jeweiligen Obsiegens und Unterliegens der
Parteien in den Instanzen.

Braxmaier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß