

Verkündet am 12. Februar 1964
Mist, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2198 063

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinrich M [REDACTED] in E [REDACTED];
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma E [REDACTED]-Companie Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in D [REDACTED] D [REDACTED] Straße [REDACTED] vertreten
durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann Ernst Joachim E [REDACTED],
dasselbst,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. Februar 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Düsseldorf vom 23. März 1962 wird
auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verpachtete durch schriftlichen Vertrag vom 12. August 1953 das ihm gehörige, 651 qm große Grundstück D [REDACTED] in K [REDACTED], auf dem sich schon seit langer Zeit eine Tankstelle befand, auf 20 Jahre an die Beklagte zu einem Festpachtzins von 1 000,-DM monatlich zuzüglich einer weiteren nach dem erzielten Kraftstoffumsatz bemessenen Entschädigung (sogenannter Interimsvertrag). Zur Zeit des Vertragsschlusses war beiden Parteien bekannt, daß rund 280 qm des Pachtgrundstücks in die Straßenfluchtlinie des Ruhrschnellweges hineinragten und daß deswegen mit der Inanspruchnahme dieser Teilfläche zu rechnen war, die für den Betrieb der Tankstelle in der damaligen Form benötigt wurde. Die Parteien trafen deshalb am selben Tage zu notariellem Protokoll eine weitere, später von ihnen als "Großvertrag" bezeichnete Vereinbarung, durch die der Kläger außer dem ihm gehörenden Grundstück weitere am D [REDACTED] gelegene, von ihm noch zu erwerbende Grundstücke mit einer Grundfläche von insgesamt etwa 1 800 qm ebenfalls auf 20 Jahre an die Beklagte verpachtete. Diese verpflichtete sich, auf ihre Kosten auf den gesamten Grundstücken eine moderne Tankstation zu erbauen, die bei Beendigung des Vertrages ohne Entschädigung auf den Kläger übergehen sollte. In dem schriftlichen Vertrage übernahm der Kläger die Verpflichtung, Kaufverhandlungen mit den Grundstücksnachbarn zu forcieren, damit der notarielle Pachtvertrag baldigst in Kraft treten könne. In einem schriftlichen Nachtragsvertrag vom 19. Februar 1954 wurde die Pachtdauer des notariellen Vertrages auf 30 Jahre verlängert. Die Beklagte übernahm die vorhandene Tankstelle am 15. August 1953. Sie vertrieb dort ihre Markenkraftstoffe.

In der Folgezeit wurden die Nachbargrundstücke von dem Kläger nicht erworben, so daß die Großtankstelle nicht errichtet werden konnte. Durch Enteignungsbeschuß vom 24. März 1958 hob der Wiederaufbauminister des Landes Nordrhein-Westfalen das Pachtverhältnis zwischen den Parteien entschädigungslos auf. Die Beklagte räumte das Grundstück am 2. Februar 1959.

Zwischen den Parteien ist bereits seit 1957 ein Rechtsstreit anhängig, der zur Zeit im Berufungsrechtszuge schwebt und in dem die jetzige Beklagte Schadensersatz in Höhe von 80 000 DM vom Kläger verlangt, weil dieser es unter Verletzung der von ihm übernommenen Verpflichtung unterlassen habe, die Nachbargrundstücke zu erwerben, die er nach Darstellung der Beklagten zu zumutbaren Bedingungen hätte erhalten können.

Der Kläger hat seinerseits in dem jetzt von dem erkennenden Senat zu entscheidenden Rechtsstreit die Zahlung von 30 000 DM nebst Zinsen von der Beklagten mit der Behauptung begehrt, die Beklagte habe die Tankstelle nachlässig betrieben und sie verkommen lassen, insbesondere habe die Beklagte nicht, wie es nach dem Sinne der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen ihre Pflicht gewesen wäre und wie sie auch zugesagt habe, markenfreien Treibstoff geführt. Infolgedessen habe sie in der Tankstelle einen viel zu geringen Umsatz erzielt und der Kläger demgemäß eine bei weitem zu niedrige Pacht erhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte erstrebt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsurteil enthält in seinem Eingang die unrichtige Angabe, daß es auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1961 ergangen sei, während in Wahrheit die mündliche Verhandlung durch Beschluß vom 9. März 1962 wieder eröffnet worden war und an diesem Tage erneut eine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte. Nach Beendigung dieser Verhandlung war Verkündungstermin auf den 23. März 1962 bestimmt worden, an welchem Tage dann das angefochtene Urteil verkündet wurde. Da in dem Urteil ausdrücklich auf den vorgetragenen Akteninhalt verwiesen ist, hat die Revision darin recht, daß alle bis zum 9. März 1962 eingegangenen Schriftsätze der Parteien zu berücksichtigen waren. Hätte also das Berufungsgericht, wie die Revision geltend macht, wesentliches Vorbringen außer Betracht gelassen, das in zwischen dem 8. Dezember 1961 und dem 9. März 1962 eingegangenen Schriftsätzen des Klägers enthalten war, so würde darin ein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts liegen, der auf die von der Revision erhobene Verfahrensrüge zur Aufhebung des Berufungsurteils führen müßte. In Wahrheit hat jedoch das Berufungsgericht wesentliches Vorbringen aus diesen Schriftsätzen nicht übergangen, was bei Bescheidung der einzelnen von der Revision erhobenen Rügen noch darzulegen sein wird.
2. Die Revision hält es für rechtsirrig, daß das Berufungsgericht davon ausgegangen ist, der Kläger sei beweispflichtig dafür, daß es der Beklagten vereinbarungsgemäß obgelegen hätte, in der gepachteten Tankstelle markenfreien Treibstoff zu führen. Sie meint, diese

Verpflichtung ergebe sich bereits aus anderen von dem Berufungsgericht nicht ausreichend berücksichtigten Umständen.

a) Für die Annahme der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß in beiden Pachtverträgen eine Teilumsatzpacht vereinbart war, fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Das Berufungsgericht hebt in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils (BU S. 11) ausdrücklich hervor, dem Kläger sei darin beizupflichten, daß Ziel und Zweck eines jeden auf einen Verkaufserfolg ausgerichteten Vertrages die Erhöhung des Umsatzes ist. Die Beklagte sei daher nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, den Umsatz im Rahmen des ihr Zumutbaren zu erhöhen. Das Berufungsgericht hat somit seinen Erwägungen den Gesichtspunkt, dessen Berücksichtigung die Revision vermißt, zugrunde gelegt.

b) Das Berufungsgericht meint allerdings, die Rücksicht auf die Interessen des Klägers habe die Beklagte nicht dazu zu veranlassen brauchen, von ihren allgemeinen Geschäftsgrundsätzen und von ihrem allgemeinen Geschäftsgebaren abzugehen. Die Beklagte habe aber in den von ihr selbst betriebenen Tankstellen und den Tankstellen ihres Agenturnetzes nur ihren markengebundenen Treibstoff feilgeboten. Ihr sei es nicht zuzumuten gewesen, von diesem Geschäftsprinzip bei der Tankstelle des Klägers abzugehen, die sie zunächst durch einen Angestellten und später durch zwei Agenten betrieben habe. Angesichts dieser Erwägungen, gegen die aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben sind, ist es entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auf das unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers, der Umsatz freier Tankstellen sei vier- bis fünfmal so groß wie der Umsatz gebundener Tank-

stellen, nicht eingegangen ist, denn bei der Betrachtungsweise des Berufungsgerichts kam es auf diese Behauptung ersichtlich nicht an.

c) Ebensowenig kann die Revision mit ihrer Rüge Erfolg haben, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Beklagte selbst nur Händlerfirma ist und nicht zu den Großfirmen gehört. Diese von der Revision als übergangen gerügten Tatsachen sind bereits durch die von den Parteien im ersten Rechtszuge abgegebenen Erklärungen einwandfrei geklärt worden. Es spricht nichts dafür, daß das Berufungsgericht von einem anderen Sachverhalt ausgegangen sein könnte.

d) Das Berufungsgericht hat der im ersten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme nicht zu entnehmen vermocht, daß die Beklagte dem Kläger verbindlich zugesagt habe, er werde den besonders erfolgreichen Tankstellenkaufmann H. mit der Führung der Tankstelle auf dem Grundstück des Klägers betrauen. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhange den Inhalt des Schreibens des Klägers vom 24. Juni 1954 und der Antwort der Beklagten vom 28. Juni 1954 übersehen, muß schon daran scheitern, daß die Beklagte in ihrer Antwort die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe ihm verbindlich zugesichert, daß H. die Tankstelle übernehmen werde, dahin richtiggestellt hat, es solle versucht werden, H. als Pächter zu gewinnen. Aus der Tatsache, daß in Aussicht genommen war, H. als Pächter der Tankstelle einzusetzen, brauchte das Berufungsgericht nicht den Schluß zu ziehen, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, in der Tankstelle preisfreien Treibstoff anzubieten. Daran ändert auch nichts, daß die Beklagte, wie sie nicht bestritten hat, auch solche Tankstellenpächter belieferte, die freie Tankstellen führten.

Auf die entsprechenden Beweisanträge des klägers, die von der Revision als übergangen gerügt werden, kommt es deshalb nicht an.

e) Ob die Beklagte ein "Recht" darauf hatte, ihren Treibstoff mit einer Marke zu versehen, und ob sie nur eine Händlerfirma von rein lokaler Bedeutung war, wie die Revision geltend macht, war für die Entscheidung des Berufungsgerichts ersichtlich ohne Bedeutung. Dasselbe gilt für den Vortrag, daß die Beklagte die Tankstelle des Klägers, bevor diese von ihr gepachtet worden war, mit markenfreiem Treibstoff beliefert hatte. Ebensowenig kommt es auf die von dem Kläger unter Beweis gestellte Behauptung an, daß die dem Grundstück des Klägers benachbarte Tankstelle Neeb und die übrigen freien Tankstellen bereits 1953 nicht zu Markenpreisen verkauft hätten.

f) Daß die Beklagte nunmehr, also erst nach der Räumung des Tankstellengrundstücks des Klägers, eine freie Tankstelle gegenüber einer Tankstelle des Klägers in Essen errichtet haben soll, wie dieser unter Beweis gestellt hat, ist schon deshalb nicht entscheidungserheblich, weil es nur auf den Zeitraum ankommt, in dem die Beklagte die Tankstelle auf dem Grundstück des Klägers betrieben hat.

Entgegen der Ansicht der Revision können also alle von ihr angeführten Gesichtspunkte nichts daran ändern, daß der Kläger die nach seiner Angabe zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung beweisen muß, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, in der von dem Kläger gepachteten Tankstelle markenfreies Benzin feilzuhalten.

3. Die Revision macht weiter geltend, die Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen durch das Berufungsgericht sei unmöglich. Das Berufungsgericht

habe den Umstand, daß in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträgen keine ausdrückliche Vereinbarung dahin getroffen worden sei, die Beklagte habe in der gepachteten Tankstelle nur oder jedenfalls auch markenfreien Treibstoff führen müssen, nicht zum Nachteil des Klägers verwerten dürfen. Es habe vielmehr umgekehrt einer besonderen Vereinbarung dahin bedurft, daß die Beklagte berechtigt sein sollte, nur markengebundenen Treibstoff anzubieten.

Bei dieser Rüge läßt die Revision außer acht, daß die Beklagte unstreitig mit ihren Farben versehene Tankstellen selbst oder durch Agenten betreibt, in denen sie nur preisgebundenen Treibstoff abgibt. Der Kläger, der Fachmann ist und vor der Verpachtung des Grundstücks an die Beklagte die Tankstelle mehrere Monate selbst betrieben hatte, hat nicht in Abrede gestellt, daß ihm dieses Geschäftsgebaren der Beklagten bekannt war. Es läßt sich deshalb nicht be-
anstanden, daß das Berufungsgericht aus dem Fehlen einer Vertragsbestimmung über die Verpflichtung der Beklagten, in der Tankstelle markenfreies Benzin abzugeben, Schlüsse zu Lasten des Klägers gezogen hat.

Der von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhange verwandte Erfahrungssatz geht nur dahin, daß branchekundige Kaufleute, die einen Vertrag aushandeln, in der Vertragsurkunde diejenigen Punkte durch ausdrückliche Bestimmungen zu regeln pflegen, die für das Vertragsverhältnis besonders bedeutsam sind. Die Revision mißversteht das Berufungsurteil, wenn sie aus ihm herauslesen will, daß das Berufungsgericht einen gerade für den Abschluß von Tankstellenverträgen geltenden besonderen Erfahrungssatz zur Grundlage seines Urteils gemacht habe. Ob die Verwendung des von dem Berufungsgericht erwähnten Erfahrungs-

satzes deshalb einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs darstellt, weil es ihn nicht mit den Parteien erörtert hat, wie die Revision behauptet, kann auf sich beruhen, denn dieser Verstoß wäre für die ergangene Entscheidung nicht ursächlich. Die von der Revision erwähnten Gedankengänge, die der Kläger nach ihrer Darstellung bei einer Erörterung des Erfahrungssatzes mit den Parteien dem Berufungsgericht unterbreitet hätte, beziehen sich nicht auf den von diesem verwandten oben wiedergegebenen allgemeinen Erfahrungssatz.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht deshalb einen Rechtsfehler begangen, weil es aus der dem Abschluß des Pachtvertrages nachfolgenden unverbindlichen Unterhaltung zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer der Beklagten über die Frage des Verkaufs von markenfreiem Treibstoff nicht den Schluß gezogen hat, daß sich der Vertrag nicht nur auf markengebundene Treibstoffe bezogen habe. Es handelt sich insoweit um eine tatrichterliche Würdigung, die möglich und für den erkennenden Senat bindend ist.

Ebenso durfte das Berufungsgericht zu Lasten des Klägers den Umstand verwerten, daß auch der Nachtragsvertrag keine Bestimmung über diesen Punkt enthält. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange darauf Gewicht gelegt, daß bis zum Abschluß des Nachtragsvertrags bereits ein halbes Jahr vergangen war und die Beklagte, wie dem Kläger nicht verborgen geblieben sein konnte, in dieser Zeit kein markenfreies Benzin geführt hatte. Ob in dieser Zeit, wie die Revision geltend macht, noch Verhandlungen mit H. [REDACTED] über die Führung der Tankstelle schwebten, ist demgegenüber schon deshalb ohne Bedeutung, weil diese Verhandlungen unstreitig nicht zum

Abschluß geführt haben und der Kläger bereits mit Rücksicht auf die lange inzwischen verflossene Zeit Anlaß gehabt hätte, die Beklagte zu der nach seiner Ansicht vertragsgerechten Erfüllung des Vertrages aufzufordern, wenn tatsächlich die Beklagte zum Vertrieb markenfreien Treibstoffs in der Tankstelle verpflichtet gewesen wäre.

4. Die Revision will dem Schriftwechsel der Parteien vom Juni 1954, in dem der Kläger sich auf die angebliche Zusicherung der Beklagten berief, daß H. [REDACTED] die Tankstelle übernehmen sollte und dann mit einem Umsatz von 60 bis 70 000 l Treibstoff bestimmt gerechnet werden könnte, entnehmen, daß der Vertrieb freien Benzins Grundlage des Vertrages zwischen den Parteien gewesen sei, weil ein solcher Umsatz nicht in einer gebundenen E. [REDACTED]-Tankstelle niemals hätte erzielen lassen. Bei dieser Rüge übersieht die Revision, daß diese Umsatzzahl sich ersichtlich auf die geplante Großtankstelle bezog, zu deren Errichtung es nicht gekommen ist, weil der Kläger die dafür erforderlichen Grundstücke nicht erwarb. Richtig ist allerdings, daß beide Parteien angenommen haben, H. [REDACTED] verkaufe in seiner Tankstelle neben Markentreibstoff auch freies Benzin. Die Beklagte hat jedoch nicht zugegeben, daß sich hoher Umsatz nur bei Verkauf von preisfreiem Treibstoff erzielen lasse. Nach der Darstellung des Inhabers der Beklagten ist die Frage der weißen Säule überhaupt nicht zur Sprache gekommen, und das Interesse des H. [REDACTED] bezog sich nur auf die neu zu errichtende Großtankstelle, nicht aber auf den Verkauf von preisfreiem Benzin. Die von der Revision angezogenen Schreiben zwingen somit keinesfalls zu den Schlüssen, die sie aus ihnen hergeleitet wissen will. Es ist daher kein Rechtsfehler des Berufungsgerichts, wenn es nicht zu den von der Revision für richtig gehaltenen Folgerungen gelangt ist.

5. Auch die weiteren Rügen der Revision, mit denen sie sich gegen einzelne von dem Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils angestellte Erwägungen wendet, können ihr nicht zum Erfolg verhelfen.

a) Das Berufungsgericht zieht zuungunsten des Klägers Schlüsse daraus, daß er im ersten Rechtszuge keineswegs eindeutig behauptet habe, der Beklagte habe den Vertrieb nur oder zumindest auch markenfreien Treibstoffs zugesagt, sein Vortrag sei anfangs vielmehr lediglich dahin gegangen, die Beklagte habe aus ihrer vertraglichen Verpflichtung, den Umstand zu steigern, folgern müssen, daß sie nach Sinn und Zweck des Vertragswerks zum Vertrieb des wirtschaftlich ertragreicheren, markenfreien Treibstoffes gehalten gewesen sei. Die Ansicht der Revision, daß dieser Gedankengang gegen die Denkgesetze verstoße, ist nicht richtig. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß der Kläger von vornherein vorgetragen hatte, der Verkauf markenfreien Treibstoffs sei Grundlage des Vertragswerks der Parteien gewesen. Es war jedoch nicht gehindert, Schlüsse zuungunsten des Klägers daraus zu ziehen, daß er nicht von Anfang an eine entsprechende Zusage der Beklagten eindeutig behauptet hatte.

b) Nicht gefolgt werden kann der Revision auch darin, daß die Auslegung des Schreibens des Vertreters des Klägers, Rechtsanwalt He■■■■, vom 22. Dezember 1955 unmöglich sei. In diesem Schreiben hatte Rechtsanwalt He■■■■ zum Ausdruck gebracht, der Kläger habe sich entschlossen, sich mit der Tatsache abzufinden, daß in dem Pachtobjekt eine preisgebundene Tankstelle betrieben werden solle. Dies geschehe aber in der Erwartung, daß die Beklagte sich bereit erkläre, die Bauauflagen der Stadt Külheim durchzuführen.

Dieses Schreiben erwähnt das Berufungsgericht im Rahmen seiner Würdigung des gesamten Verhaltens des Klägers, aus dem das Berufungsgericht eine Bestätigung für seine Annahme herleitet, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis dafür, daß die Beklagte zum Verkauf markenfreien Benzens verpflichtet gewesen sei, nicht zu führen vermocht. Der Verwertung dieses Schreibens steht nach Auffassung des Berufungsgerichts die Einschränkung in dem mitgeteilten Nachsatz nicht entgegen, weil die Bauauflagen sich auf die Großtankstelle bezogen, zu deren Errichtung es nicht gekommen ist. Die Beklagte habe zudem in ihrem Antwortschreiben die Erfüllung der Bauauflagen nicht abgelehnt, sondern nur um deren nähere Bekanntgabe gebeten. Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht nicht gehindert, in dem Schreiben ein Beweisanzeichen dafür zu erblicken, daß keine Verpflichtung der Beklagten bestand, in der Tankstelle markenfreien Treibstoff zu führen.

c) Die Frage, ob die Beklagte mit Rücksicht auf die Vereinbarung einer Umsatzpacht neben der Festpacht verpflichtet war, die Tankstelle nicht selbst oder durch Agenten zu betreiben, sondern eine andere Betriebsform zu wählen, hat das Berufungsgericht auf Seite 12 des Berufungsurteils ausdrücklich erörtert. Es ist dabei aus tatrichterlichen Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt, daß die Frage zu verneinen sei. Einen Rechtsirrtum lassen diese Ausführungen nicht erkennen.

d) Weshalb es für die Beurteilung der Grundlagen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages von Bedeutung sein soll, daß die Pächterin Bick der Beklagten auf ihrer Tankstelle bei gebundenem Benzinpreis nicht existieren konnte, ist nicht ersichtlich. Zur Beiziehung der Akten des Rechtsstreits der Pächterin Bick gegen die Beklagte war deshalb das Berufungsgericht nicht verpflichtet.

e) Ebensowenig ist von Bedeutung, ob die Einzelhändler, denen von der Beklagten Händlererrabatte gewährt wurden, durch Ausschließlichkeitsklauseln gebunden waren und die von ihnen angebotenen Treibstoffe nur von der Beklagten beziehen durften. Maßgebend ist, daß diese Tankstellen nach außen hin als eigene Tankstellen der betreffenden Einzelhändler auftraten und nicht als Tankstellen der Beklagten gekennzeichnet waren.

f) Die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe eine eigene Schädigung durch Verkauf markengebundenen Kraftstoffes in Kauf genommen, um den Kläger im Zusammenwirken mit der Stadt Mülheim zu schädigen, hat das Berufungsgericht als eine durch Tatsachen nicht belegte reine Vermutung angesehen. Den für dieses Vorbringen durch Bezugnahme auf die einschlägigen Enteignungsakten angetretenen Beweis wertet das Berufungsgericht als unzulässigen Ausforschungsbeweis. Ob die Bedenken, die von der Revision gegen diese verfahrensrechtliche Würdigung geäußert werden, stichhaltig sind, bedarf deshalb keiner Prüfung, weil die Revision nicht im einzelnen angegeben hat, welche Aktenstellen der Enteignungsakten das Berufungsgericht hätte berücksichtigen müssen (vgl. BGH Urt.v. 13. Juli 1956 - VI ZR 150/55 - LM ZPO § 280 Nr. 6), denn ohne solche Angaben ist eine Prüfung für den erkennenden Senat nicht möglich, ob und inwieweit das angefochtene Urteil auf dem Mangel beruhen kann.

g) Der Revision ist zuzugeben, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 3. Januar 1962 auf Seite 4 bestritten hatte, mit den Firmen BV Aral und Shell verhandelt zu haben. Auf der unrichtigen Annahme des Berufungsgerichts, es sei unstreitig, daß solche Verhandlungen stattgefunden hätten, beruht jedoch das angefochtene Urteil nicht, denn

es handelt sich, wie der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils ergibt, nur um eine zusätzliche Hilfservägung des Berufungsgerichts, dessen Urteil bereits von den übrigen, den Angriffen der Revision standhaltenden Feststellungen getragen wird.

h) Eine Zusage der Beklagten, H. [REDACTED] mit der Führung der Tankstelle zu betrauen, hat das Berufungsgericht entgegen der Darstellung der Revision nicht festgestellt. Es würdigt die im ersten Rechtszuge durchgeführte Beweisaufnahme vielmehr rechtsirrtumsfrei dahin, sie habe für eine solche Zusage nichts ergeben. Zu Unrecht beanstandet die Revision auch, daß das Berufungsgericht auf Grund der Aussage der Zeugin Frau H. [REDACTED] festgestellt hat, ihr verstorbener Ehemann habe niemals markenfreien Treibstoff veräußert. Es liegt kein Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht die Angaben der Zeugin übersehen hat, ihr Ehemann habe während der Benzinknappheit auch markenfreies Benzin gekauft, dieses in den Esso-Tank gefüllt und es aus der Esso-Säule verkauft. Wesentlich war, daß H. [REDACTED] dieses Benzin niemals als markenfreies Benzin gekennzeichnet und es nicht zu niedrigeren Preisen abgegeben hat als Markenbenzin. Es unterliegt bei dieser Sachlage keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht die Aussage der Zeugin sinngemäß in der Weise knapp zusammengefaßt hat, wie es geschehen ist.

i) Auf Seite 14 des Berufungsurteils gibt das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten wieder, daß in der Tankstelle N. [REDACTED], die in der Nähe der gepachteten Tankstelle lag, erst seit dem Jahre 1959 markenfreier Treibstoff zu niedrigeren Preisen verkauft worden sei, und bemerkt dazu, der Kläger habe für seine abweichende Behauptung keinen Beweis angetreten.

Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger sich auf das Gutachten eines Sachverständigen berufen hatte. Sie kann aber auch mit dieser Rüge keinen Erfolg haben. Denn der Vortrag, eine genau bezeichnete Tankstelle habe zu einer bestimmten Zeit verbilligten Treibstoff abgegeben, bezieht sich auf eine in der Vergangenheit liegende Tatsache, die der Begutachtung durch einen Sachverständigen nicht zugänglich ist. Die Revision wirft allerdings in diesem Zusammenhang dem Berufungsgericht auch eine Verletzung seiner Aufklärungspflicht vor. Aber auch diese auf § 139 ZPO gestützte Rüge geht fehl. Den Prozeßbevollmächtigten des Klägers, die ihn in den beiden vorausgegangenen Rechtszügen vertreten haben, mußte der Unterschied zwischen Sachverständigen- und Zeugenbeweis geläufig sein. Eine Verpflichtung des Berufungsgerichts, den Prozeßbevollmächtigten des Klägers im zweiten Rechtszuge dazu aufzufordern, für die in Frage stehende Behauptung Zeugenbeweis anzutreten, bestand daher nicht. Es ist somit kein Rechtsfehler, daß das Berufungsgericht den Kläger als beweisfällig angesehen hat.

k) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, allein aus der Tatsache des Umsatzrückganges (statt einer wesentlichen Umsatzsteigerung) trotz der sehr guten Lage der Tankstelle lasse sich nicht folgern, daß die Beklagte sie schuldhaft nur mangelhaft betreut haben müsse. Die Erhebung des vom Kläger hierfür angebotenen Sachverständigenbeweises hat es deshalb nicht für erforderlich gehalten. Die Revision erblickt zu Unrecht einen Verfahrensverstoß darin, daß das Berufungsgericht es unterlassen hat, entsprechend dem Beweisangebot des Klägers das Gutachten eines Sachverständigen über die Behauptung einzuholen,

bei der günstigen Lage der Tankstelle sei ein Umsatz von 40 bis 50 000 l auch bei Preisbindung erzielbar gewesen. Das Berufungsgericht durfte diesen Beweisantrag ablehnen, weil es davon ausgehen konnte, ein Verschulden der Beklagten sei auch dann nicht dargetan, wenn der nach Ansicht des Klägers erzielbare Umsatz tatsächlich hätte erreicht werden können. Es verweist mit Recht darauf, daß die Beklagte in ihrer geschäftlichen Schwungkraft gelähmt war, weil die Enteignung eines großen Teiles des Tankstellengeländes drohte und die Beklagte nicht wußte, wie lange sie trotz der vereinbarten 20jährigen Vertragsdauer die Tankstelle würde betreiben können. Es hebt ferner hervor, daß die in ihren Einrichtungen veraltete Tankstelle eine beengte Lage und eine ungünstige Ausfahrt besaß. Angesichts dieser von dem Berufungsgericht erwähnten Umstände ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht vom Kläger verlangt, er hätte die Tatsachen näher darlegen und unter Beweis stellen müssen, aus denen sich ergeben sollte, daß die Beklagte es schuldhaft unterlassen habe, einen höheren Umsatz zu erzielen.

1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die dieses auf Grund der vom Kläger überreichten Lichtbilder getroffen hat, bot die Tankstelle auf dem Grundstück des Klägers während der Zeit, in der sie von der Beklagten betrieben wurde, äußerlich kein gutes Bild. Hieran traf die Beklagte, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, indes nur insoweit ein Verschulden, als sie den zeitweise wilden Graswuchs an Teilen der kurzen steinernen Einfassung nicht entfernen ließ. Dieser Mangel war aber nach der Überzeugung des Berufungsgerichts nicht so erheblich, daß im Falle seiner Ausräumung der äußere Anblick der Tankstelle sichtlich gewonnen hätte.

Hätte aber die Tankstelle auch bei Beseitigung des wilden Graswuchses keinen wesentlich günstigeren Eindruck gemacht, so kann keine Rede davon sein, daß das Berufungsgericht mit seiner Würdigung den von der Revision angeführten Satz der Lebenserfahrung verletzt habe, ein Kunde, der für Benzin den hohen Preis für Markenkraftstoff bezahlen solle, werde sich über solche Mängel des äußeren Bildes der Tankstelle keinesfalls hinwegsetzen, während ein Kunde, der billiger einkaufen könne, auf den äußeren Eindruck der Tankstelle weniger Gewicht legen werde. Die Revision übersieht, daß die Beklagte nur bei schuldhafter Vernachlässigung auf Schadensersatz haften würde. Für die Frage des Verschuldens der Beklagten ist der von dem Kläger angeführte Satz der Lebenserfahrung jedoch ohne Bedeutung. Das Berufungsgericht hat den angeführten Umstand, der allein der Beklagten zur Last gelegt werden könnte, nur als in so geringem Maße ursächlich für den ungünstigen äußeren Anblick der Tankstelle angesehen, daß er rechtlich bedenkenfrei außer Betracht gelassen werden konnte. Ein etwaiges Verschulden der Beklagten, das in der Unterlassung der Beseitigung des wilden Graswuchses liegen würde, war mithin nach der rechtlich einwandfreien Beurteilung des Berufungsgerichts nicht einmal mitursächlich für den geringen Umsatz in der Tankstelle.

An diese Würdigung ist der erkennende Senat gebunden. Die Revision kann somit auch mit diesem Angriff gegen das Berufungsurteil keinen Erfolg haben.

m) Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten, sie habe die Tankstelle während der Pachtzeit wiederholt "aufmachen" lassen, als zugestanden angesehen, weil der Kläger diesem Vorbringen nicht in der nach der Vorschrift

des § 138 ZPO gebotenen Weise entgegengetreten sei. Die Revision hält diese Betrachtungsweise für rechtsfehlerhaft, weil die Absicht des Klägers, diese Behauptung zu bestreiten, aus seinem übrigen Vorbringen hervorgegangen sei; denn er habe sich ausdrücklich darauf berufen, daß die Beklagte die Tankstelle habe verwahrlosen lassen. Auch diese Rüge ist nicht begründet. Die Beklagte hatte eine bestimmte Behauptung aufgestellt, zu der von dem Kläger keine Erklärung abgegeben worden war. Die ganz allgemein gehaltene Angabe, die Beklagte habe die Tankstelle verwahrlosen lassen, von deren Richtigkeit sich das Berufungsgericht nicht hat überzeugen können, brauchte von dem Berufungsgericht nicht dahin verstanden zu werden, der Kläger wolle bestreiten, daß die Beklagte die Tankstelle während der Pachtzeit wiederholt habe aufmachen lassen.

n) Die Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß die Tankstelle eine beeengte Lage gehabt habe, ist nicht in einer der Vorschrift des § 554 Abs. 3 Buchst. b ZPO entsprechenden Weise ausgeführt worden. Denn der Hinweis auf nicht näher bezeichnete Lichtbilder, aus denen sich angeblich das Gegenteil ergeben soll, genügt nicht zur Begründung der erwähnten Rüge. Sie ist deshalb unzulässig.

Die Angriffe der Revision können somit das Berufungs-
urteil nicht erschüttern. Daher ist die Revision zurück-
zuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht aus § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Messner