

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AGBG §§ 9 Bm, 11 Nr. 5 a, 11 Nr. 6

Zur Wirksamkeit der Vereinbarung eines pauschalierten
Schadensersatzes und einer Vertragsstrafe in Allgemeinen
Geschäftsbedingungen eines Automatenaufstellvertrages.

BGH, Urt. v. 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 - OLG Hamm
LG Bochum

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 196/89

URTEIL

Verkündet am:
21. März 1990
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Norbert M [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], C [REDACTED]-R [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Bruno N [REDACTED], Ba [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Beklagter, Revisionsbeklagter
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 32. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. April 1989 wird zurückgewiesen.

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 7. April 1988 und das Urteil des 32. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 17. April 1989 geändert.

Unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel wird der Beklagte verurteilt, an den Kläger 1.147 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 6. September 1987 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben der Kläger 20/23 und der Beklagte 3/23 zu tragen; die Kosten des zweiten Rechtszuges Rechtszuges und des Revisionsverfahrens werden dem Kläger zu 10/13 und dem Beklagten zu 3/13 auferlegt.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Kläger ist gewerblicher Automatenaufsteller. Der Beklagte war von 1985 bis 1987 Pächter einer Gaststätte in Wa [REDACTED], die er als Pizzeria betrieb. Am 17. November 1985 schlossen die Parteien einen formularmäßig gestalteten, maschinen- und handschriftlich ergänzten "Automaten-Aufstellvertrag mit Konkurrenzverbot", der u.a. folgende Bestimmungen enthielt:

1. a) Der Gastwirt gewährt dem Aufsteller das alleinige Recht, ab 21. November 1985 in der vorbezeichneten Gaststätte an den gemeinsam festgelegten Plätzen, die nur im beiderseitigen Einvernehmen geändert werden dürfen, Spiel-, Musik-, Unterhaltungs- und sonstige Automaten aufzustellen. Automaten im Sinne dieses Vertrages sind alle Vorrichtungen, die nach Geldeinwurf zu Spiel-, Musikdarbietung, Unterhaltung und zum Bezug von Waren und Leistungen freigegeben werden.

Es ist die Aufstellung folgender Automaten vereinbart:

bis zu 2 Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten
nach Bedarf

... Musikautomat

nach Bedarf Unterhaltungsautomaten

nach Bedarf Billard-Geräte

b) Der Aufsteller zahlt an den Gastwirt bei jeder Abrechnung nach vorherigem Abzug der Umsatzsteuer, der Vergnügungssteuer oder einer sonstigen gerätebezogenen Abgabe, der GEMA- und GVL-Tantiemen und der Erlaubnisgebühren folgende Anteile des vorhandenen Einspielergebnisses:

pro Spielautomat mit Gewinnmöglichkeiten
nach Auffüllen der Zählröhre und Rückvergütung vom
Gastwirt verauslagter Gewinne

und nach Abzug einer monatlichen
Unkostenpauschale DM.../... je Gerät 50 %

pro Musikautomat
nach Abzug einer monatlichen
Unkostenpauschale DM.../... je Gerät 40 %

pro Unterhaltungsautomat
nach Abzug einer monatlichen
Unkostenpauschale DM.../... je Gerät 40 %

In den jeweiligen Anteilen des Gastwirtes ist die Mehrwertsteuer enthalten.

Der Anteil des Gastwirtes ist nicht an Dritte abtretbar.

...

2. a) Der Vertrag wird zunächst für die Dauer von 3 Jahren geschlossen. Er verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn er nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.

b) Die Aufgabe der Gaststätte vor Ablauf dieses Vertrages entbindet den Gastwirt nicht von seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag, es sei denn, er verpflichtet den neuen Inhaber schriftlich in der Weise zum vorbehaltlosen Eintritt in den Vertrag, daß der Aufsteller vom neuen Inhaber unmittelbar Erfüllung des Vertrages verlangen kann.

c) Der Aufsteller ist berechtigt, den Vertrag mit allen Rechten und Pflichten auf einen anderen Aufsteller zu übertragen.

3. Die für die Aufstellung der Automaten erforderlichen Installationen übernimmt der Aufsteller auf seine Kosten. Die Auswahl der für die Gaststätte geeigneten Automatentypen obliegt dem Aufsteller; er ist zum Austausch innerhalb der vereinbarten Automatenart berechtigt.

...

5. Der Gastwirt hat sämtliche aufgestellten Automaten während der gesamten Öffnungszeit der Gaststätte spielbereit zu halten. Ist ein Musikautomat aufgestellt, wird er auf keine andere Art Musik darbieten. Der Gastwirt darf ohne schriftliche Zustimmung des Aufstellers weder eigene Spiel-, Musik-, Unterhaltungs- und sonstige Automaten aufstellen noch einem Dritten die Aufstellung gestatten.

6. Der Gastwirt hat dem Aufsteller jede Betriebsstörung unverzüglich mitzuteilen; der Aufsteller hat ihm gemeldete Betriebsstörungen sobald wie möglich zu beheben. Er darf zu diesem Zweck die Automaten in seine Werkstatt nehmen oder austauschen. Der Aufsteller und seine Beauftragten dürfen die Gaststätte während der Öffnungszeiten jederzeit zur Kontrolle, Reparatur, Betreuung und Inkasso betreten.

7. Erreicht der Kasseneinhalt eines oder mehrerer Automaten nicht das für den Aufsteller erforderliche Rentabilitätsminimum, kann er diese Automaten nach einer Anzeigefrist von einer Woche abräumen. Die Abräumung einzelner Automaten berührt nicht die übrigen Verpflichtungen des Gastwirts aus diesem Vertrag. Räumt jedoch der Aufsteller sämtliche Automaten einer bestimmten Art ab, ohne daß der Gastwirt dazu Veranlassung gegeben hat, erlischt hinsichtlich dieser Automatenart das Ausschließlichkeitsrecht des Aufstellers.

8. Ist der Gastwirt zum Schadensersatz verpflichtet, kann der Aufsteller 70 % des ihm nach Abzug des Wirtanteils verbliebenen durchschnittlichen Einspielergebnisses beanspruchen; Berechnungsgrundlage sind die Einspielergebnisse der letzten zwölf Monate, bei kürzerer Laufzeit die der bisherigen Vertragsdauer.

Führt ein Verstoß des Gastwirts zu Verletzung des alleinigen Aufstellrechtes oder zum Verlust des Aufstellplatzes oder wird die Aufstellung oder Inbetriebhaltung aller oder einzelner Automaten verhindert, verurteilt der Gastwirt eine Vertragsstrafe von DM 5.000,--. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Aufstellers werden hierdurch nicht berührt.

Der Kläger stellte in der Pizzeria zwei Geldspielautomaten, ein Billardgerät und einen Kickerautomaten auf; letzteren entfernte er im Dezember 1986.

Das Pachtverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Gaststättenverpächter wurde wegen unbefriedigenden Geschäftsganges der Pizzeria einvernehmlich zum 15. Februar 1987 aufgehoben; der Nachfolgepächter übernahm den Automatenaufstellvertrag nicht. Am 15. Mai 1987 eröffnete der Beklagte in Herten einen neuen Gaststättenbetrieb, wobei er mit einem anderen Aufsteller einen Automatenaufstellvertrag abschloß.

Mit seiner Klage hat der Kläger den Beklagten gemäß Nr. 8 Abs. 2 des Vertrages vom 17. November 1985 auf Zahlung der Vertragsstrafe von 5.000 DM sowie eines Schadensersatzes gemäß Nr. 8 Abs. 1 des Vertrages in Höhe von 3.924,90 DM in Anspruch genommen. Der Schadensberechnung hat er die mit Schriftsatz vom 10. Dezember 1987 eingereichte Aufstellung der Einspielergebnisse zugrunde gelegt. Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung der Vertragsstrafe von 5.000 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht den Beklagten nur noch zur Zahlung eines Schadensersatzbetrages von 2.155,42 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit seiner - zugelassenen - Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte hat sich der Revision des Klägers angeschlossen und beantragt, die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger aufgrund des Automatenaufstellvertrages vom 17. November 1985 kein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 5.000 DM, sondern nur ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.155,42 DM zu. Zwar sei der Vertrag nicht gemäß § 138 BGB insgesamt nichtig; unwirksam seien vielmehr lediglich Nr. 1 b (Abzug einer Unkostenpauschale für die Berechnung des Wirteanteils), Nr. 2 b (Nachfolgeklausel), Nr. 2 c (Vertragsübertragung), Nr. 7 (Rentabilitätsminimum) und Nr. 8 (Schadenspauschale und Vertragsstrafe). Dabei verstoße die Berechnung der Schadenspauschale in Nr. 8 Abs. 1 des Vertrages gegen § 9 AGBG, weil sie den Gastwirt unangemessen benachteilige. Angesichts der hohen Kosten, die dem Kläger für den Erwerb und die Unterhaltung seiner Geräte entstünden, bestehe für den Regelfall ein Mißverhältnis zwischen Schadenspauschale und branchenüblichem Gewinn; die den Schadensersatz auslösende Vertragsverletzung sei zudem inhaltlich nicht konkretisiert und erfasse auch geringfügige Verstöße, ohne die Pauschale der Höhe nach zu differenzieren. Die Vertragsstrafenklausel in Nr. 8 Abs. 2 des Vertrages halte einer Einzelprüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht stand; die pauschale Festsetzung einer Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 DM für alle Fälle einer schuldhaften Vertragsverletzung des Gastwirts sei vom Strafzweck her nicht gerechtfertigt und berücksichtige nicht ausreichend billigenwerte Interessen des Gastwirts.

Der Kläger könne daher mangels wirksamen vertraglichen Strafversprechens nur Ersatz seines Nichterfüllungschadens

gemäß §§ 280 Abs. 1, 285 BGB vom Beklagten ersetzt verlangen. Der Beklagte habe aufgrund eigener unternehmerischer Entscheidung seine Pizzeria aufgegeben; diese Entscheidung liege in seinem Risikobereich und sei von ihm zu vertreten. Der Kläger habe seinen Schadensersatzanspruch auch nicht deshalb verloren, weil er treuwidrig die Übernahme des Vertrages durch den Nachfolgepächter oder dessen Fortsetzung mit dem Beklagten selbst in dessen neuer Gaststätte verhindert habe. Die Vernehmung der Zeugin St. [REDACTED] habe ergeben, daß der Beklagte dem Kläger für keinen dieser beiden Fälle ein annahmefähiges Angebot gemacht habe. Der Kläger sei nicht gehalten gewesen, von sich aus einen Ersatz für den verloren gegangenen Aufstellplatz zu beschaffen.

Den dem Kläger entstandenen Schaden hat das Berufungsgericht sodann gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage der vorgelegten Abrechnungen unter Berücksichtigung des Wirteanteils mit 30 % des Bruttoerlöses aus den letzten drei Monaten vor Vertragsbeendigung geschätzt, wobei es lediglich die in der Gaststätte zuletzt aufgestellten zwei Geldspielautomaten und den Billardautomaten berücksichtigt hat. Bei errechneten Bruttoerlösen in den Monaten November 1986 bis einschließlich Januar 1987 von insgesamt 1.026,40 DM hat es den für die restliche Vertragslaufzeit von 21 Monaten entstandenen Schaden des Klägers mit 2.155,42 DM ermittelt.

II. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision des Klägers ohne Erfolg; die Anschlußrevision des Beklagten führt hingegen zu einer weiteren Herabsetzung des dem Kläger zustehenden Schadensersatzbetrages.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Zahlung der Vertragsstrafe in Höhe von 5.000 DM verneint, da die in Nr. 8 Abs. 2 des Automatenaufstellvertrages vom 17. November 1985 enthaltene Vertragsstrafenklausel gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist.

a) Zwar scheitert die Wirksamkeit der Vertragsstrafenklausel nicht bereits an § 11 Nr. 6 AGBG, weil nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen des Landgerichts der Beklagte als Inhaber der von ihm betriebenen Pizzeria Kaufmann war (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG). Eine im kaufmännischen Geschäftsverkehr verwendete Vertragsstrafenklausel unterliegt jedoch der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG (§ 24 Satz 2 AGBG, vgl. Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 = WM 1984, 663, 667 unter II 2 g; Senatsurteil vom 18. April 1984 - VIII ZR 50/83 = WM 1984, 931, 932 = NJW 1985, 57 f unter II 4). Dabei kann eine gegen die Gebote von Treu und Glauben verstößende Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders auch in der unangemessenen Höhe der Vertragsstrafe liegen (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 1988 - VIII ZR 155/87 = WM 1988, 624, 626 = NJW 1988, 1373, 1374 unter I 2 c aa; siehe auch Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl. § 11 Nr. 6 Rz. 27, 37; Horn in Wolf/Horn/Lindacher § 24 Rz. 31).

b) Die in Nr. 8 Abs. 2 des Automatenaufstellvertrages formularmäßig vereinbarte Vertragsstrafe von 5.000 DM ist jedoch für die dort genannten Vertragsverletzungen überhöht. Nach der vom Kläger vorgelegten Aufstellung hat dieser in der Zeit von Januar 1986 bis Januar 1987 monatliche Einnah-

men von durchschnittlich 267,01 DM erzielt; hiervon sind jedoch die betriebsbedingten Unkosten abzusetzen, die bereits nach dem formularmäßig vereinbarten pauschalierten Schadensersatzbetrag (Nr. 8 Abs. 1 des Vertrages) 30 % ausmachen. Danach beläuft sich bei einer Gesamtvertragslaufzeit von 36 Monaten der dem Kläger im Höchstfall durch die Nichterfüllung des Vertrages entstehende Schaden auf ca.

6.728 DM. Wie der Kläger weiter selbst vorgetragen hat, werden, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die von ihm abgeschlossenen Verträge eingehalten. Dann aber ist es auch nicht bei Anlegung eines generellen überindividuellen Prüfungsmaßstabes (BGHZ 83, 169, 177; 105, 24, 31) aufgrund der Interessenlage des Klägers geboten, ihm durch Vereinbarung möglichst hoher Vertragsstrafen einen Schadensausgleich zu verschaffen. Als Druckmittel, den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anzuhalten (BGHZ 85, 305, 312 f), ist im Hinblick auf die Gewinnerwartung des Klägers ebenfalls ein derart hoher Vertragsstrafenbetrag nicht erforderlich. Die in Nr. 8 Abs. 2 des Automatenaufstellvertrages vereinbarte Vertragsstrafe von 5.000 DM ist daher bei dem hier zu beurteilenden Sachverhalt der Vermietung einer geringen Gerätezahl, jedenfalls für die Zeit nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes, grundsätzlich als zu hoch anzusehen (so auch Schmidt in Ulmer/ Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl. Anh. §§ 9 bis 11 Rdn. 144; Graf von Westphalen in Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, GroßKomm. zum AGB-Gesetz, 2. Aufl. Bd. III Automatenaufstellvertrag Rdn. 21; vgl. auch OLG Celle NJW-RR 1988, 946, 947).

Die formularmäßig ausbedungene Vertragsstrafe von 5.000 DM ist somit wegen unangemessener Benachteiligung des

Gastwirtes unwirksam. Eine Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB kommt nicht in Betracht (BGHZ aaO), unabhängig davon, ob der Beklagte Minderkaufmann ist (§§ 348, 351 HGB).

2. Soweit das Berufungsgericht die Vereinbarung über den pauschalierten Schadensersatz (Nr. 8 Abs. 1 des Vertrags) ebenfalls gemäß § 9 AGBG für unwirksam erklärt hat, da sie den Gastwirt unangemessen benachteilige, erhebt die Revision des Klägers hiergegen keine Einwendungen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Gemäß § 11 Nr. 5 a AGBG ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt; die hierin enthaltene gesetzliche Mißbilligung solcher Schadenspauschalierungsbestimmungen ist im Rahmen von § 9 AGBG, der auf Kaufleute uneingeschränkt anwendbar ist, zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 28. Mai 1984 - III ZR 231/82 = WM 1984, 1174 f = NJW 1984, 2941 f unter II 3 b). Bei dem hier vereinbarten Wirteanteil von 50 % bzw. 40 % liegt die sich danach ergebende Schadensersatzpauschale von 35 % bzw. 42 % des Bruttoerlöses bereits über dem branchenüblichen Gewinn, den das Berufungsgericht selbst mit 30 % des Bruttoerlöses angenommen hat (siehe unten II 4).

In Nr. 8 Abs. 1 des Vertrages ist zudem eine Einheitspauschale vereinbart, die nicht nach den verschiedenen Verstößen differenziert. Dies wäre nur wirksam, wenn die

Pauschale den typischerweise geringsten Schaden nicht übersteigt (Wolf in Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 5 Rz. 19; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 5 Rdn. 14); dies ist jedoch in Anbetracht der Vielzahl der in Betracht kommenden Vertragsverletzungen und deren unterschiedlicher Schadensfolgen nicht der Fall.

Demgemäß kann der noch im Streit befindliche Betrag von 5.000 DM auch nicht teilweise als pauschalierter Schadensersatz gemäß Nr. 8 Abs. 1 des Automatenaufstellvertrages verlangt werden.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht dem Kläger jedoch den Ersatz seines Nichterfüllungsschadens zugebilligt, da der Beklagte aufgrund eigener Entscheidung seine Pizzeria aufgegeben und damit die weitere Aufstellung der Automaten des Klägers verhindert hat.

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist der Vertrag vom 17. November 1985 nicht insgesamt gemäß § 138 BGB nichtig. Zwar kann, wenn zahlreiche Vertragsbedingungen unwirksam sind und der Vertrag durch entsprechende Auslegung oder Fortfall dieser Bestimmungen einen wesentlich anderen Inhalt erhielte, der gesamte Vertrag nichtig sein. Grundsätzlich rechtfertigt aber die Unwirksamkeit einer einzelnen oder auch einiger vertraglicher Regelungen nach dem Grundsatz des § 6 Abs. 1 AGBG die Annahme einer Gesamtnichtigkeit noch nicht (Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 = WM 1984, 663, 664 = NJW 1985, 53, 54 unter II 1 m.w.Nachw.; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-,

Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl., Rz. 540). In dem hier zu beurteilenden Automatenaufstellvertrag sind zwar mehrere Klauseln unwirksam. Die Hauptpflichten der Parteien - Gestattung der Aufstellung von Automaten des Klägers in den Gaststättenräumen des Beklagten gegen Beteiligung am Einspielergebnis - sind jedoch eindeutig festgelegt und rechtswirksam; soweit einzelne Klauseln keinen Bestand haben, betreffen sie Nebenabreden der Parteien, ohne daß ihr Wegfall zu einer Umgestaltung des Vertrages führt.

aa) Entgegen der Ansicht des Beklagten ist allerdings Nr. 1 a des Vertrages, wonach dem Kläger das alleinige Recht gewährt wird "bis zu 2 Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten" und weitere Automaten "nach Bedarf" aufzustellen, nicht unwirksam. Die erstgenannte Vereinbarung verstößt nicht gegen das Schriftformerfordernis des § 34 GWB, da die Zahl der aufzustellenden Automaten zwar variabel, aber in engen Grenzen festgelegt ist (BGH, Urteil vom 8. Mai 1979 - KZR 17/78 = WM 1979, 976 unter II 2). Sowie die Parteien sich durch die Bestimmung, weitere Automaten "nach Bedarf" aufzustellen, bei Vertragsschluß nicht über die Zahl dieser in der Gaststätte des Beklagten aufzustellenden Automaten geeinigt hatten, führt dies ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der vereinbarten Ausschließlichkeitsbindung. § 34 GWB fordert nur, daß die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen schriftlich niedergelegt werden; war die Zahl der genannten Automaten bei Vertragsschluß noch nicht festgelegt, sondern einer späteren Vereinbarung vorbehalten worden, entsprach Nr. 1 a des Vertrages insoweit den getroffenen Vereinbarungen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Mai 1981 - KZR 31/80 = WuW/E BGH 1927).

bb) Soweit das Berufungsgericht Nr. 1 b des Vertrages, der die Gewinnbeteiligung des Gastwirts an den Einspielergebnissen regelt, deshalb für unwirksam hält, weil die Berechnung der pauschalen Unkosten sich nicht aus der Klausel ergebe, kann dem ebenfalls nicht beigetreten werden. Da der Betrag der - vorab abzuziehenden - monatlichen Unkostenpauschale nicht eingesetzt worden ist, haben die Parteien damit einen solchen nicht vereinbart; dem entspricht auch die Handhabung des Vertrages durch die Parteien, nach welcher in den vorgelegten monatlichen Automaten-Abrechnungen von dem jeweiligen Einspielergebnis lediglich Mehrwertsteuer und Vergnügungssteuer, nicht jedoch "sonstige Abzüge" abgesetzt worden sind, und der danach verbleibende "Abrechnungsbetrag" entsprechend den vereinbarten Anteilen zwischen den Parteien aufgeteilt worden ist.

cc) Aus den in Nr. 3 (Auswahl der Automatentypen durch den Aufsteller), Nr. 5 (Verpflichtung des Gastwirts, die aufgestellten Automaten während der gesamten Öffnungszeiten der Gaststätte spielbereit zu halten) und Nr. 6 (Mitteilungspflicht des Gastwirts bei Betriebsstörung) enthaltenen Regelungen ergibt sich ferner entgegen der Ansicht des Beklagten weder allein noch im Zusammenhang mit den übrigen unwirksamen Klauseln eine unbillige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts. Der Auswahl des Automatentyps kommt nach Einigung über die Art der aufzustellenden Geräte keine ausschlaggebende Bedeutung mehr zu (Senatsurteil vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 = WM 1979, 918, 920 unter III 2 b); die anderen genannten Klauseln sollen lediglich die zugesagte Betriebsbereitschaft der Geräte sicherstellen.

dd) Unwirksam ist hingegen, wie das Berufungsgericht ohne Widerspruch seitens der Parteien angenommen hat, Nr. 2 c des Vertrages (Vertragsübertragung); ob dies auch für die weiteren formularmäßigen Klauseln Nr. 2 b (Nachfolgeklausel) und Nr. 7 (Rentabilitätsminimum) gilt (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 = WM 1982, 1354, 1356 f = NJW 1983, 159 ff unter II 3 a und c; Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 aaO unter II 2 a aa und c bb), bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Auch bei Unwirksamkeit dieser und der in Nr. 8 enthaltenen formularmäßigen Klauseln blieben die Hauptpflichten der Parteien bestehen, so daß der Vertragszweck erreicht und der Vertrag sinnvoll durchgeführt werden konnte; eine neue, von der bisherigen völlig abweichende Vertragsgestaltung liegt - ähnlich wie bei dem dem Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 aaO - zugrundeliegenden Sachverhalt - nicht vor. Im übrigen ist der vorliegende Automatenaufstellvertrag, worauf das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, übersichtlich und klar geordnet, so daß sich auch insoweit Bedenken gegen seine Wirksamkeit nicht herleiten lassen.

b) Aufgrund des sonach in seinen wesentlichen Teilen wirksamen Vertrages vom 17. November 1985 war der Beklagte verpflichtet, während der Vertragslaufzeit dem Kläger die Aufstellung der Automaten in seiner Gaststätte in Wa[REDACTED] zu ermöglichen. Wenn der Beklagte die Gaststätte wegen ihm nicht ausreichender Rentabilität aufgab, hat er dies zu vertreten, da die Möglichkeit, in der gepachteten Gaststätte Umsätze zu erzielen, die die Geschäftskosten decken und

darüber hinaus einen angemessenen Gewinn gewährleisten, in seinem Risikobereich liegt (Senatsurteil vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 - aaO unter III 4 b; Wolf/Eckert, Rz. 541, 543).

Das Berufungsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, daß der Beklagte seine Pizzeria freiwillig aufgegeben und der Kläger auch nicht treuwidrig die Übernahme des Automatenaufstellvertrages durch den Nachfolgepächter oder die Fortführung des Vertrages in der neu eröffneten Gaststätte des Beklagten verhindert hat.

Die hiergegen von dem Beklagten in seiner Anschlußrevision vorgebrachten Verfahrensrügen hat der erkennende Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet, § 565 a ZPO.

4. Soweit das Berufungsgericht den dem Kläger entstandenen Schaden für die restliche Vertragslaufzeit gemäß § 287 ZPO auf 2.155,42 DM geschätzt und dem Kläger zugesprochen hat, wendet sich hiergegen allerdings die Anschlußrevision des Beklagten mit Recht.

Zwar steht die Schadensschätzung gemäß § 287 Abs. 1 ZPO im freien Ermessen des Tatrichters und unterliegt nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht; revisionsrechtlich nachprüfbar ist jedoch, ob der Tatrichter Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (BGHZ 92, 85, 86 f; 102, 322, 330).

Danach ist nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den dem Kläger entstandenen Schaden unter Berücksichtigung des Wirteanteils mit 30 % des während der letzten drei Monate erzielten Bruttoerlöses sowie eines Besatzes der Gaststätte mit drei Automaten geschätzt hat. Ein solcher Schadensbetrag entspricht der in der Literatur vertretenen Auffassung, welche auf die von den Aufstellern sonst geltend gemachten erheblichen Unkosten infolge Erwerbs jeweils neuester Geräte, Kosten für Werkstatt, Fremdreparaturen, Beförderung, Bürounterhaltung und Rechtsberatung hinweist (Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen Anh. §§ 9 bis 11 Rdn. 144; Graf von Westphalen aaO, Rz. 20). Auch in dem dem Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 aaO - zugrunde liegenden Sachverhalt war davon ausgegangen worden, daß der branchenübliche Gewinn des damaligen Klägers allenfalls bei 40 % des Bruttoerlöses lag.

Bei der Ermittlung der Bruttoerlöse auf der Grundlage der letzten Automatenabrechnungen für die Zeit von November 1986 bis Januar 1987 hat das Berufungsgericht jedoch übersehen, daß von den monatlichen Bruttobeträgen jeweils die Vergnügungssteuer abzusetzen ist; einen solchen Abzug hat der Kläger auch bei seiner Berechnung seines pauschalen Schadensersatzes vorgenommen.

Danach ergeben sich unter Zugrundelegung der Berechnungsweise des Berufungsgerichts im übrigen bei Aufstellung von künftig nur noch drei Automaten folgende Beträge:

November 1986:

150,89 DM + 135,02 DM = 285,91 DM - 160 DM = 125,91 DM

Dezember 1986:

338,78 DM - 160 DM = 178,78 DM

Januar 1987:

401,71 DM - 160 DM = 241,71 DM

insgesamt: 546,40 DM

Bei einem durchschnittlichen monatlichen Einspielergebnis während der letzten drei Monate in Höhe von 182,13 DM beläuft sich bei einem geschätzten Gewinn des Klägers in Höhe von 30 % des Bruttoerlöses der ihm durch den Verlust des Aufstellplatzes entstandene Schaden für die restliche Vertragsdauer von 21 Monaten dann auf 1.147,42 DM, abgerundet auf 1.147 DM. Dem Kläger konnte daher nur dieser Betrag als Schadensersatz zugesprochen werden.

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch