

10

Zur Frage der Gesamtnichtigkeit eines Automaten-Aufstellvertrages, wenn eine Vielzahl einzelner Bestimmungen in einem Formularvertrag zu beanstanden ist, die teils ersatzlos fortfallen, teils auf einen angemessenen Inhalt zurückgeführt werden müßten (Ergänzung zu BGHZ 51, 55).

BGH, Urt. v. 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 201/81

URTEIL

Verkündet am:
6. Oktober 1982
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Automatenaufstellerin Luise S. [REDACTED], L. [REDACTED]allee [REDACTED]
in C. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Hausfrau Renate B. [REDACTED], N. [REDACTED]wall [REDACTED] in C. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1982 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Celle vom 8. Mai 1981 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

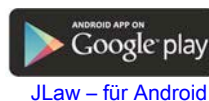
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt gewerbsmäßig Automaten in Gaststätten auf. Die Beklagte war Eigentümerin eines Grundstücks in C [REDACTED]. Auf diesem Grundstück eröffnete sie im April 1977 zusammen mit ihrem damaligen Ehemann die Gastwirtschaft "Br [REDACTED] H [REDACTED]". Konzessionsinhaber war der Ehemann der Beklagten; die Beklagte selbst, die hauptberuflich anderweitig tätig war, half in der Wirtschaft mit. Am 9. März 1977 schlossen die Eheleute mit der Klägerin einen Automaten-Aufstellvertrag, der unter anderem die folgenden Bestimmungen enthält:



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



- "1. Der Gastwirt gewährte dem o. Automatengroßhandel das ausschließliche Recht, ab 1.4.1977 in der bezeichneten Gaststätte an den gemeinsam festgelegten Plätzen folgende Geräte aufzustellen:
- a) eine Musikbox
 - b) zwei Geldspielgeräte
 - h) einen GS. Automaten.
2. Die Aufstellerin zahlt dem Gastwirt bei jeder Abrechnung gestaffelte Wirtsanteile nach Abzug eines Amortisationsbetrages DM 150,-- pro Geldspielgerät pro Monat, bzw. DM 5,00 pro Tag aus. Der Gastwirt hat dafür einen Anspruch, daß alle 6 bis 9 Monate ein Geldspielgerät - Verkaufspreis DM 5600,-- ausgetauscht wird. Durch regelmäßigen Austausch werden z.T. bis 50 % höhere Einspielergebnisse erzielt, so daß der Amortisationsbetrag nicht in das Gewicht fällt.

Die Berechnung der Wirtsanteile wird - wie folgt - vorgenommen:

- a) Bei Aufstellung von mehreren Geräten werden die Spieleinnahmen zusammen kassiert und dann durch die Zahl der Geräte geteilt, um dadurch die Durchschnittseinnahmen pro Gerät zu ermitteln.
- b) Der Tagesdurchschnitt wird seit der letzten Kassierung ermittelt. Der Monat wird mit 30 Tagen berechnet. Ruhetage oder sonstige Betriebsunterbrechungen werden wie normale Geschäftstage gerechnet.
- c) Die derzeitigen Sätze für Vergnügungssteuer und Gema betragen pro Monat:
 - 1. Unterhaltungsgerät DM 3,--
 - 2. Musikbox und Gema DM 25,--
 - 3. Geldspielgerät DM 25,--
 - 4. Mehrwertsteuer nach Bestimmung.Diese Beträge werden von der Bruttokasse zuzüglich des Amortisationsbetrages abgezogen, um den jeweiligen Nettobetrag für die Abrechnung der Wirtsanteile zu errechnen.
- d) Der Gastwirt erhält von den verbleibenden Nettobeträgen gemäß nachstehender Tabelle jeweils von dem übersteigenden Betrag den erhöhten Wirtsanteil, wenn jedes Gerät pro Tag netto:
 - bis DM 5,-- Tagesdurchschnitt 10 %
 - von DM 5,-- bis DM 10,-- Tagesdurchschnitt 20 %

von DM 10,-- bis DM 15,-- Tagesdurchschnitt 30 %
von DM 15,-- bis DM 20,-- Tagesdurchschnitt 40 %
von DM 20,-- bis DM 30,-- Tagesdurchschnitt 50 %
einspielt. Werden höhere, nicht schriftlich vereinbarte Wirteanteile ausbezahlt, so hat der Gastwirt keinen Rechtsanspruch, daß diese erhöhten Wirteanteile auch anschließend gezahlt werden.

3. Dieser Vertrag wird zunächst auf die Dauer von 10 Jahren geschlossen. Wenn dieser Vertrag nicht mindestens 2 Jahre vorher vor Ablauf durch eingeschriebenen Brief gekündigt wird, verlängert er sich jeweils um weitere 3 Jahre. Die Wahrung der Schriftform ist Bedingung für die Wirksamkeit der Kündigung.

4. Der Aufsteller

....

- c) trägt die laufenden Betriebskosten der Automaten und stellt alle Betriebsstörungen ab. Er ist berechtigt, die Automaten zu diesem Zweck in seine Werkstatt zu nehmen oder auszutauschen. Alle Reparaturen werden spätestens innerhalb 1 bis 30 Tagen ausgeführt.
- d) sorgt für einen Schallplattenwechsel von 10-20 Stück vierteljährlich. Die Kassierungen und Abrechnungen der Wirtsanteile werden gleichfalls vierteljährlich vereinbart, können jedoch früher vorgenommen werden...
- e) ist berechtigt, die Gerätearten z.B. Geldspielgerät gegen Geldspielgerät, Musikbox gegen Musikbox, Flipper gegen Flipper usw. auszutauschen.
- f) Wenn der Kasseninhalt eines Gerätes nicht das für den Aufsteller erforderliche Rentabilitätsminimum erreicht, ist er berechtigt, diese Geräte abzuräumen. Die Abräumung einzelner Geräte berührt die übrigen Verpflichtungen des Gastwirtes aus diesem Vertrag hinsichtlich weiterer aufgestellter Geräte nicht....

5. Der Gastwirt

- a) hat die aufgestellten Geräte während der gesamten Öffnungszeit der Gaststätte spielbereit und eingeschaltet zu halten,...
- d) verpflichtet sich, während der Dauer dieses Vertrages in seiner Gaststätte ohne schrift-

liche Zustimmung des Aufstellers weder eigene Automaten aufzustellen noch einem Dritten die Aufstellung zu gestatten und bei Aufstellung eines Musikautomaten auch keine andere Art von Musik darzubieten,...

- f) kann sich von seinen Verpflichtungen aus diesem Vertrag bei Aufgabe der Gaststätte nur entbinden, wenn er den neuen Inhaber der Gaststätte zum schriftlichen Eintritt in diesen Vertrag verpflichtet, oder wenn der Gastwirt diesen Aufstellvertrag in einer neu gepachteten Gaststätte oder Kantine unter den gleichen Bedingungen fortsetzt. Das gilt auch, wenn die Aufgabe der Gaststätte durch den Gastwirt nicht verschuldet ist.
- g) ist von dem Ausschließlichkeitsrecht des Aufstellers befreit, wenn der Aufsteller sämtliche Geräte abräumt, ohne daß der Gastwirt hierzu Veranlassung gegeben hat,
- h) verpflichtet sich, wenn er während der Laufzeit dieses Vertrages eine andere Gaststätte, Kantine usw. übernimmt, diesen Automatenaufstellvertrag in der neuen Gaststätte, Kantine usw. fortzusetzen und zu erfüllen.
- j) übernimmt es, die Geräte äußerlich sauber zu halten und vor Beschädigungen zu schützen. Bei Beschädigungen wird er um die Feststellung des Namens und der Anschrift des Täters bemüht sein und diese dem Aufsteller mitteilen, andernfalls bei Nichtfeststellung des Namens trägt der Gastwirt sämtliche Instandsetzungskosten. Der Gastwirt verzichtet auf das Recht der Aufrechnung und Zurückbehaltung gegenüber allen Ansprüchen des Automatenaufstellers.

6. Ist der Gastwirt gegenüber dem Aufsteller zum Schadensersatz verpflichtet, so kann der Aufsteller 60 % des durchschnittlichen Bruttoerlöses beanspruchen. Bei Errechnung des Bruttoerlöses kann der Aufsteller wahlweise 6 aufeinander folgende Monate für die Feststellung der Bruttoeinnahmen zu Grunde legen. Bei einem Verstoß des Gastwirts gegen eine dieser Vereinbarungen oder einem Verstoß, der das Ausschließungsrecht des Aufstellers teilweise verletzt, oder zum Verlust des Aufstellplatzes führt und für den Fall der Verhinderung der Aufstellung aller oder einzelner Geräte, ver-

wirkt der Gastwirt eine Vertragsstrafe von DM 2000,--. Hiervon werden weitergehende Schadensersatzansprüche nicht berührt.

7. Sind beim Gastwirt die banküblichen Voraussetzungen zur Darlehensgewährung gegeben, wird ein Darlehen bis 2000,-- DM zinslos gewährt. Von 2000,-- DM bis 10000,-- DM zahlt der Gastwirt die üblichen Bankzinsen für Kredite in laufender Rechnung.
Wird bei unzufriedener Auskunft ein Darlehen gewährt, so ist ein einwandfreier Bürge erforderlich und der Zinssatz beträgt - wie in der Automaten- und Gaststättenbranche üblich - 18 %.
Die gleichen Zinsen werden vereinbart, wenn der Gastwirt zum Ersatz eines Schadens oder zur Zahlung der Vertragsstrafe verpflichtet ist....
9. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, so wird die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Es gilt dann vielmehr, soweit gesetzlich zulässig - eine der ungültigen Bestimmung möglichst nahekommende als vereinbart.
10. Der Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Wohnsitz des Aufstellers oder der zweite Wohnsitz, wahlweise.
11. Besondere Vereinbarungen:

Die Eheleute Zollo (Beklagte und Ehemann) erhalten ein zinsloses Darlehn in Höhe von DM 2000,--. Dieses Darlehn wird mit 50 % der Wirteanteile zurückgezahlt.- Ferner erhalten die Ehel. Zollo, falls erforderlich, ein Darlehn in Höhe von DM 8000,-- über die D[REKTIERT] Ba[REKTIERT] mit Bürgschaft des Automatengroßhandels zu normalen Bankzinsen, Abzahlung in 24-36 Monatsraten."

Die Klägerin gewährte den Eheleuten ein zinsloses Darlehen von 2.000,-- DM sowie kurze Zeit darauf dem Ehemann der Beklagten ein weiteres Darlehen in derselben Höhe. Im Juni 1978 trennten sich die Beklagte, die zwischenzeitlich auch geschieden ist, und

ihr damaliger Ehemann. Die Beklagte betrieb die Gaststätte zunächst zusammen mit ihrem Vater weiter. Im Juni 1979 verkaufte sie das Gaststättengrundstück. Die Käufer haben die Pflichten aus dem Automaten-Aufstellvertrag nicht übernommen.

Die Klägerin macht mit der Klage Schadensersatzansprüche gemäß Nr. 6 Abs. 1 des Vertrages geltend, weil sie meint, die Beklagte habe gegen Nr. 5 f des Vertrages verstoßen. Die Klägerin hat zunächst auf der Grundlage der Spieleinnahmen in der Zeit vom 6. April bis 30. September 1978 60 % des angeblichen durchschnittlichen Einspielergebnisses für die Zeit vom 1. Juli 1979 bis 1. April 1987 verlangt. Im Berufungsrechtszug hat sie ihren Anspruch auf 33 % der Einspielerinnahmen vermindert und nur noch 1.871,90 DM für die Zeit vom 1. Juli 1979 bis 31. Mai 1980 sowie monatlich 187,19 DM ab 1. Juni 1980 bis 1. April 1987, jeweils nebst 18 % Zinsen, gefordert.

Die Beklagte hält den Automaten-Aufstellvertrag für nichtig und meint im übrigen, daß sie jedenfalls nicht schuldhaft gegen Nr. 5 f des Vertrages verstoßen habe. Ihr damaliger Ehemann habe die Gaststätte heruntergewirtschaftet und ihr 60.000,-- DM Schulden hinterlassen. Deshalb habe sie das Gaststättengrundstück kurzfristig veräußern müssen. Die Käufer seien die einzigen Interessenten gewesen und hätten von vornherein erklärt, den Automaten-Aufstellvertrag nicht übernehmen zu

wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, zahlreiche Einzelbestimmungen des Automaten-Aufstellvertrages seien wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, weil sie zum Teil die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts in einer mit Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbarenden Weise einschränkten, zum Teil auch unbillige Belastungen des Wirts enthielten; einige Klauseln seien darüberhinaus auch unsystematisch und unübersichtlich in das Vertragswerk eingeordnet. Dies führe zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages, weil angesichts der Fülle unwirksamer Einzelregelungen eine Anpassung an einen angemessenen Inhalt den Charakter des Vertrages ändern und den Parteien eine völlig neue abweichende Vertragsgestaltung aufdrängen würde.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis den Revisionsangriffen stand.

1. Die umstrittenen Regelungen des Automaten-Aufstellvertrages sind in dieser Branche typische, nicht aus den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles erwachsene und daher in der Revisionsinstanz frei nachprüfbare Bestimmungen (vgl. Senatsurteil vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 = WM 1979, 918, 919).

2. Der hier streitige Vertrag ist vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes abgeschlossen. Ob gegen die Regelung des § 28 Abs. 2 in Verbindung mit § 9 AGBG verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., § 28 Rdn. 4) und ob die Vorschrift auf Automaten-Aufstellverträge überhaupt anwendbar ist, kann dahinstehen. Denn der von der Klägerin verwendete Formularvertrag hält schon einer Inhaltskontrolle nach den von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entwickelten und an § 242 BGB orientierten Grundsätzen nicht stand (vgl. auch Senatsurteil vom 7. April 1982 - VIII ZR 323/80 = WM 1982, 712 f = ZIP 1982, 698, 699). Danach muß derjenige, der einseitig die Bedingungen eines Formularvertrages aufstellt, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben schon bei Abfassen derartiger Bedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen berücksichtigen. Versucht er, in mißbräuchlicher Verfolgung eigener Interessen formularmäßige Bedingungen zum Vertragsinhalt zu machen, die der Billigkeit widersprechen und den Vertragspartner in seiner Handlungsfreiheit über Gebühr einengen, so können diese Bedingungen gemäß § 138 BGB der Rechtswirksamkeit

entbehren, wenn sie nicht durch eine an § 242 BGB orientierte Auslegung auf ein vertretbares Maß zurückgeführt werden können. Verstoßen in einem Vertrag zahlreiche Bestimmungen gegen die guten Sitten und würde der Vertrag durch entsprechende Auslegung oder Fortfall dieser Bedingungen einen wesentlich anderen Inhalt erhalten, so kann der gesamte Vertrag nichtig sein (vgl. z.B. Senatsurteil vom 3. März 1971 - VIII ZR 55/70 = LM § 138 (Bc) BGB Nr. 8 = NJW 1971, 1034, 1035 = WM 1971, 503 m.w.N.). Bei der Abwägung ist das Leitbild des Automaten-Aufstellvertrages als eines Gestattungsvertrages, der neben mietvertraglichen Elementen auch personenbezogene Merkmale aufweist, zugrunde zu legen und die unterschiedliche Risikobeteiligung des Aufstellers, für den der Abschluß derartiger Verträge der eigentliche Inhalt seiner unternehmerischen Tätigkeit ist, gegenüber derjenigen des Wirts zu berücksichtigen, für den sich die Automaten-aufstellung nur als Nebenerwerbschance darstellt. Zu beachten ist aber auch die Pflicht des Automaten-Aufstellers, der sich, wie die Klägerin, eines Formularvertrages bedient, schon bei der Vertragsgestaltung die Interessen des Gastwirts angemessen zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 6. Juni 1979 aaO S. 919).

Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze beachtet und auch nicht verkannt, daß der Formularvertrag vom 9. März 1977 Bestimmungen enthält, die denen vergleichbar sind, welche der erkennende Senat in dem seiner Entscheidung BGHZ 51, 55 (= WM

1969, 20) zugrundeliegenden Fall beanstandet hat. Zwar waren in jenem Fall die Bedingungen, die die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts einschränkten, noch einschneidender. Dem steht jedoch gegenüber, daß der hier umstrittene Vertrag eine Reihe von Bestimmungen aufweist, die den Vertragspartner in sonst unangemessener Weise belasten.

3. Der von der Klägerin verwendete Automaten-Aufstellvertrag weist mehrere Bedingungen auf, die für sich betrachtet zwar noch nicht schlechthin unbillig sein mögen, die aber in ihrer Gesamtheit die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Wirts in unvertretbarem Maße einengen.

a) Die Nachfolgeklausel in Nr. 5 f Satz 1 des Vertrages, wonach sich der Gastwirt von seinen Verpflichtungen aus dem Verträge bei Aufgabe der Gaststätte nur lösen kann, wenn er den neuen Inhaber zum schriftlichen Eintritt in den Vertrag verpflichtet oder den Aufstellvertrag in einer neugepachteten Gaststätte unter gleichen Bedingungen fortsetzt, hat der Senat unter bestimmten Voraussetzungen unbeanstandet gelassen (vgl. Senatsurteile vom 9. Dezember 1970 - VIII ZR 9/69 = LM § 133 (C) BGB Nr. 32 = WM 1971, 243, 244; vom 24. Januar 1973 - VIII ZR 147/71 = WM 1973, 388 und vom 6. Juni 1979 aaO S. 920). Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß diese Klausel die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts erheblich einengt. Bei einem Verkauf oder einer Verpachtung wird der

Kreis möglicher Bewerber, denen die Pflichten aus dem Aufstellvertrag weitergegeben werden müssen, oft deshalb eingeschränkt sein, weil sie ihrerseits noch Verpflichtungen aus früheren Aufstellverträgen haben, den Abschluß neuer Verträge als Mittel zur Kreditbeschaffung nutzen möchten oder auch einfach durch Abschaffung oder Ersetzung der Automaten Einfluß auf den Charakter der Wirtschaft nehmen wollen. Dennoch erlaubt eine Berücksichtigung der Interessen auch des Aufstellers die Vereinbarung einer derartigen Klausel, wenn nur der Wirt jedenfalls für den Fall entpflichtet wird, daß er die Gastwirtschaft infolge außergewöhnlicher und nicht in seinen Risikobereich fallender Umstände aufgibt. Dieser Grundsatz, den der Senat mehrfach für den Fall ausgesprochen hat, daß der Gastwirt Pächter der Wirtschaft ist (vgl. die zur grundsätzlichen Wirksamkeit der Nachfolgerklausel angeführten Senatsurteile), muß auch dann gelten, wenn es sich um den Eigentümer des Gastwirtschaftsgrundstücks handelt. Zwar ist - anders als der Eigentümer - der Gastwirt als Pächter nach Aufgabe der Gaststätte in aller Regel nicht in der Lage, darauf Einfluß zu nehmen, daß und mit wem die Gaststätte fortgeführt wird. Doch auch der Eigentümer des Gastwirtschaftsgrundstücks kann aus Gründen außerhalb seines Risikobereichs gezwungen sein, die Gaststätte aufzugeben, und sich unverschuldet außerstande sehen, einen Nachfolger zu finden, der die Pflichten aus dem Aufstellvertrag zu übernehmen bereit ist. Dieser denkbaren Situation trägt die Bestimmung der Nr. 5 f Satz 2 des Vertrages vom

9. März 1977, die eine Bindung des Wirts auch für den Fall vorsieht, daß die Aufgabe der Gaststätte durch ihn nicht verschuldet ist, nicht Rechnung. Die Klausel ist mithin unwirksam; Satz 1 der Nr. 5 f des Vertrages bedürfte, um Bestand zu haben, einer einschränkenden Auslegung im Sinne der dargestellten Senatsrechtsprechung.

b) Auch die Erweiterungsklausel in Nr. 5 h des Vertrages ist als nicht mehr angemessener Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts zu beanstanden. Der Senat hatte bereits mehrfach Veranlassung, Bedenken gegen eine derartige Erweiterungsklausel zu erheben (vgl. Senatsurteile vom 11. November 1968 - VIII ZR 151/66 = WM 1969, 20, 21, insoweit in BGHZ 51, 55 nicht abgedruckt; vom 7. April 1982 aaO = WM 1982, 712, 713). Auch im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, daß diese Klausel zumindest dann unwirksam ist, wenn sie mit weiteren unbilligen Beschränkungen zusammentrifft (vgl. Ulmer/ Brandner/Hensen, aaO Anh. § 9-11 Rdn. 143; von Ols- hausen/Schmidt, Automatenrecht, 1972, Rdn. B 100). Die Klausel verschließt dem Wirt den Erwerb oder die Pachtung aller der- jenigen Gaststätten, deren Inhaber Automaten aufgestellt haben und ihrerseits durch Verträge mit Nachfolgerklauseln gebunden sind. Außerdem zwingt sie den Wirt, selbst dort Automaten auf- zustellen, wo es wegen des Charakters der Gaststätte gastrono- mischer Erfahrung zuwiderliefe. Für die von der Revision vorge- schlagene Auslegung der Klausel dahingehend, daß sie dem Wirt

nicht die Übernahme einer Gaststätte mit einer bereits vorhandenen Bindung an einen Aufstellvertrag verbiete, gibt der Wortlaut der Klausel keinen Anhaltspunkt.

c) Eine unbillige einseitige Berücksichtigung der Interessen des Aufstellers liegt weiter in der Verbindung der Rentabilitätsklausel in Nr. 4 f mit Nr. 5 g des Vertrages. Der Senat hat Rentabilitätsklauseln, mit denen dem Aufsteller im Ergebnis ein fristloses Kündigungsrecht eingeräumt wird, je nach den Umständen der konkreten Vertragsgestaltung unbeanstandet gelassen (vgl. Senatsurteil vom 3. März 1971 aaO = WM 1971, 503 f) oder auch Bedenken angedeutet (vgl. Senatsurteile vom 11. November 1968 - VIII ZR 151/66 = WM 1969, 20 f, insoweit in BGHZ 51, 55 nicht abgedruckt; vom 6. Juni 1979 aaO S. 920). Im Schrifttum werden ebenfalls Zweifel an der Wirksamkeit geäußert (vgl. Wolf, Aktuelle Fragen des Miet- und Pachtrechts in der gewerblichen Wirtschaft, 2. Aufl., 1982, S. 17, 18; Ulmer/Brandner/Hensen aaO Rdn. 141; von Olshausen/Schmidt aaO Rdn. B 68). Fraglich ist schon, ob der in der Klausel verwendete Ausdruck "Rentabilitätsminimum" nicht so unbestimmt ist, daß er dem Aufsteller nicht nur bei unrentablen Geräten, sondern auch dann, wenn er einen besseren Aufstellplatz gefunden hat, es erlaubt, von seinem Recht, die Geräte abzuräumen, unter einem Vorwand Gebrauch zu machen. Unbillig ist es jedenfalls, wenn der Gastwirt auch bei der Abräumung einzelner Geräte von dem Ausschließlichkeitsrecht des Aufstellers nicht befreit wird

(Nr. 5 g des Vertrages). Dies kann dazu führen, daß der Aufsteller kurze Zeit nach Vertragsschluß die Geldspielgeräte mangels Rentabilität abräumt und der Wirt noch auf die gesamte Zeit der Vertragsdauer gehindert ist, sich auf andere Weise derartige Geräte zu beschaffen. Auch der Umstand, daß der Aufsteller hauptgewerblich von den Aufstellverträgen existiert, während sie für den Gastwirt ein Nebengeschäft darstellen, vermag eine derartige Risikoverteilung nicht zu rechtfertigen. Die Ausschließlichkeitsbindung kann somit hinsichtlich abgeräumter Geräte keinen Bestand haben. Im übrigen bringt der Versuch einer eingeschränkten Aufrechterhaltung der Klausel Nr. 5 g des Vertrages die Schwierigkeit mit sich, daß das Gericht einen Ausgleich der kollidierenden Interessen für den Fall zu finden hätte, daß der Wirt sich Ersatz für die abgeräumten Geräte - soweit überhaupt möglich - beschafft, der Automatenaufsteller hingegen später die Wiederaufstellung der alten oder anderer Geräte wünscht.

d) Dagegen sieht der Senat - entgegen dem Berufungsgericht - in der in Nr. 3 des Vertrages vom 9. März 1977 vorgesehenen zehnjährigen Mindestlaufzeit keine unangemessene Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts (vgl. auch Senatsurteile vom 9. Dezember 1970 aaO; 10. November 1976 - VIII ZR 84/75 = WM 1977, 112, 113; BGHZ 71, 80). Dieser mußte sich bei Abschluß des Vertrages der damit verbundenen Entscheidung über den Charakter der Gaststätte - wenn eine Änderung, was

die Revision bezweifelt, überhaupt in Betracht kam - bewußt sein. Es besteht auch keine unmittelbare Beziehung zwischen der Laufzeit des Vertrages und den vorstehend erörterten Klauseln: Weder würde eine kürzere Vertragsdauer die Bedenken gegen die anderen den Wirt belastenden Bestimmungen entfallen lassen noch könnte eine Änderung dieser anderen Regelungen eine längere Laufzeit rechtfertigen.

Die in Nr. 3 Satz 2 des Vertrages vereinbarte zweijährige Kündigungsfrist fällt dagegen völlig aus dem Rahmen (vgl. zu einer 2 1/2-jährigen Kündigungsfrist auch Senatsurteil vom 11. November 1968 = WM 1969, 20, 21, insoweit in BGHZ 51, 55 nicht abgedruckt). Sie zwingt den Wirt, bereits zwei Jahre vor Ablauf des Vertrages eine Entscheidung über die künftige Gestaltung der Gaststätte zu treffen. Beachtliche Gründe für eine derart lange Kündigungsfrist sind nicht ersichtlich (ebenso für eine über drei Monate liegende Kündigungsfrist z.B. Raisch BB 1968, 531; Ulmer/Brandner/Hensen aaO Rdn. 142; Staudinger/Schlosser, AGBG, 1980, § 9 Rdn. 64). Die Argumentation der Klägerin, sie benötige eine derart lange Kündigungsfrist, um bei einer Kündigung durch die Beklagte von der teureren Anschaffung eines neuen Geldspielgerätes Abstand zu nehmen, verstärkt die Bedenken gegen diese vertragliche Regelung. Denn grundsätzlich wird der dem Gastwirt in Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 eingeräumte Anspruch darauf, daß alle sechs bis neun Monate ein Geldspielgerät ausgetauscht wird, von einer Kündigung des Vertrages nicht be-

rührt. Wenn andererseits die Klägerin nach einer Kündigung durch die Beklagte die Absicht haben sollte, unter Berufung auf die Rentabilitätsklausel (Nr. 4 f des Vertrages) etwa die Geldspielgeräte nach einiger Zeit ersatzlos abziehen, so wäre der Wirt in der restlichen Vertragszeit ohne Geldspielgerät, ohne die Möglichkeit zu haben, anderweitig einen Aufstellvertrag zu schließen (Nr. 5 g des Vertrages). Ist ein berechtigtes Interesse des Aufstellers an einer zweijährigen Kündigungsfrist nicht erkennbar, so bringt sie auf der anderen Seite für den Gastwirt die Gefahr mit sich, daß er wegen der noch weit entfernt liegenden Zeit der Vertragsbeendigung den Kündigungstermin übersieht und dann für weitere drei Jahre an den Vertrag gebunden ist.

Die Verbindung der Nachfolgeklausel auch bei unverschuldeter Aufgabe der Gaststätte, der Erweiterungsklausel bei jeder neuen Geschäftseröffnung, der Rentabilitätsklausel bei fortbestehender Ausschließlichkeitsbindung des Wirts und der zweijährigen Kündigungsfrist stellt eine nicht mehr ausgewogene Berücksichtigung der Interessen der Parteien und einen nicht mehr hinnehmbaren Eingriff in die Betriebsführung des Gastwirts dar. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch das Verbot anderweitiger Musikdarbietungen (Nr. 5 d) und die Verpflichtung, die aufgestellten Geräte während der gesamten Öffnungszeit der Gaststätte spielbereit und eingeschaltet zu halten (Nr. 5 a des Vertrages), berücksichtigt. Diese Klauseln, die für sich genommen noch

keine unbilligen Beeinträchtigungen des anderen Vertragsteils mit sich bringen (vgl. Senatsurteile vom 3. März 1971 aaO = WM 1971, 503, 504 und vom 6. Juni 1979 aaO S. 920), verstärken doch die bereits durch die anderen Vertragsbestimmungen gegebenen Einschränkungen der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts (vgl. Senatsurteil vom 11. November 1968 - VIII ZR 151/66 = WM 1969, 20, 21, insoweit in BGHZ 51, 55 nicht abgedruckt).

4. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß auch in Formularverträgen vereinbarte Bindungen im Einzelfall desto einschneidender sein können, je erheblicher auf der anderen Seite die Gegenleistungen des Vertragspartners sind (vgl. Senatsurteil vom 16./17. September 1974 - VIII ZR 116/72 = NJW 1974, 2089 = WM 1974, 1042, 1043). Die aufgeführten - den Wirt belastenden - vertraglichen Regelungen werden aber durch die ihm gewährten Leistungen nicht aufgewogen, auch wenn zu berücksichtigen ist, daß das wirtschaftliche Risiko überwiegend beim Aufsteller lag. Der dem Gastwirt eingeräumte Gewinnanteil war - auch verglichen mit den dem Senat aus anderen Entscheidungen bekannten Verträgen (vgl. z.B. die Sachverhalte in den Senatsentscheidungen BGHZ 51, 55; vom 3. März 1971 aaO und vom 6. Juni 1979 aaO) - gering. Der Wirteanteil verringerte sich noch durch den den Aufsteller begünstigenden Vorwegabzug des Amortisationsbetrages, der Vergnügungssteuer und der Gema-Gebühren. Die von der Klägerin vorgelegten Abrechnungen ergeben,

daß der Wirteanteil der Beklagten selbst in den günstigsten Zeiten den Betrag von 100,-- DM monatlich kaum überstieg. Dieser Betrag ist noch erheblich zu reduzieren, weil die Klägerin nach ihrem Vortrag der Beklagten den doppelten Wirtanteil ausbezahlt hat, was bei der Beurteilung des Vertragsinhaltes keine Berücksichtigung finden kann. Das von der Klägerin der Beklagten und ihrem damaligen Ehemann gewährte Darlehen von 2.000,-- DM ist wirtschaftlich ebenfalls nicht von erheblicher Bedeutung, zumal es noch mit 50 % des Wirtanteils getilgt werden mußte. Das dem Ehemann der Beklagten zusätzlich gewährte Darlehen von 2.000,-- DM mußte bei der Beurteilung des Vertragsinhalts außer Betracht bleiben. Endlich bedeutete die von der Klägerin in Aussicht gestellte Bürgschaft für ein weiteres Darlehen in Höhe von 8.000 ,-- DM für die Beklagte keinen derart großen Vorteil, daß er die im Vertrag enthaltenen Belastungen aufzuwiegen imstande war.

5. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß der Gastwirt durch eine Reihe weiterer Klauseln unbillig belastet wird. Dabei kommt nach Auffassung des Senats dem Recht des Aufstellers, Reparaturen spätestens innerhalb von dreißig Tagen auszuführen (Nr. 4 c), dem auf gleichartige Geräte beschränkten Austauschrecht (Nr. 4 e) und dem Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot (Nr. 5 j Satz 3 des Vertrages) keine Bedeutung zu. Zu beanstanden sind dagegen die folgenden vertraglichen Bestimmungen:

a) Zwar ist eine Abrede über eine Pauschalierung des Schadensersatzes, wie sie Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages vorsieht, grundsätzlich auch in Formularverträgen möglich (vgl. BGHZ 63, 256, 260; 67, 312, 313 f; 82, 121, 128). Die Höhe der Pauschale ist jedoch dann zu beanstanden, wenn sie in einem offenen Mißverhältnis zur Höhe des branchenüblichen Gewinns steht (vgl. BGHZ 67, 312, 314 und Senatsurteil vom 8. Oktober 1969 - VIII ZR 20/68 = NJW 1970, 29, 32 = WM 1969, 1391, 1394; BAG NJW 1967, 751, 752 = WM 1967, 305, 307). Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der branchenübliche Gewinn der Klägerin allenfalls bei 40 % des Bruttoerlöses liegt. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen. Die Klägerin selbst hatte im Berufungsrechtszug ihren Nettoverdienst sogar noch geringer angegeben. Vereinbarte sie unter diesen Umständen eine ihren tatsächlichen Schaden um mindestens die Hälfte übersteigende Schadensersatzpauschale, so kann von einem angemessenen Verhältnis keine Rede mehr sein. Dabei ist ohne Bedeutung, daß die Klägerin jetzt nur noch rd. 30 % der Bruttoeinnahmen als Schadensersatz geltend macht. Denn bei der Prüfung der Wirksamkeit des gesamten Vertrages kommt es allein auf den Inhalt der einzelnen Klauseln an; eine danach unwirksame Bestimmung wird nicht dadurch wirksam, daß der Berechtigte von ihr nicht in vollem Umfang Gebrauch macht (vgl. BGHZ 82, 121, 128 und Senatsurteil vom 7. April 1982 aaO).

Eine unbillige Bevorzugung der Interessen der Klägerin ist es

auch, wenn ihr in Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 des Vertrages das Recht eingeräumt wird, bei Berechnung des Bruttoerlöses wahlweise sechs aufeinanderfolgende Monate für die Feststellung der Bruttoeinnahmen zugrunde zu legen. Dies gibt dem Aufsteller die Möglichkeit, sich aus der gesamten Vertragszeit die Serie der besten - möglicherweise schon lange zurückliegenden - Monate auszusuchen, die mit dem jetzigen Einspielergebnis und damit dem dem Aufsteller tatsächlich entstandenen Schaden nicht vergleichbar ist. Dies ist willkürlich. Die von der Revision angeführten Senatsentscheidungen BGHZ 63, 256 und vom 6. Juni 1979 (VIII ZR 281/78 = WM 1979, 918) hatten andere vertragliche Regelungen zum Gegenstand, mit denen gerade auf die durchschnittlichen Einspielergebnisse der bisherigen Vertragsdauer oder des letzten Jahres abgestellt wurde.

b) Eine unbillige Verteilung der von Aufsteller und Gastwirt zu tragenden Risiken enthält weiter Nr. 5 j Satz 2 des Vertrages, wonach der Gastwirt bei Beschädigungen der Geräte sämtliche Instandsetzungskosten zu tragen hat, falls es ihm nicht gelingt, den Namen des Täters festzustellen. Zwar ist es üblich, dem Gastwirt schon wegen seiner räumlichen Nähe eine Obhuts- und Aufsichtspflicht aufzuerlegen. Auf eine Verletzung derartiger Pflichten stellt die zu beanstandende Klausel aber gerade nicht ab. Insbesondere in den Fällen, in denen bei nächtlichen Einbrüchen die Geräte beschädigt werden, wird sie auch oft zu verneinen sein. Aus welchem Grunde der Gastwirt

und nicht der eigentlich wirtschaftlich betroffene Eigentümer billigerweise für einen Versicherungsschutz der Geräte zu sorgen hat, wie die Revision geltend macht, ist nicht einzusehen. Die Bestimmung der Nr. 5 j Satz 2 des Vertrages bedürfte daher einer einschränkenden Änderung dahin, daß der Gastwirt nur bei verschuldeter Nichtfeststellung des Täters die Instandsetzungskosten zu tragen hat.

c) Bedenklich ist auch die in Nr. 7 Abs. 2 des Vertrages - unabhängig von der Höhe der jeweiligen Bankzinsen und neben der Sicherung durch einen Bürgen - vereinbarte Darlehensverzinsung von 18 %. Dies gilt erst recht für die Verzinsung auch der Vertragsstrafe (Nr. 7 Abs. 3 des Vertrages), für die der Aufsteller nicht seinerseits in Vorlage treten muß. Die letztere Bestimmung kann aber vor allem deshalb nicht mehr hingenommen werden, weil sie - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt - ganz unsystematisch und daher überraschend mit den Voraussetzungen einer Darlehensgewährung und der Verzinsung des Darlehens in Zusammenhang gebracht ist.

d) Die in Nr. 10 des Vertrages über den Gerichtsstand getroffene Vereinbarung verstößt gegen das grundsätzliche Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl., Vorbem. 5 b vor § 38). Eine der durch § 38 ZPO zugelassenen Ausnahmen liegt nicht vor. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, daß die Beklagte und ihr damaliger Ehemann

die Gastwirtschaft als Minderkaufleute betrieben haben, so daß § 38 Abs. 1 ZPO keine Anwendung findet.

6. Das Berufungsgericht hat beanstandet, daß mehrere Klauseln des Vertrages unklar und schwer verständlich oder - wie die bereits erörterte Regelung in Nr. 7 Abs. 3 - an überraschender Stelle in dem Vertrag eingeordnet sind. Der Revision ist zuzugeben, daß dies nicht in dem Umfang der Fall ist wie bei dem in der Senatsentscheidung BGHZ 51, 55 zu beurteilenden Vertrag. Gleichwohl geben auch in dieser Hinsicht verschiedene - für den Gastwirt wichtige - Bestimmungen zu Bedenken Anlaß.

a) Dies gilt für den einleitenden Satz in Nr. 2 des Vertrages (Berechnung des Wirteanteils). Bei nicht besonders aufmerksamem Lesen dieses sprachlich verunglückten Satzes kann sich leicht das Mißverständnis einstellen, der Wirteanteil betrage 150,-- DM pro Geldspielgerät im Monat.

Die eigentliche Berechnung des Wirteanteils - Abzug des Amortisationsbetrages, der Vergnügungssteuer und der Gema-Gebühren, Ermittlung des Tagesdurchschnitts, Anwendung der Tabelle - verlangt zwar eine nicht geringe Aufmerksamkeit und Geschäftserfahrung, kann aber hingenommen werden, weil auf die Verständnismöglichkeiten eines branchenkundigen Gastwirts abzustellen ist (vgl. Senatsurteil vom 6. Juni 1979 aaO = WM 1979, 918, 919). Zu beanstanden ist dagegen, daß sich die in diesen

Zusammenhang gehörende Regelung des Zeitraums für die Kassierungen und Abrechnungen erst an ganz anderer Stelle (Nr. 4 d des Vertrages) findet.

b) Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß das Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsverbot in Nr. 5 j Satz 3 des Vertrages unsystematisch und überraschend nach den einleitenden Regelungen über die Sauberhaltung der Geräte und den Schutz vor Beschädigungen eingeordnet ist. Denn der Schadensersatzanspruch bei Beschädigungen des Automaten ist keineswegs die einzige Forderung, die der Aufsteller gegen den Gastwirt geltend machen kann. Nach Nr. 6 des Vertrages hat er bei vielen Verstößen des Gastwirts gegen eine der vertraglichen Vereinbarungen Schadensersatz- und Vertragsstrafenansprüche.

c) Schließlich stößt auch die Regelung in Nr. 7 Abs. 2 des Vertrages auf Bedenken. Die Formulierung "bei unzufriedener Auskunft" läßt nicht nur offen, von wem die Auskunft eingeholt werden soll, sondern besagt auch nicht, wann eine Auskunft "unzufrieden" ist.

7. Das Berufungsgericht hat in zutreffender Anwendung der im Senatsurteil BGHZ 51, 55 aufgestellten Grundsätze angenommen, daß trotz Nr. 9 des Automaten-Aufstellvertrages die Vielzahl der unbilligen Einzelbestimmungen zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt. Zwar rechtfertigt grundsätzlich die Nichtigkeit

einer einzelnen oder auch einiger vertraglicher Regelungen noch nicht die Annahme, daß der gesamte Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, solange die bedenklichen Bestimmungen durch eine interessengerechte Auslegung auf einen angemessenen Sinngehalt zurückgeführt werden können. Im vorliegenden Fall weist der Vertrag aber eine große Anzahl von Klauseln auf, die entweder eine mit Treu und Glauben unvereinbare Beschränkung des Gastwirts enthalten oder einen ihn sonst in unbilliger Weise belastenden Inhalt haben oder wegen ihrer mangelnden Klarheit oder unübersichtlichen Einordnung in den Vertrag zu beanstanden sind. Einen billigen Inhalt könnte das Vertragswerk nur erhalten, wenn die zu beanstandenden Bestimmungen teils fortfallen, teils auf eine hinnehmbare Regelung zurückgeführt werden. Diese notwendigen Änderungen würden jedoch zu einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung führen, die von dem Parteiwillen nicht mehr getragen wäre. Eine derart weitgehende Umgestaltung des Vertrages ist nicht Aufgabe des Senats. Dabei kommt es nicht darauf an, daß auch Nr. 9 des Vertrages selbst seinem Inhalt nach Bedenken begegnet. Denn wenn diese Klausel vorschreibt, im Falle der Nichtigkeit einzelner vertraglicher Bestimmungen eine der ungültigen Bestimmung möglichst nahekommende Regelung zu finden, so wälzt der Verwender des Formularvertrages das ihn treffende Risiko der Wirksamkeit in unangemessener Weise auf den Wirt und auch auf das Gericht ab, dem zugemutet wird, den jeweils gerade noch zulässigen Inhalt unwirksamer Klauseln zu ermitteln.

III. Da die Revision erfolglos geblieben ist, hat die Klägerin auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch