

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 333/82

URTEIL

Verkündet am
23. November 1983
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der L[REDACTED] AG, vertreten durch ihren Vorstandsvorsitzenden
Dr. Alfred W[REDACTED], N[REDACTED] Straße [REDACTED] in M[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

1. ...
2. Elisabeth S[REDACTED] geb. H[REDACTED], K[REDACTED]weg [REDACTED] in D[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1983 durch die Richter Wolf, Treier, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. April 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 37 286,67 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte und ihr verstorbener Ehemann, der frühere Beklagte zu 1, waren Eigentümer des Hotels mit Gaststätte "Zum E[REDACTED]" in W[REDACTED]/A[REDACTED]. Am 23. Juni/30. August 1971 schloß die Beklagte mit der Klägerin, einer Brauerei, einen von ihrem Ehemann mitunterzeichneten, im wesentlichen formularmäßig gestalteten "Bierlieferungs- und Leistungsvertrag". In seinen hier maßgeblichen Bestimmungen lautet der Vertrag wie folgt:

"2. Bierbezugsverpflichtung

Kunden verpflichten sich, auf Vertragsdauer die Absatzstätte ... ausschließlich und ununterbrochen zu betreiben bzw. betreiben zu lassen. Kunden verpflichten sich weiterhin, den gesamten Bierbedarf ... ausschließlich von L[REDACTED] ... sowie sämtliche alkoholfreien Getränke, soweit von L[REDACTED] hergestellt oder vertrieben, von L[REDACTED] ... sowie Coca-Cola und sonstige Getränke von der jeweils zuständigen Konzession zu beziehen bzw. beziehen zu lassen.

Kunden verpflichten sich jährlich mindestens 250 hl zu beziehen und diese Bierbezugsverpflichtung sowie sämtliche übrigen in diesem Vertrag eingegangenen Verpflichtungen den jeweiligen Rechts-, Geschäfts- und Besitznachfolgern aufzuerlegen.

3. Vertragsdauer

Kunden können den Bierbezug nur nach vorausgegangenem, zum 1. 10. zulässiger ganzjähriger Kündigung einstellen. Die Kündigung ist in diesem Falle vor dem 1. 10. 1990 und vor einer Gesamtabnahme von 5 000 hl ausgeschlossen.

4. Sonstige Geschäftsverbindungen



- a) ...
- b) ...
- c) Bier, alkoholfreie Getränke und sonstige Lieferungen von L [REDACTED] werden zu den jeweils von L [REDACTED] festgesetzten Netto-Abgabepreisen zuzüglich der jeweilig geltenden Mehrwertsteuer geliefert.

5. Sonstige Ansprüche und Rechte von L [REDACTED]

- a) ...
- b) ...
- c) ...
- d) Für jeden nicht oder zu wenig bezogenen bzw. vertragswidrig anderweitig bezogenen Hektoliter Bier zahlen Kunden an L [REDACTED] eine zur sofortigen Zahlung fällige Ausfallentschädigung von DM 20 je hl."

Die Klägerin verpflichtete sich ihrerseits, Leihinventar bis zu einem Betrag von 28 000 DM sowie eine Außenreklame und eine Erstausrüstung an Biergläsern zur Verfügung zu stellen; über die vertraglich vereinbarten Leistungen hinaus hat die Klägerin nach ihrem Vortrag später noch Inventar in Höhe von gut 7 000 DM gestellt, Reparaturkosten und Investitionen von rund 8 000 DM ersetzt und an die Beklagte eine "Hausherrenvergütung" von knapp 8 000 DM gezahlt.

Die Beklagte und ihr Ehemann hatten den Betrieb verpachtet. Am 22. August 1979 verkauften sie das Hotelgrundstück an die damaligen Pächter, die Eheleute Li [REDACTED]. Die Käufer, die bei den Verkaufsverhandlungen mündlich zugesagt haben sollen, den Bierlieferungsvertrag einzuhalten, erklärten gegenüber der Klägerin, dieser Vertrag habe für sie keine Gültigkeit mehr. Sie bezogen

bis Oktober 1979 noch die Getränke der Klägerin und schlossen dann einen Vertrag mit einer anderen Brauerei.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Schadensersatz in Höhe von 73 586,20 DM in Anspruch genommen. Diesen Betrag errechnet sie aus der Differenz zwischen der in dem Vertrag genannten Gesamtabnahmemenge von 5 000 hl und den nach ihrem Vortrag tatsächlich bezogenen 1 320,69 hl Bier, multipliziert mit einer Ausfallentschädigung von 20 DM je hl. Die Beklagte hält den Vertrag für formunwirksam, weil die Preisklausel in Nr. 4 c) des Vertrages nicht dem kartellrechtlichen Schriftformerfordernis entspreche. Er sei überdies sittenwidrig und deshalb nichtig; eine Bindung von mehr als 20 Jahren sei allenfalls in einem Ausnahmefall zulässig, der hier schon wegen der geringen Gegenleistungen der Klägerin nicht vorliege.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 7 520 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren restlichen Klageanspruch in Höhe von noch 66 066,20 DM weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet.

I. Das Berufungsgericht meint, die Klausel in Nr. 4 c) des Vertrages enthalte ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin; da § 34 GWB keine Anforderungen an den Vertragsinhalt stelle und sich weitergehende Absprachen hinsichtlich der Preise weder aus dem Vertrag noch aus dem Vortrag der Parteien ergäben, sei der Vertrag unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Die vereinbarte Bezugsbindung von mehr als 20 Jahren, so führt das Berufungsgericht weiter in Übereinstimmung mit dem Landgericht aus, sei aber nach § 138 BGB unzulässig und in entsprechender Anwendung des § 139 BGB auf eine Laufzeit von zehn Jahren zurückzuführen. Im "Normalfall" werde eine Dauer von 15 Jahren für zulässig erachtet. Eine längere Bindung rechtfertigten die nicht ungewöhnlichen vertraglich vorgesehenen Gegenleistungen der Klägerin nicht; ihre späteren freiwilligen Leistungen hätten außer Betracht zu bleiben. Im Streitfall erscheine noch nicht einmal eine Laufzeit von 15 Jahren angemessen, weil die Klägerin den Bierlieferungsvertrag mit Partnern geschlossen habe, von denen von vornherein festgestanden habe, daß sie das Hotel nicht selbst bewirtschaften, sondern dies einem Pächter überlassen würden; der Grundstückseigentümer gerate in eine drückendere Abhängigkeit zu der Brauerei als der die Gastwirtschaft selbst betreibende

Pächter, weil er nicht ohne weiteres einen noch nicht an eine andere Brauerei gebundenen Pächter finden werde und ihm die Brauerei - anders als dem Gastwirt - nicht beratend und helfend zur Seite stehe.

Ihre Verpflichtung gemäß Nr. 2 des bei Verkauf des Hotels daher noch zwei Jahre laufenden Bierlieferungsvertrages habe die Beklagte schuldhaft verletzt, weil sie mit den Käufern keine - allein wirksame - schriftliche Vereinbarung über die Übernahme der Bezugsverpflichtung getroffen habe. Sie habe eine Schadenspauschale nach Nr. 5 d) des Vertrages aber nicht auf der Grundlage der Mindestabnahmezahl von jährlich 250 hl oder der Gesamtabnahmemenge von 5 000 hl, sondern nur ausgehend von der in der Vergangenheit durchschnittlich erzielten tatsächlichen Bezugsmenge von 188 hl jährlich zu leisten. Dies ergebe bei der noch in Ansatz zu bringenden Vertragsdauer von zwei Jahren und einer Pauschale von 20 DM je hl, deren Angemessenheit die Beklagte nicht in Zweifel ziehe, den bereits vom Landgericht zuerkannten Betrag von 7 250 DM.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Vertrag vom 23. Juni/30. August 1971 der Schriftform bedurfte, weil mit ihm den Vertragspartnern der Klägerin unter-

sagt wurde, Bier und andere Getränke von Dritten zu beziehen (§§ 18 Abs. 1 Nr. 2, 34 GWB). Zwar erstreckt sich das Schriftformerfordernis grundsätzlich auf den gesamten Vertrag, insbesondere auch auf die Preisvereinbarung (BGH, Urteile vom 1. Dezember 1977 - KZR 6/76 = WM 1978, 216, 217 und vom 6. März 1979 - KZR 12/78 = WM 1979, 675 f). Die der Revision günstige und auch von der Revisionserwiderung nicht angegriffene Ansicht des Berufungsgerichts, der streitige Vertrag entspreche diesen Anforderungen, läßt Rechtsfehler nicht erkennen, ohne daß es auf die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe ihre Abgabepreise nicht stets schriftlich festgesetzt, ankommt. Nach der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs (aaO und Urteil vom 26. Mai 1981 - KZR 25/80 = GRUR 1981, 675), der sich der erkennende Senat anschließt, verlangt § 34 GWB zwar einerseits, daß Verträge, die Bindungen der in § 18 GWB genannten Art enthalten, vollständig schriftlich niedergelegt werden, stellt aber andererseits keine Anforderungen an den Inhalt der Verträge. Das Berufungsgericht hat die Klausel Nr. 4 c) des Vertrages dahin ausgelegt, daß die Vertragsparteien der Klägerin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß §§ 315, 316 BGB eingeräumt haben. Das ist nicht zu beanstanden.

Die für den Vertrag selbst vorgeschriebene Form bezieht sich nicht auf den "außervertraglichen Umstand" der Festsetzung der Netto-Abgabepreise (BGH Urteil vom 25. März 1980 - KZR 17/79 = WM 1980, 1293, 1294).

2. Dagegen ist die Rückführung des Vertrages auf eine Laufzeit von nur zehn Jahren nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Ohne Erfolg greift die Revision allerdings die Feststellung des Berufungsgerichts an, der Vertrag sei auf eine Laufzeit von mehr als 20 Jahren geschlossen worden. Dem liegt die sich aus dem Zusammenhang der Ausführungen des Berufungsgerichts ergebende Auslegung der Bestimmung in Nr. 3 des Vertrages zugrunde, daß eine Kündigung e r k l ä r u n g nicht vor dem 1. Oktober 1990 möglich sein, die W i r k u n g der (ganzjährigen) Kündigung mithin nicht vor dem 1. Oktober 1991 eintreten sollte. Auch diese Auslegung ist nicht zu beanstanden.

Entgegen der Auffassung der Revision bedurfte es sodann zur Feststellung einer mehr als 20-jährigen Laufzeit des Vertrages keines Vortrages der Parteien darüber, daß die Bierbezugsverpflichtung bereits vor dem 1. Oktober 1971 begonnen habe. Denn mangels einer abweichenden Parteibestimmung entstanden die gegenseitigen Leistungspflichten sofort mit Vertragsschluß (§ 271 Abs. 1 BGB), mithin ab 1. September 1971.

b) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats eine 20-jährige Bezugsbindung an die äußerste Grenze des in einem Ausnahmefall gerade noch Zulässigen reicht (zuletzt Senatsurteil vom 17. Januar 1979 - VIII ZR 262/77 = WM 1979, 493, 494

m.Nachw.). Soweit das Berufungsgericht allerdings gemeint hat, daß für den "Normalfall" eine Bezugsdauer von 15 Jahren zulässig sei, kann es sich nicht auf die Rechtsprechung des erkennenden Senats stützen. Eine derartige zeitliche Grenze wird von anderen Senaten des Bundesgerichtshofs (Urteile vom 18. Mai 1979 - V ZR 70/78 = BGHZ 74, 293, 298 und vom 24. März 1981 - KZR 18/80 = WM 1981, 687, 688) und verschiedentlich auch im Schrifttum (z.B. Hiddemann WM 1975, 945) genannt. Der erkennende Senat hat demgegenüber mehrfach betont, daß es bei der Feststellung, ob durch die Ausschließlichkeitsbindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit und Selbständigkeit des Vertragspartners zugunsten der Brauerei in unvertretbarer Weise eingengt wird, stets einer unter Berücksichtigung von Inhalt, Motiv und Zweck des jeweiligen Vertrages vorzunehmenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall bedarf (so bereits Senatsurteil vom 7. Oktober 1970 - VIII ZR 202/68 = WM 1970, 1402, 1403 und zuletzt Senatsurteil vom 22. Januar 1975 - VIII ZR 243/73 = WM 1975, 307, 309). Auch in den gelegentlich als Beleg für eine feste zeitliche Begrenzung in "Normalfällen" zitierten Entscheidungen vom 16./17. September 1974 (VIII ZR 116/72 = WM 1974, 1042) und vom 21. Mai 1975 (VIII ZR 215/72 = WM 1975, 850) hat der Senat eine Laufzeit von 15 bzw. 16 Jahren wegen der konkreten Umstände des Einzelfalles für angemessen gehalten, ohne daß sich dem eine verallgemeinernde Aussage entnehmen ließe. Die Frage braucht jedoch nicht vertieft zu werden. Es obliegt weitgehend tatrichter-

licher Würdigung und ist im Revisionsrechtszug nur beschränkt nachprüfbar, ob durch die Vertragsgestaltung im einzelnen die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Partners der Brauerei in nicht mehr hinnehmbarer Weise beschränkt wird (Senatsurteile vom 17. Oktober 1973 - VIII ZR 91/72 = WM 1973, 1360, 1361; vom 22. Januar 1975 und 21. Mai 1975, jeweils aaO). Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Wert der Gegenleistungen der Brauerei entscheidend dafür sein kann, ob eine derart langjährige Bezugsbindung für den Vertragspartner noch tragbar ist (z.B. Senatsurteile vom 16./17. September 1974 aaO 1043 und vom 21. Mai 1975 aaO 851, jeweils m.Nachw.). Wenn es die Überlassung von Leihinventar bis zu dem nicht ungewöhnlich hohen Wert von 28 000 DM sowie die Gestellung der - in der Regel auch der Brauerei zugute kommenden (vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 1975 aaO 309) - Außenreklame und der Bierglasgrundausrüstung berücksichtigt und diese Gegenleistungen nicht für so bedeutsam gehalten hat, daß sie eine gut 20-jährige Bindung hinsichtlich sämtlicher Biersorten und alkoholfreien Getränke und die Belastung mit der besonders drückenden, wenn auch nicht schlechthin zu beanstandenden Nachfolgerklausel (dazu Senatsurteile vom 17. Oktober 1973 aaO 1361 und vom 16./17. September 1974 aaO) rechtfertigen könnten, so läßt dies Rechtsfehler nicht erkennen. Der vom Berufungsgericht vorgenommenen Prüfung der Gesamtumstände des Einzelfalles hält die Revision zu Unrecht Entscheidungen des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs (vom 24. März 1981 - KZR 18/80 = WM 1981,

687 und 26. Mai 1981 aaO) entgegen. Sie betreffen nicht vergleichbare andere Sachverhalte; in diesen Urteilen wird zudem auf den verhältnismäßig geringfügigen Umsatz der Gaststätten und den im Vergleich dazu erheblichen Wert der Gegenleistungen der Brauerei abgestellt, auf Umstände also, die das Berufungsgericht im vorliegenden Falle gerade nicht hat feststellen können. Die Wertung des Berufungsgerichts liegt auf der Linie der Entscheidung vom 17. Januar 1979 (aaO), in der der Senat in der leihweisen Gestellung von Gaststätteninventar im Werte von rund 45 000 DM nicht eine derart beträchtliche Gegenleistung gesehen hat, daß sie eine 20-jährige Bezugsbindung zulässig machen könnte.

Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß es die von der Klägerin später erbrachten freiwilligen Leistungen bei der Prüfung, ob der Vertrag dem Maßstab des § 138 BGB standhält, nicht herangezogen hat. Im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB ist als Beurteilungszeitpunkt auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen (z.B. Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 138 Rdn. 18); ist es zu dieser Zeit sittenwidrig und deshalb nichtig, so kann es aufgrund einer späteren Änderung der Sachlage nicht wieder wirksam werden, erst recht nicht gewissermaßen "Schritt für Schritt" durch im Laufe der Jahre erbrachte zusätzliche Leistungen des einen Vertragspartners. Selbst wenn die Beklagte - wie dies die Revision geltend macht - weitere "außervertragliche" Leistungen der Klägerin erwarten durfte,

ändert dies nichts daran, daß sie keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch besaß und die Leistung im Belieben der Klägerin lag. Es liegt hier ebenso wie bei der - ebenfalls zu verneinenden - Frage, ob bei der Beurteilung der Nichtigkeit einer Vertragsklausel der Umstand Berücksichtigung finden kann, daß der - in übertriebener Weise begünstigte - Vertragspartner von der fraglichen Vertragsbestimmung nur in eingeschränktem Umfang tatsächlich Gebrauch gemacht hat (dazu BGHZ 82, 121, 128; Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 = WM 1982, 1354, 1358 unter Nr. 4 a.E., 5 a). Deshalb kommt es auch auf den weiteren Vortrag der Klägerin, sie habe von ihrem Alleinbelieferungsrecht hinsichtlich alkoholfreier Getränke niemals Gebrauch gemacht, nicht an.

c) Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (so zuletzt im Urteil vom 21. Mai 1975 - VIII ZR 215/72 = WM 1975, 850, 851) beachtet, daß die übermäßig lange Bindung die Aufrechterhaltung des im übrigen nicht zu beanstandenden Vertrages mit einer kürzeren Laufzeit in entsprechender Anwendung des § 139 BGB nicht ausschließt. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Vertrag auf eine Dauer von zehn Jahren zurückgeführt hat, hält aber nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand:

aa) Das Berufungsgericht hat übersehen, daß die zusätzlichen Leistungen der Klägerin, wie der Senat mehrfach ausgesprochen hat, unter dem Blickwinkel einer zeitlich begrenzten Aufrechterhaltung des Vertrages nicht unberücksichtigt bleiben können (Senatsurteile vom 31. Januar 1973 - VIII ZR 131/71 = WM 1973, 357, 358; vom 23. Mai 1973 - VIII ZR 164/71 = WM 1973, 924, 926; vom 21. Mai 1975 aaO 852). Denn bei Kenntnis von der Sittenwidrigkeit des Vertrages hätte die Klägerin weitere Leistungen von einer - in der Praxis vielfach üblichen und in gewissen Grenzen auch zulässigen (dazu z.B. Senatsurteile vom 16./17. September 1974 aaO 1043 und vom 21. Mai 1975 aaO 851) - Verlängerung der ursprünglich angemessenen Vertragsdauer abhängig machen können. Die insoweit unterbliebene Abwägung und Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters (Senatsurteil vom 16./17. September 1974 aaO) und muß vom Berufungsgericht nachgeholt werden. Einer weiteren tatrichterlichen Prüfung bedarf es hier schon deshalb, weil dem Berufungsurteil keine Feststellungen darüber zu entnehmen sind, welche der von der Klägerin behaupteten, von der Beklagten aber - wenn auch wenig substantiiert - bestrittenen zusätzlichen Leistungen tatsächlich erbracht worden sind.

bb) Mit der Revision kann dem Berufungsgericht auch nicht darin gefolgt werden, daß die Nachfolgerklausel in Nr. 2 des

Vertrages die Beklagte als Grundstückseigentümerin in besonderem Maße belastete und dies zu einer weiteren Kürzung der Laufzeit des Vertrages führen mußte.

In Fallgestaltungen anderer Art hat der Senat eine Nachfolgerklausel gerade im Hinblick darauf für zweifelhaft gehalten, daß der Vertragspartner nicht Eigentümer, sondern Pächter der Gaststätte war, weil ihm dann keine Möglichkeit zur Verfügung stand, für die Fortführung der Gaststätte zu sorgen (vgl. Senatsurteile vom 24. Januar 1973 - VIII ZR 147/71 = WM 1973, 388 und vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 = WM 1979, 918, 920). In seinem Urteil vom 6. Oktober 1982 (VIII ZR 201/81 = WM 1982, 1354, 1356) hat der Senat sodann ausgeführt, daß die Belastung mit einer derartigen Nachfolgerklausel auch für den Eigentümer selbst ebenso schwerwiegend sein kann wie für den Pächter. Inwiefern aber der Eigentümer durch diese Klausel in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit stärker als der Pächter beschränkt sein soll, ist nicht einzusehen. Zwar widerspricht die Annahme des Berufungsgerichts, ein neuer Pächter, der noch nicht an eine Brauerei gebunden oder jedenfalls an einer anderweitigen Bindung interessiert sei, könne sich möglicherweise schwer finden lassen, entgegen dem Angriff der Revision nicht der Lebenserfahrung (vgl. etwa Senatsurteil vom 17. Oktober 1973 - VIII ZR 91/72 = WM 1973, 1360, 1361; Hiddemann aaO 944). Aber die Suche nach einem ungebundenen Pächter ist für den Grundstückseigentümer nicht schwieriger als für den Pächter. Ebenso

wie bei dem Pächter, der einen Nachfolger suchen will, wird die Klausel auch für den Eigentümer erst bei einer Änderung der zur Zeit des Abschlusses des Bierlieferungsvertrages herrschenden Verhältnisse bedeutsam, sei es, daß er die bisherige eigene Bewirtschaftung aufgeben will, sei es, daß anstelle des bisherigen ein anderer Pächter eintreten soll. Eine ungleichartige Belastung kann auch nicht darin gesehen werden, daß die Brauerei dem Eigentümer - anders als dem Pächter - nicht "bei der täglichen Service-Leistung gegenüber dem Gast helfend zur Seite" stehe. Der Eigentümer, der die Gastwirtschaft nicht betreibt, bedarf keiner "Hilfestellung" gegenüber dem Gast. Eine Erfahrungstatsache, daß die Brauerei freiwillige Hilfeleistungen gegenüber dem Gastwirt davon abhängig machen wird, ob sie den Bierlieferungsvertrag mit ihm oder dem Grundstückseigentümer geschlossen hat, ist dem Senat nicht bekannt. Im übrigen hat die Vertragsabwicklung im vorliegenden Falle gezeigt, daß die Klägerin durchaus bereit war, Wünsche des mit der Beklagten vertraglich verbundenen Pächters zu erfüllen. Das Berufungsgericht wird bei der vorzunehmenden Abwägung daher diese Überlegung außer Betracht lassen müssen.

3. Bereits jetzt steht fest, daß die Klage in Höhe von 28 779,53 DM keinen Erfolg haben kann.

a) Der durch die Nichterfüllung der Nachfolgerklausel der Klägerin erwachsene Schadensersatzanspruch (§§ 325 Abs. 1, 252

Satz 1 BGB) errechnet sich nämlich nicht, wie diese meint, auf der Grundlage der im Vertrag genannten jährlichen Mindestabnahmemenge von 250 hl (Nr. 2) oder der Gesamtabnahmemenge von 5 000 hl (Nr. 3). Hat sich eine Brauerei eine Bierbezugsverpflichtung unkündbar für einen Zeitraum ausbedungen, der im Hinblick auf die sonstige Vertragsgestaltung (Ausmaß der Bezugsbindung, Umfang der Gegenleistungen) gerade noch zulässig ist, so kann der Partner den Vertrag zum Ablauf dieser Frist auch dann kündigen, wenn er neben der zeitlichen Bindung eine Verpflichtung zur Abnahme einer Mindestmenge übernommen hat und diese noch nicht erfüllt ist (Senatsurteil vom 17. Januar 1979 - VIII ZR 262/77 = WM 1979, 493, 494 f; vgl. auch Krüger-Nieland/Zöllner in: RGRK-BGB, 12. Aufl., § 138 Rdn. 81). Denn auch eine Überschreitung der Gesamtabnahmemenge hätte der Beklagten kein Recht zur vorzeitigen Lösung von dem Vertrag gegeben. An dieser Rechtsprechung, die die Revision nicht angreift, hält der Senat fest. Zwar war in dem der Entscheidung vom 17. Januar 1979 (aaO) zugrunde liegenden Fall keine jährliche Mindestabnahme vorgesehen. Das führt jedoch zu keiner anderen Beurteilung, wenn die Parteien - wie dies das Berufungsgericht in nicht zu beanstandender Auslegung des Vertrages unter Verwertung des eigenen Vortrages der Klägerin festgestellt hat - die Abnahmequote nur als "Marge zur Aneiferung für den Gastwirt und die Beklagte(n)" angesehen haben.

b) Die Höhe des der Klägerin zustehenden Schadensersatzanspruchs hängt daher davon ab, welche Biermenge die Beklagte bei reibungsloser Vertragsdurchführung zur Deckung ihres Bedarfs abgenommen hätte (Senatsurteil vom 17. Januar 1979 aaO 495). Da Anhaltspunkte für eine gegenüber der Vergangenheit zu erwartende Änderung in der Entwicklung der Vertragsbeziehungen der Parteien von der Klägerin nicht vorgetragen und auch nicht ersichtlich sind, hat das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch zu Recht auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen durchschnittlichen Jahresabnahme errechnet. Es wird Gelegenheit haben, die von ihm - in Übereinstimmung mit dem Landgericht - errechnete Zahl von 188 hl noch einmal zu überprüfen. Denn die von der Klägerin mitgeteilte Gesamtabnahmemenge von 1 320,69 hl ergibt - verteilt auf einen Zeitraum von acht Jahren (1. September 1971 bis Oktober 1979) - nur einen Jahresdurchschnitt von etwas mehr als 165 hl. Der Berechnungsunterschied erklärt sich möglicherweise daraus, daß das Berufungsgericht die Gesamtabnahmemenge nur auf sieben Jahre umgelegt hat ($1\,320,69 : 7 = 188,67$ hl), weil die Angaben der Klägerin aus nicht genannten Gründen keine Zahl für die Bierabnahme in dem Zeitraum 1974/1975 enthalten. Jedenfalls kann die Klägerin keine höhere Ausfallentschädigung als 20 DM für jährlich maximal 188 hl, bezogen auf einen Zeitraum von längstens 11 Jahren und 11 Monaten (Vertragsbeginn: 1. September 1971, Kündigungsmöglichkeit spätestens zum 1. Oktober 1991, Berücksichtigung des Weiterbezugs durch das Ehepaar Lins bis Oktober 1979), verlangen. Das ergibt den Betrag

von 44 806,67 DM, von dem der Klägerin bereits 7 520 DM zugesprochen worden sind, so daß der Klageanspruch in Höhe von allenfalls 37 286,67 DM begründet sein kann. In Höhe der darüber hinaus verlangten 28 779,53 DM (Differenz bis 66 066,20 DM) ist die Klage zu Recht abgewiesen worden.

III. Soweit die Erfolglosigkeit des Rechtsmittels danach bereits feststeht (28 779,53 DM), war die Revision zurückzuweisen. Wegen des verbleibenden Klageanspruchs bedarf es einer weiteren tatrichterlichen Prüfung, so daß der Rechtsstreit insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das

Berufungsgericht zurückzuverweisen war. Da der endgültige Erfolg der Revision noch offen ist, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorzubehalten.

Wolf

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß