

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AGBG §§ 3, 5, 6, 9

- a) Zur Frage der Gesamtnichtigkeit eines Automaten-Aufstellvertrages, wenn einige Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beanstanden sind.
- b) Die Anwendung der Unklarheitenregel des § 5 AGBG kann im Einzelfall dazu führen, daß eine Klausel zu Lasten des Verwenders ersatzlos entfällt.

BGH, Urt. v. 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 350/82

URTEIL

Verkündet am
29. Februar 1984
Kanik,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] GmbH, B [REDACTED] Straße [REDACTED] in W [REDACTED] ([REDACTED]),
vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann Uwe
S [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Gastwirt Hans-Jürgen V [REDACTED], P [REDACTED] in B [REDACTED] / E [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Februar 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 20. August 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt gewerbsmäßig Automaten in Gaststätten auf. Der Beklagte war Pächter einer Gastwirtschaft in C■■■■. Am 1. Oktober 1980 wurde in einem formularmäßigen "Automaten-Aufstellvertrag" vereinbart, daß der Beklagte in den Räumen der Gaststätte einen Musik-, zwei Geldspiel- und fünf Unterhaltungsmaschinen der Klägerin aufstellen sollte. In Ergänzung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

eines bereits früher geschlossenen Vertrages hatte der Beklagte von der Klägerin 4 000 DM als verlorenen Zuschuß und ein Darlehen in Höhe von 6 000 DM erhalten, das mit 1,5 % pro Monat verzinst und mit monatlich 600 DM abgetragen werden sollte. Der Beklagte sollte weiter einen je nach Gerät unterschiedlichen Anteil an dem Einspielergebnis erhalten. In dem Formularvertrag ist auf "Allgemeine Bedingungen" (künftig: AB) Bezug genommen, die auf der Rückseite des Vertrages abgedruckt sind und in denen es u.a. heißt:

"Nr. 1 Abs. 3:

Funktionsstörungen, die vom Wirt angezeigt werden, wird der Aufsteller schnellstmöglich auf seine Kosten beseitigen. Falls erforderlich darf er dazu das Gerät in seine Werkstatt nehmen oder austauschen, wie er überhaupt berechtigt ist, jedes Gerät nach seinem Ermessen durch ein anderes auszuwechseln.

Nr. 1 Abs. 5 Satz 1:

Der Aufsteller ist zum Austausch oder zur Abräumung eines oder mehrerer Geräte binnen einer Anzeigefrist von einer Woche berechtigt, falls das oder die Geräte eine ausreichende Einnahme nicht einspielen, ohne daß dieser Aufstellungsvertrag hierdurch berührt wird.

Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 bis 3:

Der Wirt verpflichtet sich, die Geräte zu Beginn der Geschäftszeit einzuschalten, während der gesamten Öffnungszeit des Lokals betriebsbereit zu halten und nach Geschäftsschluß wieder abzuschalten. Andere lebende oder mechanische Musik und andere Spiele darf der Wirt nicht bieten oder auf- oder durchführen lassen. Auch darf er weder selbst einen Musikautomaten oder anderen Automaten betreiben noch durch Dritte betreiben lassen.

Nr. 3 Abs. 5 Satz 3:

Auch berechtigen ungünstige Auskünfte über den Wirt sowie Konkurs-, Vergleichsverfahren oder ähnliches oder die Beendigung des über die Gaststätte geschlossenen Miet-, Pacht- oder sonstigen Nutzungsvertrages den Aufsteller, das Darlehen nebst Zinsen und Kosten fällig zu stellen.

Nr. 4 Satz 1 und 3:

Die feste Vertragsdauer beträgt zehn Jahre.... Wird auf Wunsch des Wirtes ein anderer Musikautomat aufgestellt, so beginnt die feste Vertragszeit von zehn Jahren mit Rücksicht auf die hohen Investitionskosten des Aufstellers mit der Aufstellung dieses Gerätes neu zu laufen.

Nr. 5 Satz 1:

Die Zeitabstände der Abrechnung bleiben dem Aufsteller überlassen.

Nr. 6:

Für den Fall, daß ein Vertragspartner seine vertraglichen Verpflichtungen nicht einhält, hat er, neben der Schadensersatzleistung einschließlich des entgangenen Gewinnes dem anderen Vertragspartner eine Konventionalstrafe von 1 000 DM ... zu zahlen.

Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 bis 3:

Falls der Wirt sein Geschäft durch Veräußerung, Vermietung, Verpachtung oder aus sonstigem Rechtsgrunde einem Dritten überlassen will (sog. Rechtsnachfolger), so hat er dies dem Aufsteller rechtzeitig vorher anzuzeigen. Der Wirt hat außerdem dem Rechtsnachfolger seine Verpflichtungen aus dem Verträge sowie die Verpflichtung zur Rückzahlung der dem Aufsteller geschuldeten Beträge aus Darlehen nebst Zinsen und Kosten in der Weise aufzuerlegen, daß der Rechtsnachfolger in die mit dem Aufsteller geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen eintritt und zwar dergestalt, daß der Aufsteller berechtigt ist, von dem Nachfolger unmittelbar Erfüllung zu verlangen. Dabei bleibt der Wirt neben dem Rechtsnachfolger für alle Verpflichtungen aus diesem Verträge gesamtschuldnerisch haftbar.

Nr. 8 Abs. 1 Satz 5 und 6:

Der Aufsteller ist berechtigt, der Mitübernahme sämtlicher Verpflichtungen aus diesem Verträge durch einen Dritten seine Zustimmung zu versagen, wenn hierfür in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt. Die Aufgabe des Lokals ohne Übertragung auf einen Nachfolger entbindet nicht von den vertraglichen Pflichten.

Nr. 8 Abs. 2:

Der Aufsteller kann diesen Vertrag nach seiner Wahl durch einen anderen Aufsteller erfüllen lassen, insbesondere die Rechte und Pflichten hieraus auf einen Dritten übertragen."

Der Beklagte betrieb die Gastwirtschaft nicht selbst, sondern hatte sie unterverpachtet; die Pacht sollte der Unterpächter unmittelbar an den Verpächter entrichten. Mit Schreiben vom 7. Juli 1981 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß ihm der Verpächter wegen Zahlungsrückstandes des Unterpächters fristlos gekündigt habe; er sehe deshalb das Vertragsverhältnis mit der Klägerin als beendet an. Am selben Tage forderte der neue Pächter die Klägerin auf, ihre Automaten aus der Gaststätte zu entfernen.

Die Klägerin sieht in dem Verhalten des Beklagten eine Vertragsverletzung und verlangt von ihm Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns, Zahlung einer Vertragsstrafe, Rückzahlung des noch offenen Darlehens und eines Teils des verlorenen Zuschusses sowie Ersatz eines bei einem Einbruch beschädigten Geldspielgerätes in Höhe von insgesamt 15 195 DM. Das Landgericht hat die

Klage durch Teilurteil in Höhe von 9 120 DM - nämlich wegen des entgangenen Gewinns, der Vertragsstrafe und der Beschädigung des Geräts - abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr abgewiesenes Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht sieht in dem zwischen den Parteien geschlossenen Automaten-Aufstellvertrag keine Grundlage für das Begehren der Klägerin: Mehrere der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Bestimmungen seien als überraschende Klauseln nicht Vertragsbestandteil geworden oder wegen unangemessener Benachteiligung des Beklagten unwirksam. Die beanstandeten Klauseln müßten teilweise ersatzlos wegfallen, teilweise erheblich geändert werden, um dem Vertrag einen angemessenen Inhalt zu geben. Es sei nicht Sache des Gerichts, den Parteien eine solche von der ursprünglichen Vereinbarung erheblich abweichende Vertragsfassung aufzudrängen.

II. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin kann sich daraus ergeben, daß der Beklagte die fristlose Kündigung des Pachtvertrages wegen Pachtrückstandes nicht verhindert hat (Senatsurteil vom 9. Dezember 1970 - VIII ZR 9/69 = WM 1971,

243; für das Verhältnis des Hauptmieters zum Untermieter vgl. auch BGHZ 63, 132, 139). Dabei ist ohne Belang, ob dieser Anspruch aus § 325 BGB (Senatsurteil vom 9. Dezember 1970 aaO) oder aus positiver Vertragsverletzung (Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl., § 63 IV S. 470 Fußn. 1) folgt. Voraussetzung dieses Anspruchs - ebenso wie der Ersatzforderung wegen der Beschädigung eines Spielgeräts - ist jedenfalls die Wirksamkeit des Automaten-Aufstellvertrages. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu halten der rechtlichen Überprüfung in Teilen der Begründung und im Ergebnis nicht stand.

1. Es trifft zwar zu, daß dann, wenn zahlreiche Vertragsbestimmungen unwirksam sind und der Vertrag durch entsprechende Auslegung oder Fortfall dieser Bestimmungen einen wesentlich anderen Inhalt erhielte, der gesamte Vertrag nichtig sein kann (Senatsurteile vom 11. November 1968 = BGHZ 51, 55 = WM 1969, 20; vom 3. März 1971 - VIII ZR 55/70 = WM 1971, 503; vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 = WM 1982, 1354, 1356, 1358). Grundsätzlich rechtfertigt jedoch die Unwirksamkeit einer einzelnen oder auch einiger vertraglicher Regelungen noch nicht die Annahme einer Gesamtnichtigkeit (§ 6 Abs. 1 AGBG). Im vorliegenden Fall sind die Klauseln des Automaten-Aufstellvertrages nicht in dem vom Berufungsgericht angenommenen Umfang unwirksam (unten II 2); soweit Klauseln in der Tat wegfallen oder ersetzt werden müssen, führt dies nicht zu einer derart weitgehenden Umgestaltung des Vertrages, daß er nicht noch als durch den

Parteiwillen getragen angesehen werden könnte (unten II 3).

2. Im einzelnen gelten zu den umstrittenen, typischen, nicht aus den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles erwachsenen und daher in der Revisionsinstanz frei nachprüfbaren Bestimmungen des Vertrages die folgenden Überlegungen:

a) Gegenüber der in Nr. 8 Abs. 1 AB enthaltenen Nachfolgerklausel, die den Gastwirt verpflichtet, einem Rechtsnachfolger die Verpflichtungen aus dem Automaten-Aufstellvertrag und der Darlehensvereinbarung aufzuerlegen, und ihn bei einer Aufgabe des Lokals ohne Übertragung auf einen Nachfolger nicht von seinen vertraglichen Pflichten entbindet, hat sich das Berufungsgericht damit begnügt, auf "Bedenken" hinzuweisen, ohne konkrete Schlußfolgerungen daraus zu ziehen.

aa) Der erkennende Senat teilt die Bedenken gegen Nachfolgerklauseln der hier vorliegenden Art (Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 aaO 1356 unter II 3 a m.w.Nachw.). Er hat sie jedoch dann für zulässig gehalten, wenn der Gastwirt für den Fall entpflichtet wird, daß er die Gaststätte infolge außergewöhnlicher und nicht in seinen Risikobereich fallender Umstände aufgibt und sich unverschuldet außerstande sieht, einen Nachfolger zu finden, der die Pflichten aus dem Aufstellvertrag zu übernehmen bereit ist. Mit diesem eingeschränkten Inhalt kann die Klausel Bestand behalten (ebenso BGH Urteil vom

18. Mai 1982 - KZR 14/81 = BB 1983, 662, 663 unter II 4 und nicht veröffentlichtes Urteil vom 14. Juni 1983 - KZR 19/82, Umdruck S. 7; OLG Köln JMBenRW 1984, 31, 32). Dem steht nicht die Unzulässigkeit der sog. geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer AGB-Klauseln entgegen (dazu Senatsurteil vom 19. September 1983 - VIII ZR 84/82 = WM 1983, 1153, 1154 = ZIP 1983, 1349 unter II 1 a bb). Anders als in der Senatsentscheidung vom 6. Oktober 1982 (aaO 1355, vgl. die dort aufgeführte Klausel Nr. 5 f) enthalten die vorliegenden Geschäftsbedingungen keine Bestimmung, daß der Gastwirt auch bei unverschuldeter Aufgabe der Gaststätte nicht von seinen Verpflichtungen entbunden werde. Vielmehr soll der Wirt nach dem Wortlaut der Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 AB zur Übertragung seiner vertraglichen Pflichten nur dann verpflichtet sein, wenn er sein Geschäft "einem Dritten überlassen w i l l " . Die Klausel läßt daher die - durch die Unzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion nicht ausgeschlossene - Auslegung zu, daß dem Vertragspartner des Klauselverwenders die bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich zulässige Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund durch die Klausel nicht genommen werden sollte. In diesem Sinne hat der Senat derartige Klauseln auch früher schon aufgefaßt (Urteile vom 9. Dezember 1970 - VIII ZR 9/69 = WM 1971, 243 f; vom 10. November 1976 - VIII ZR 84/75 = WM 1977, 112, 113; vom 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 = WM 1979, 918, 920). Daran ist auch für den nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes geschlossenen vorliegenden Vertrag jedenfalls dann festzuhalten, wenn eine

objektive Auslegung zu dem Ergebnis führt, daß die Klausel das Recht des Kunden unberührt läßt, den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. So ist es hier, weil das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen auch dann eingreift, wenn vertragliche Bestimmungen hierüber nicht getroffen worden sind (z.B. BGH Urteil vom 20. März 1953 - V ZR 123/51 = LM BGB § 247 Nr. 1; Larenz aaO S. 469).

bb) Unwirksam ist allerdings die Bestimmung in Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 AB, nach der der Wirt - im Falle einer Weitergabe der vertraglichen Verpflichtungen an einen Nachfolger - neben diesem für alle Verpflichtungen aus dem Vertrag gesamtschuldnerisch haftet. Diese Klausel benachteiligt den Gastwirt in unangemessener Weise (§ 9 Abs. 1 AGBG). Hat der Aufsteller dem Eintritt eines Nachfolgers seine Zustimmung nicht versagt (vgl. Nr. 8 Abs. 1 Satz 5 AB), so bedeutet eine fortbestehende gesamtschuldnerische Haftung des ausscheidenden Gastwirts, der auf die weitere Vertragsabwicklung keinen Einfluß mehr hat, eine übermäßige Sicherung des Aufstellers (ebenso Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 4. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdn. 143; Staudinger/Schlosser, BGB, 12. Aufl., § 9 AGBG Rdn. 67).

b) Nach Auffassung des Berufungsgerichts liegt in der dem Aufsteller in Nr. 8 Abs. 2 eingeräumten Befugnis, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf einen Dritten zu übertragen,

eine unangemessene und mit § 9 Abs. 1 AGBG nicht zu vereinbarende Bevorzugung des Aufstellers. Dem ist zuzustimmen.

Zwar ist das Klauselverbot des § 11 Nr. 13 AGBG nicht anwendbar, weil die Parteien Kaufleute sind (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG) und der Automaten-Aufstellvertrag auch keinem der in dieser Vorschrift genannten Vertragstypen unterfällt. Im Schrifttum wird gleichwohl überwiegend entweder die Auffassung vertreten, Vertragsübertragungsklauseln seien auch im kaufmännischen Verkehr stets unwirksam (z.B. Koch/Stübing, Allgemeine Geschäftsbedingungen, § 11 Nr. 13 Rdn. 14; Coester-Waltjen in: Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG, § 11 Nr. 13 Rdn. 12; nach dem Vertragstyp differenzierend Stein, AGBG, § 11 Rdn. 118), oder vorgeschlagen, die Frage aufgrund einer Prüfung der jeweiligen typischen Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (Graf von Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBG, 2. Aufl., § 11 Nr. 13 Rdn. 29; Hensen aaO § 11 Nr. 13 Rdn. 10; Staudinger/Schlosser aaO § 11 Nr. 13 Rdn. 17; Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Anm. F 14; Palandt/Heinrichs, BGB, 43. Aufl., § 11 Anm. 13 c; Erman/H.P.Westermann, BGB, 7. Aufl., Vorbem. vor § 414 Rdn. 4; für den Automaten-Aufstellvertrag vor Geltung des AGB-Gesetzes vgl. z.B. Schopp ZMR 1972, 197, 202); nur ganz vereinzelt wird den Wertungsprinzipien des § 11 Nr. 13 AGBG im Geschäftsverkehr zwischen Kauf-

leuten jede Bedeutung abgesprochen (Dittmann/Stahl, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Rdn. 565).

Nach Auffassung des Senats ist eine Vertragsübertragungsklausel, die formularmäßig das Genehmigungserfordernis des § 415 Abs. 1 BGB ersetzen soll, jedenfalls dann zu beanstanden, wenn dem Kunden des Klauselverwenders nach der Art des geschlossenen Vertrages die Person seines Vertragspartners typischerweise nicht gleichgültig sein kann, er vielmehr daran interessiert sein muß, sich über Zuverlässigkeit und Solvenz des Dritten Gewißheit zu verschaffen (zu § 11 Nr. 13 vgl. insoweit Senatsurteil vom 11. Juni 1980 - VIII ZR 174/79 = WM 1980, 1120, 1121 unter I 2 c aa). Das muß bei einem auf mehrere Jahre abgeschlossenen Automaten-Aufstellvertrag, der neben mietvertraglichen Elementen auch personenbezogene Merkmale aufweist (BGHZ 47, 202, 203 f), bejaht werden. Zwar mag das Risiko der Insolvenz des Vertragspartners angesichts der kurzen Abrechnungszeiträume und des Umstandes, daß der Gastwirt im wesentlichen nur den Stellplatz in seiner Gaststätte als seine Vertragsleistung einbringt, für ihn nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Er hat aber gerade bei einer langfristigen Bindung ein berechtigtes Interesse daran, daß der Aufsteller aufgrund seiner Fachkunde bei der Auswahl der Automaten und der Auswechselung der Schallplatten den Publikumsgeschmack zu treffen weiß, nach seinen betrieblichen und organisatorischen Voraussetzungen den Reparatur- und Störungsdienst gewährleisten kann und die Abrechnungen zuver-

lässig vornimmt (zutreffend Schopp aaO). Die Unausgewogenheit der Klausel zeigt sich auch darin, daß der Aufsteller der Vertragsübernahme durch einen Rechtsnachfolger des Gastwirts seine Zustimmung versagen kann, wenn ein wichtiger Grund in der Person des Dritten vorliegt (Nr. 8 Abs. 1 Satz 5 AB), während dieses Recht dem Gastwirt bei einer Vertragsübertragung durch den Aufsteller nicht zusteht, obwohl eine gesamtschuldnerische Haftung des Aufstellers für die Vertragserfüllung durch den Nachfolger - im Gegensatz zu derjenigen des Gastwirts im Falle der Rechtsnachfolge (Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 AB, dazu oben II 2 a bb) - nicht vorgesehen ist. An der sich auch daraus ergebenden Unangemessenheit der Regelung vermag der Umstand nichts zu ändern, daß dem Gastwirt sein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bei Vertragsstörungen durch den Nachfolger des Aufstellers verbleibt; denn die Ausübung dieses Rechts setzt voraus, daß der Wirt Störungen nicht unerheblicher Art über einen gewissen Zeitraum zunächst einmal hat hinnehmen müssen.

Es kann offenbleiben, ob dennoch ein zustimmungsfreies Übertragungsrecht des Aufstellers hingenommen werden könnte, wenn es auf Fälle begrenzt wäre, in denen der AGB-Verwender hierfür ein berechtigtes Interesse geltend machen kann (vgl. dazu z.B. Graf von Westphalen aaO § 11 Nr. 13 Rdn. 30 f). So hat der erkennende Senat in einer vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes ergangenen Entscheidung (vom 10. März 1976 - VIII ZR 268/74 = WM 1976, 508, 509 unter III 2; vgl. auch OLG

München BB 1973, 636, 637) die in einem formularmäßigen Bierlieferungsvertrag enthaltene Klausel, daß bei einem Rechtsübergang auf seiten der Brauerei auch die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag auf den Rechtsnachfolger übergehen, im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen der Brauerei, mit der Übertragung ihres Geschäftsbetriebes den vertraglich gebundenen Kundenstamm als wesentlichen Vermögenswert ebenfalls mit zu übertragen, nicht beanstandet, wenn nur der sonstige Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen Gastwirt und Brauerei unberührt blieb.

Eine vergleichbare Einschränkung enthält die hier streitige Klausel aber gerade nicht. Sie läßt sich auch nicht mit einem derart eingeschränkten Inhalt aufrechterhalten; ebensowenig kann sie auf eine Übertragung auf "geeignete Dritte" begrenzt oder durch Einräumung eines Rücktrittsrechts für den Gastwirt erträglich gestaltet werden (dazu Schopp aaO). Denn alle diese Möglichkeiten liefen auf eine - unzulässige - geltungserhaltende Reduktion der Klausel hinaus. An ihre Stelle muß vielmehr gemäß § 6 Abs. 2 AGBG die gesetzliche Vorschrift des § 415 Abs. 1 BGB treten.

c) Das Berufungsgericht meint, das in Nr. 1 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 AB geregelte Recht des Aufstellers, Geräte nach seinem Ermessen auszuwechseln (Austausch) und bei nicht ausreichenden Einnahmen ersatzlos zu entfernen (Abräumung)

falle der Inhaltskontrolle zum Opfer, weil für den Wirt nicht überprüfbar sei, ob und wann der Aufsteller von diesen Rechten Gebrauch machen werde und auf diese Weise auf den Charakter der Gaststätte Einfluß nehmen könne, zumal ein Ausgleich oder entsprechende Rechte für ihn nicht vorgesehen seien. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nur teilweise stand:

aa) Das Berufungsgericht legt das Austauschrecht des Aufstellers dahin aus, daß er jedes Gerät nur gegen ein gleichartiges auswechseln darf. Dem ist zuzustimmen (vgl. Senatsurteil vom 3. März 1971 aaO 503 unter 2 a). Der Senat hat bereits mehrfach entschieden, daß ein derartig beschränktes Austauschrecht noch keine übermäßig schwerwiegende Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts darstellt (Urteile vom 6. Juni 1979 aaO 1920 unter III 2 b; vom 3. März 1971 aaO; vom 6. Oktober 1982 aaO 1358 unter II 5). Daran wird festgehalten.

bb) Dagegen teilt der erkennende Senat die Bedenken des Berufungsgerichts gegen das dem Aufsteller in Nr. 1 Abs. 5 Satz 1 AB zugestandene Abräumungsrecht. Der nicht näher erläuterte Begriff der "ausreichenden Einnahme" ist ganz unbestimmt. Der Wirt kann daher - auch mangels Kenntnis der Unkosten und der Kalkulation des Aufstellers - die Voraussetzungen des Abräumungsrechts nicht nachprüfen. Schon daraus ergibt sich seine

unangemessene Benachteiligung, zumal die Gefahr der Manipulation durch den Aufsteller besteht (Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 aaO 1357 unter II 3 e). Es kann dem Aufsteller auch nicht schwerfallen, diese Bedenken gegen die Klausel dadurch auszuräumen, daß er einen festen Betrag oder einen prozentualen Anteil beziffert, den jedes Gerät einspielen muß, wenn anders nicht das Recht zur Abräumung ausgelöst werden soll. Auf das weitere Bedenken der bestehenbleibenden Ausschließlichkeitsbindung trotz Abräumung der Geräte (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 aaO) kommt es deshalb hier nicht mehr an.

d) Das Berufungsgericht sieht in der zehnjährigen Vertragsdauer (Nr. 4 Satz 1 AB) eine im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG unangemessene Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts, der mit dem - auf die gesamte Vertragsdauer und die Zahl der Geräte verteilt - recht niedrigen verlorenen Zuschuß und dem in kurzer Zeit zu tilgenden und hoch zu verzinsenden Darlehen keine ausreichenden Gegenleistungen gegenüberstünden.

Diese Auffassung vermag der erkennende Senat nicht zu teilen. Er hat bereits in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 1982 (aaO 1357 unter II 3 d m.Nachw.) eine zehnjährige Laufzeit nicht beanstandet, insbesondere auch deshalb, weil sich der Gastwirt bei Abschluß des Vertrages der damit verbundenen Entscheidung über den Charakter der Gaststätte bewußt sein mußte.

Das Berufungsgericht hat des weiteren zwar nicht verkannt, daß die den Wirt belastende Regelung durch die ihm gewährten Gegenleistungen des Vertragspartners aufgewogen werden kann (Senatsurteile vom 16./17. September 1974 - VIII ZR 116/72 = WM 1974, 1042, 1043 unter II 1 und vom 6. Oktober 1982 aaO unter II 4). Die Revision rügt aber zu Recht, daß das Berufungsgericht die dem Beklagten - neben den schon nicht ganz unwesentlichen Barbeträgen - zugestandene Beteiligung an den Einspieleinnahmen der Geräte nicht berücksichtigt hat. Der dem Gastwirt eingeräumte Gewinnanteil - bei dem Musik- und den Geldspielautomaten je 40 %, bei den Unterhaltungsautomaten 30 %, nach dem Vertrag jeweils ohne Abzug eines Unkosten- und Amortisationsbeitrages - lag nicht unerheblich höher als in den dem Senat aus anderen Entscheidungen bekannten Verträgen (vgl. die Sachverhalte in den Senatsentscheidungen BGHZ 51, 55; vom 3. März 1971 aaO 503; vom 6. Oktober 1982 aaO). Nach den von der Klägerin vorgelegten und vom Beklagten nicht bestrittenen Abrechnungen hat die Klägerin in der Zeit von der Aufstellung der Geräte im Januar 1981 bis Ende Mai 1981 Wirteanteile von insgesamt 3 606 DM, monatlich durchschnittlich also über 700 DM, ausgezahlt. Auch diese beachtliche Beteiligung des Wirts an den Einnahmen des Aufstellers rechtfertigt die langfristige Bindung und verbietet die schematische Übertragung der von der Revisionserwiderung angeführten Stellungnahmen in Rechtsprechung und Schrifttum zu anders gelagerten Sachverhalten auf den vorliegenden Fall.

e) Die Klausel in Nr. 4 Satz 3 AB hat das Berufungsgericht als ungewöhnlich und überraschend angesehen (§ 3 AGBG), weil der Wirt nicht damit zu rechnen brauche, daß der Austausch von Geräten mit dem Neubeginn einer festen Vertragslaufzeit von zehn Jahren verbunden werde. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die Klausel ist schon nach § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden, wäre im übrigen aber auch gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam:

aa) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner mit ihnen nicht zu rechnen braucht (§ 3 AGBG), liegen dann vor, wenn ihnen ein Überraschungseffekt innewohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Kunden eine deutliche Diskrepanz besteht (BGHZ 84, 109, 112 f). Der rechtlichen Konstruktion nach wird in der streitigen Klausel - wovon auch die Revision ausgeht - der Wunsch des Gastwirts nach Austausch einer Musikbox als Begehren auf Neuabschluß eines zehn Jahre laufenden Aufstellvertrages angesehen. Dabei handelt es sich um eine Fiktion, weil bei einem tatsächlichen auf Neuabschluß eines Vertrages gerichteten Willen der Parteien die Klausel ohne Bedeutung bleibt. Sie ist ganz ungewöhnlich, weil eine solche langjährige Vertragsverlängerung als Folge eines äußeren Verhaltens, das selbst nicht als auf einen derartigen rechtlichen Erfolg gerichtet verstanden werden kann, dem geltenden Recht fremd ist und nicht davon ausgegangen werden kann, daß der

Gastwirt, der - möglicherweise im Zuge der auch sonst routinemäßig vorgenommenen Geräteauswechslung (Nr. 1 Abs. 3 und 5 AB) - den Wunsch nach einem anderen Musikautomaten äußert, sich einen damit verbundenen Neubeginn der zehnjährigen Vertragslaufzeit vorstellt. Zu Unrecht hält die Revision dem die Interessen des Aufstellers entgegen, der die hohen Anschaffungskosten der Musikbox zu tragen hat. Das mag ein auf Neuabschluß des Vertrages gerichtetes Verlangen des Aufstellers rechtfertigen, nicht aber eine Erklärungsfiktion unter Verzicht auf jeglichen besonderen Hinweis an den Gastwirt.

bb) Die Klausel wäre - unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 10 Nr. 5 AGBG im kaufmännischen Verkehr (dazu z.B. Graf von Westphalen aaO § 10 Nr. 5 Rdn. 26; Brandner in: Ulmer/Brandner/Hensen aaO § 10 Nr. 5 Rdn. 17) - auch wegen unangemessener Benachteiligung des Gastwirts unwirksam (§ 9 Abs. 1 AGBG). Unangemessen ist nach ständiger Rechtsprechung eine Klausel, in der der Verwender mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Die einseitige Interessenregelung zeigt sich hier schon darin, daß nach dem Wortlaut der Klausel die Verlängerung des - einheitlich über die Aufstellung von acht Geräten abgeschlossenen - Vertrages sich auf alle Geräte bezieht, obwohl nur der Musikautomat ausgetauscht wird. Selbst wenn die Vertragsverlän-

gerung nur die ausgetauschte Musikbox betreffen sollte, könnte der Gastwirt wegen der bestehenbleibenden Ausschließlichkeitsbindung (Nr. 2 Abs. 1 AB) trotz im übrigen abgelaufener Vertragszeit auf viele Jahre gehindert sein, Automaten anderer Art in der Gastwirtschaft aufzustellen. Ein derartiger Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kunden wird durch die angeblich hohen Investitionskosten des Aufstellers - die nicht einmal entstehen müssen, weil die Klausel von der Aufstellung eines "anderen", nicht notwendig eines "neuen" Musikautomaten spricht - nicht annähernd gerechtfertigt. Das legitime Interesse des Aufstellers, der außer im Falle nicht behebbarer Funktionsstörungen zum Austausch des Musikautomaten nicht verpflichtet ist, wird hinreichend gewahrt, wenn er die Aufstellung ausdrücklich vom Abschluß eines neuen Vertrages abhängig macht oder aber sie ablehnt.

f) Mit der Klausel in Nr. 3 Abs. 5 Satz 3 AB brauchte der Gastwirt nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu rechnen, weil die Ausdrücke "ungünstige Auskünfte" und "oder ähnliches" ganz unbestimmt und daher gemäß § 3 AGBG nicht Vertragsbestandteil geworden seien.

aa) Dies greift die Revision im Ergebnis ohne Erfolg an. Auf Bedenken gegen eine ähnliche Klausel hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 1982 (WM 1982, 1354, 1358 unter II 6 c) hingewiesen. Die Formulierung "ungünstige Aus-

künfte" läßt offen, von wem eine Auskunft eingeholt werden soll und wann sie "ungünstig" ausfällt. Ebensowenig ist der Klausel zu entnehmen, welche Sachverhalte unter den Ausdruck "oder ähnliches" fallen könnten; er läßt eine derartige Vielzahl von Auslegungsmöglichkeiten zu - beginnend etwa mit einem gegen den Wirt gerichteten Vollstreckungsverfahren über eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit bis hin zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die Vermögenslosigkeit -, daß ihm ein auch nur einigermaßen deutlicher Begriffskern nicht entnommen werden kann. Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht zu Recht die Vorschrift des § 3 AGBG (überraschende Klausel) angewendet hat. Auch der Weg über § 5 AGBG führt zu keinem anderen Ergebnis: Die Anwendung der für den Kunden günstigsten Klauselbedeutung setzt voraus, daß sich im Auslegungswege immerhin verschiedene Bedeutungsalternativen ermitteln lassen. Ist dies mangels einer sich in vernünftigen Rahmen haltenden Zahl der Bedeutungsmöglichkeiten nicht der Fall, so muß jede Auslegung im Sinne des § 5 AGBG scheitern und zu Lasten des Verwenders die Klausel entfallen. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß dispositives Gesetzesrecht, das an die Stelle des Klauselteils treten könnte, nicht zur Verfügung steht und hinreichende Anhaltspunkte für eine ergänzende Vertragsauslegung nicht ersichtlich sind.

bb) Allerdings entfällt damit nicht die gesamte Klausel in Nr. 3 Abs. 5 Satz 3 AB. Denn da die Formulierungen "ungünstige

Auskünfte" und "oder ähnliches" sich inhaltlich ohne weiteres von den ebenfalls geregelten Fällen des Konkurs- und Vergleichsverfahrens sowie der Beendigung des über die Gaststätte geschlossenen Nutzungsvertrages trennen lassen, bestehen keine Bedenken dagegen, die Klausel mit diesem - auch inhaltlich nicht zu beanstandenden - restlichen Inhalt aufrechtzuerhalten (Senatsurteil vom 7. Oktober 1981 - VIII ZR 214/80 = WM 1981, 1354, 1357 unter II 3 e).

g) Die Revision wendet sich nicht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Regelung in Nr. 6 AB, die dem Aufsteller bei Vertragsverletzungen des Wirts neben der Schadensersatzleistung eine Konventionalstrafe zugesteht, durch die gesetzliche Regelung des § 340 Abs. 2 Satz 1 BGB zu ersetzen ist. Das ist auch richtig. Zwar findet das Verbot des § 11 Nr. 6 AGBG im kaufmännischen Verkehr nach allgemeiner Meinung gemäß § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG keine Anwendung (Graf von Westphalen aaO § 11 Nr. 6 Rdn. 41 m.Nachw.). Gleichwohl ist nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHZ 63, 256) das Verbot der Kumulation von Vertragsstrafe und Schadensersatz auch im kaufmännischen Verkehr zu beachten. Daran hat sich unter der Geltung des AGB-Gesetzes nichts geändert (Graf von Westphalen aaO Rdn. 46; Palandt/Heinrichs aaO § 11 Nr. 6 b; ebenso auch Hensen aaO § 11 Nr. 5 Rdn. 25, wenn - wie hier - der Sicherungszweck des Vertragsstrafeanspruchs für die Zukunft entfallen ist). An die Stelle der mithin unwirksamen Klausel

tritt gemäß § 6 Abs. 2 AGBG die Bestimmung des § 340 Abs. 2 Satz 1 BGB.

h) Das Berufungsgericht hält die Bestimmung in Nr. 5 Satz 1 AB, nach der die Zeitabstände der Abrechnung dem Aufsteller überlassen bleiben, für mit den Interessen des auf seinen Anteil an dem Einspielergebnis angewiesenen Gastwirts unvereinbar. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht beanstandet. Ebenso begegnet es keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht ausführt, die Klausel könne im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (dazu Senatsurteil vom 1. Februar 1984 - VIII ZR 54/83 unter II 3 b, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) durch die übliche Vereinbarung monatlicher Abrechnung ersetzt werden.

3. Im Ergebnis sind mithin nur die Klauseln über das Abräumungsrecht des Aufstellers (oben II 2 c bb), über sein Recht zur Vertragsübertragung (II 2 b) und über die Vertragsverlängerung bei Austausch des Musikautomaten (II 2 e) ersatzlos weggefallen, während die Nachfolgeklausel (II 2 a) bei interessengerechter Auslegung zum überwiegenden Teil wirksam bleibt, die Bestimmung über die Darlehensrückzahlungspflicht bei ungünstigen Auskünften (II 2 f) in eingeschränkter Form aufrechterhalten und die Regelungen über den Vertragsstrafenanspruch (II 2 g) und die Abrechnungszeiträume (II 2 h) durch gesetzliche Vorschriften oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung ersetzt werden

können. Es ist nicht zu verkennen, daß der Automaten-Aufstellvertrag damit eine nicht ganz unwesentliche Änderung erfahren hat. Gleichwohl sind die Umgestaltungen im Unterschied zu den in den Senatsentscheidungen BGHZ 51, 55 und WM 1982, 1354 behandelten Verträgen nicht von so einschneidender Bedeutung, daß von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden könnte. Die wesentlichen Rechte und Pflichten der Parteien sind ganz oder in nur unbedeutend eingeschränkter Form erhalten geblieben, so die Befugnis des Aufstellers, verschiedene im einzelnen aufgeführte Geräte auf die Dauer von zehn Jahren in der Gaststätte aufzustellen, die Gegenleistungen in der Form des Darlehens, des verlorenen Zuschusses und des Wirteanteils, die Ausschließlichkeitsbindung des Wirts und seine Verpflichtung, die vertraglichen Pflichten - soweit zumutbar - auf einen Nachfolger zu übertragen. Es kommt hinzu, daß der zur Beurteilung stehende Vertrag - wiederum anders als in den eben zitierten Senatsurteilen - nicht in einer Vielzahl von Punkten unklar, schwer verständlich oder unübersichtlich geordnet ist; er ist vielmehr einigermaßen klar gegliedert und kann - wenn die "Allgemeinen Bedingungen" auch sehr kleingedruckt sind - bei einigem Bemühen auch verstanden werden.

III. Das angefochtene Urteil konnte mithin mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Eine eigene Sachentscheidung ist dem erkennenden Senat nicht möglich, weil es an Feststellungen des Berufungsgerichts zur schuldhaften Verletzung von

Vertragspflichten durch den Beklagten ebenso wie zur Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche fehlt. Die Sache mußte daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen, da sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Paulusch