

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 139, 812, 818 Abs. 1 und 2;

AbzG §§ 1 b, c, d

Zur Rückabwicklung eines langjährig durchgeführten Getränkeliieferungs- und Darlehensvertrages nach wirksamem Widerruf der auf die Bezugspflicht gerichteten Willenserklärung.

BGH, Urteil vom 4. Dezember 1996 - VIII ZR 360/95 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 360/95

Verkündet am:
4. Dezember 1996
Böhringer-Mangold
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Paulusch, Dr. Hübsch, Dr. Beyer und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin und die Berufung des Beklagten werden unter ihrer Zurückweisung im übrigen die Urteile des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 5. Oktober 1995 und der 6. Zivilkammer des Landgerichts Karlsruhe vom 28. April 1995 teilweise geändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 66.688,54 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. April 1995 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten der ersten Instanz und des Berufungsrechtszugs tragen die Klägerin zu 3/20 und der Beklagte zu 17/20; die Kosten des Revisionsrechtszugs fallen dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Brauerei, schloß mit dem Beklagten für eine von diesem verpachtete Gaststätte am 13. Juni 1985 einen schriftlichen Leistungs- und Getränkebezugsvertrag, der u.a. folgende Vereinbarungen enthält:

"1. Leistung

Der Kunde (Beklagte) erhält von M. (Klägerin) folgende Leistung:

Ein Abschreibungsdarlehen in Höhe von

DM 100.000 i.W.: Hunderttausend Deutsche Mark.

Die Tilgung dieses Darlehens erfolgt ab Eröffnung durch Abschreibung von DM 33,33 für jeden für diese Absatzstätte bezogenen und bezahlten hl M. Bier, ...

Das Abschreibungsdarlehen ist nicht zurückzuzahlen und nicht zu verzinsen bei korrekter Vertragserfüllung, ...

...

3. Getränkebezugsverpflichtung

1. Als Gegenleistung verpflichtet sich der Kunde für diese Absatzstätte ab Eröffnung, ca. Dezember 1985, für die Dauer von zehn Jahren ausschließlich und ununterbrochen Biere ... zu beziehen und zum Ausschank zu bringen, die von M. im Rahmen ihres gegenwärtigen Lieferprogramms hergestellt und/oder vertrieben werden.

...

3. Der Kunde verpflichtet sich, für diese Absatzstätte während der Vertragslaufzeit von den der ausschließlichen Bezugsverpflichtung unterliegenden Getränken mindestens 300 hl jährlich, insgesamt somit 3.000 hl, abzunehmen.

...

4. Minderbezug und vertragswidriger Bierbezug

Der Kunde und M. gehen einvernehmlich von einer jährlichen Mindestumsatzerwartung gemäß Ziff. 3.3 aus.

Sollte die Mindestumsatzerwartung um mehr als 10 % unterschritten werden, zahlt der Kunde für jeden gegenüber der Umsatzerwartung fehlenden hl einen Ausgleichsbetrag von 25 % des jeweils gültigen Gastronomie-Listenpreises für M. Pilsener Faßbier.

...

7. Werbungskosten

1. M. wird auf die Dauer dieses Vertrages und der Geschäftsverbindung vom Kunden die ausschließliche Anbringung von Reklameeinrichtungen innerhalb und außerhalb der Gaststätte sowie auf dem Grundstück und dem Dach des Anwesens unentgeltlich gestattet.

...

2. M.-Getränke dürfen nur in den dafür bezeichneten Gläsern (mit M.-Werbung) ausgeschenkt werden."

Dem Beklagten wurde bei Abschluß des Vertrages eine Belehrung über sein Widerrufsrecht nach dem Abzahlungsgesetz erteilt, in der es vor der Unterschriftszeile heißt:

"Mit Ihrer Unterschrift auf diesem Formular bestätigen Sie, diese Belehrung sowie eine Ausfertigung des oben genannten Vertrages heute erhalten zu haben."

Die Klägerin hat zunächst Klage auf Zahlung eines Ausgleichsbetrags wegen eines Minderbezugs von Getränken gemäß Nr. 4 des Vertrages erhoben. Daraufhin hat der Beklagte mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 13. Februar 1995 seine auf Abschluß des Leistungs- und Getränkebezugsvertrags gerichteten Willenserklärungen nach § 1 b Abs. 1 AbzG widerrufen. Mit Schriftsatz vom 20. März 1995 hat die Klägerin deshalb die Klage auf einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des Beklagten durch das an ihn ausgezahlte Darlehen gestützt.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Beklagte schulde neben der Rückzahlung des Kapitalbetrags von 100.000 DM dessen Verzinsung mit einem banküblichen Zinssatz von 7,8 %. Auf die sich daraus ergebende Zinsforderung hat sie für die von dem Beklagten bezogenen 1.188,7 hl Getränke pro Hektoliter einen jährlich um 2 DM steigenden Betrag beginnend mit 36 DM im Jahre 1986 bis zu 52 DM im Jahre 1994 an gerechnet und mit der Klage darüber hinausgehende Zinsen von 19.973,89 DM und Rückzahlung eines Teils des Kapitalbetrags gefordert. Sie hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 66.688,54 DM nebst 10 % Zinsen aus 53.242,43 DM seit dem 27. März 1994 und aus weiteren 13.446 DM seit dem 1. Februar 1995 zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 46.714,71 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23. März 1995 stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen, auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen, soweit der Beklagte zur Zahlung von mehr als 20.327,60 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. April 1995 verurteilt worden war, und die Revision zugelassen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin den Klageanspruch unter Einschränkung der geltend gemachten Verzugszinsen von 10 % auf 4 % weiter. Der Beklagte erstrebt mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, die Abweisung der Klage insgesamt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Auf die Getränkebezugsverpflichtung des Beklagten aus dem Vertrag vom 13. Juni 1985 sei auch nach Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes das Abzahlungsgesetz anzuwenden. Danach sei der Beklagte am 13. Februar 1995 noch zum Widerruf seiner Bezugsverpflichtung berechtigt gewesen, weil die Widerrufsfrist nach § 1 b Abs. 1 AbzG mangels einer gesondert unterschriebenen Belehrung über das Wider-

rufsrecht im Sinne von § 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG nicht in Gang gesetzt worden sei. Infolge des wirksamen Widerrufs sei der Vertrag der Parteien, soweit dieser die Getränkeabnahme regelt und damit kaufrechtliche Teile enthalte, in Wegfall gekommen. Jedoch habe der Widerruf eines Rahmenvertrags im Sinne des § 1 c Nr. 3 AbzG, wie er hier vorliege, keinen Einfluß auf die auf seiner Grundlage geschlossenen und bereits erfüllten Einzelverträge. Die Wirkung des Widerrufs beschränke sich vielmehr auf den Wegfall künftiger Abnahme- und Leistungspflichten. Dies bedeute, daß es sowohl bei der Lieferung der Getränke durch die Klägerin wie auch den dafür geleisteten Kaufpreiszahlungen des Beklagten verbleibe, ohne daß die eine oder andere Partei insoweit Rückabwicklung verlangen und Ansprüche geltend machen könne.

Die nicht kaufrechtlichen Teile des Vertrags würden zwar nicht von dem Widerruf erfaßt, seien jedoch ersichtlich so eng mit der Getränkebezugsverpflichtung verbunden, daß sie nach § 139 BGB nichtig seien. Der Vertrag sei deshalb, soweit er nicht kaufrechtlicher Art sei, nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln. Da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handle, bestehe von vornherein nur ein einheitlicher Anspruch auf Ausgleich der beiderseitigen Vermögensverschiebungen, der auf den Überschuß der Aktivposten gegenüber den Passivposten, also den Saldo, beschränkt sei.

Als Vermögensvorteil des Beklagten sei in den Saldo nur der Darlehensbetrag von 100.000 DM einzustellen. Vermögensvorteile durch Nutzung des Kapitals seien nicht festzustellen.

len. Da der Beklagte das Darlehen für die Renovierung der Gaststätte eingesetzt habe, sei für einen Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen erforderlich, daß er aus der Gaststätte einen Ertrag erwirtschaftet und eine mit Hilfe des überlassenen Darlehensbetrags getätigte Investition in die Gaststätte gerade zu diesem Ertrag beigetragen habe. Das habe die Klägerin nicht vorgetragen.

Zugunsten des Beklagten müsse der Betrag berücksichtigt werden, der von dem von ihm für Getränkeliieferungen gezahlten Kaufpreis auf vereinbarte Tilgungsleistungen für das Darlehen entfalle. Nach der von dem Beklagten nicht hinreichend substantiiert bestrittenen Aufstellung der Klägerin über die Getränkeliieferungen und die dafür gutzuschreibenden Einzelbeträge handele es sich um einen Gesamtbetrag von 50.872,40 DM.

Als Vermögensvorteil der Klägerin in die Saldierung einzubeziehen sei auch der Wert der Werbemöglichkeiten, die der Beklagte der Klägerin eingeräumt habe. Dabei sei von dem von dem Beklagten angegebenen Wert von 300 DM pro Monat bzw. 28.800 DM für den gesamten Zeitraum von 1986 bis 1994 auszugehen. Der Vortrag der Klägerin, die Gaststätte habe einen schlechten Ruf gehabt, weil eine Sperrzeitverkürzung auf Beschwerden von Nachbarn hin wieder aufgehoben worden sei, weshalb allenfalls ein negativer Effekt erzielbar gewesen sei, genüge nicht, die ihr eingeräumte Werbemöglichkeit als wertlos einzustufen.

Insgesamt habe der Beklagte daher herauszugeben:

Darlehensbetrag	100.000,-- DM
- Tilgungsleistungen	50.872,40 DM
- Werbemöglichkeiten	28.800,-- DM

	20.327,60 DM.

Zinsen in Höhe von 4 % auf diesen Betrag könne die Klägerin erst ab dem 11. April 1995 verlangen, weil sie erst nach Widerruf des Vertrags durch den Beklagten mit Schriftsatz vom 20. März 1995, dem Beklagten jedenfalls am 11. April 1995 zugegangen, Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt habe.

II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

A. Die Revision des Beklagten hat allerdings keinen Erfolg.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß auf den zwischen den Parteien am 13. Juni 1985 geschlossenen Vertrag auch nach Inkrafttreten des Verbraucherkreditgesetzes am 1. Januar 1991 die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes entsprechend Art. 9 Abs. 1 VerbrKrG/ZPOuaÄndG weiterhin uneingeschränkt Anwendung finden (BGHZ 119, 283, 294 f; zuletzt BGH, Urteil vom 17. April 1996 - VIII ZR 44/95 = WM 1996, 1546 unter II 1) und daß es sich bei der in diesem Vertrag von dem Beklagten übernommenen Getränkebezugsverpflichtung um eine Verpflichtung

tung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen im Sinne von § 1 c Nr. 3 AbzG handelt (BGHZ 78, 248 ff; 119, 283, 294; 126, 56, 59), die der Beklagte gemäß § 1 b Abs. 1 AbzG wirksam widerrufen hat.

Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 b Abs. 1 AbzG ist mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung nicht in Lauf gesetzt worden (§ 1 b Abs. 2 Satz 2 AbzG) und war deshalb bei Abgabe der Widerrufserklärung am 13. Februar 1995 noch nicht abgelaufen. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 119, 283, 295 ff; 129, 371, 274; Urteil vom 21. Oktober 1992 - VIII ZR 99/91 = WM 1993, 114 unter II 2) hat der Beklagte die Widerrufsbelehrung vom 13. Juni 1985 entgegen § 1 b Abs. 2 Satz 3 AbzG nicht "gesondert" unterschrieben, weil er mit seiner Unterschrift zugleich die Aushändigung einer Vertragsausfertigung sowie der Belehrung selbst bestätigt hat. Er hat die Getränkebezugsverpflichtung nicht vollständig erfüllt, so daß sein Widerrufsrecht nicht gemäß § 1 b Abs. 2 Satz 5 AbzG erloschen ist. Der Widerruf ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Vertrag lange Zeit tatsächlich durchgeführt wurde (BGHZ 97, 127, 134 f; 129, 371, 374 f).

Dies alles nimmt die Revision des Beklagten auch hin.

2. Entgegen der Ansicht des Beklagten hat das Berufungsgericht weiter zu Recht angenommen, daß trotz des Widerrufs der Bezugsverpflichtung keine der Parteien die Rückabwicklung der auf ihrer Grundlage bereits erfolgten Getränkelieferungen verlangen kann.

a) Rechtsfehlerfrei hat es den Vertrag vom 13. Juni 1985 als Rahmenvertrag ausgelegt, der durch den Abschluß selbständiger Einzelkaufverträge über die Lieferung von Getränken erfüllt werden sollte, und nicht einen Sukzessivlieferungsvertrag angenommen. Zwar wird in dem Vertrag die abzunehmende Menge mit 300 hl jährlich bzw. 3.000 hl insgesamt festgelegt und hinsichtlich der Preise auf die jeweils gültigen Preislisten der Klägerin verwiesen (Nr. 3.6 des Vertrags). Jedoch spricht gegen das Vorliegen eines Sukzessivlieferungsvertrags, durch den unmittelbar Ansprüche auf Lieferung der einzelnen Teilmengen und deren Bezahlung begründet werden, daß lediglich eine Mindestbezugsmenge bestimmt worden ist und daß in Nr. 4.1 des Vertrags für den Fall eines Minderbezugs keine Erfüllungsansprüche der Klägerin auf Abnahme und Bezahlung weiterer Getränke, sondern bloße Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der Bezugspflicht vorgesehen sind. Die in Erfüllung eines Rahmenvertrags abgeschlossenen selbständigen Einzelkaufverträge werden von dem Widerruf der Getränkebezugsverpflichtung nicht unmittelbar erfaßt.

b) Die Einzelkaufverträge sind auch keine Abzahlungsgeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 oder § 1 c AbzG, so daß sie als solche nicht widerruflich sind. Ihre Nichtigkeit kann sich folglich nur als Folge des Widerrufs der Bezugspflichtung aus § 139 BGB ergeben.

Gesamtnichtigkeit setzt danach voraus, daß die Einzelverträge und der Rahmenvertrag ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, d.h. nach dem Willen der Parteien miteinander stehen und fallen sollten (BGHZ 50, 8, 13; BGH, Urteil

vom 25. Mai 1983 - VIII ZR 51/82 = WM 1983, 788 = NJW 1983, 2027 unter III 5; Urteil vom 16. April 1986 - VIII ZR 79/85 = WM 1986, 795 = NJW 1986, 1988 unter II 2 b, insoweit in BGHZ 97, 351 nicht abgedruckt; BGHZ 112, 288, 293). Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß bei dem hier vorliegenden Rahmenvertrag der Widerruf keinen Einfluß auf die auf seiner Grundlage geschlossenen und bereits erfüllten Einzelverträge habe. Diese tatrichterliche Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Sie entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 16. April 1986 aaO unter II 4 b) zur Anwendung des § 139 BGB auf Kaufverträge über Warenachlieferungen, die in Erfüllung einer in einem Franchise-Vertrag enthaltenen - wirksam widerrufenen - Bezugsverpflichtung abgeschlossen wurden. Dort hat der Senat ausgesprochen, daß die einzelnen Kaufverträge trotz des wirtschaftlichen Zusammenhangs selbst bei weiter Auslegung des Begriffs des einheitlichen Rechtsgeschäfts nicht mehr im rechtlichen Sinne als Teil der Franchise-Vereinbarung angesehen werden konnten.

c) Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage der Einzelkaufverträge durch den Widerruf der Bezugsverpflichtung käme allenfalls insoweit in Betracht, als der Beklagte die erworbenen Getränke noch nicht weiterveräußert hat und ihm eine Verwertung nach Wegfall der Bezugsverpflichtung unzumutbar ist (Urteil vom 16. April 1986 aaO unter II 4 c). Dies hat er nicht geltend gemacht, und es fehlt auch an entsprechendem tatsächlichen Vorbringen.

d) Auf der Grundlage dieser Feststellungen ist das Berufungsgericht entgegen der Ansicht des Beklagten zutref-

fend davon ausgegangen, daß eine Rückabwicklung der Einzelkaufverträge auch nach § 1 d AbzG nicht in Betracht kommt und die Klägerin den vom Beklagten für die bezogenen Getränke bezahlten Kaufpreis behalten darf, selbst wenn er über deren objektiven Wert hinausgehen sollte.

Im Schrifttum sind die Rechtsfolgen des Widerrufs einer in einem Rahmenvertrag enthaltenen Bezugsverpflichtung im Sinne von § 1 c Nr. 3 AbzG (und § 2 Nr. 3 VerbrKrG) umstritten. Einerseits (Bülow, VerbrKrG, 2. Aufl., § 2 Rdnrn. 7, 21; Ott in Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 36; MünchKomm/Ulmer, BGB, 2. Aufl., § 1 c AbzG Rdnrn. 34 f; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., § 2 VerbrKrG Rdnr. 40; Martinek, ZIP 1986, 1440, 1443; Reich, JZ 1975, 550, 554; Reinel, BB 1982, 956, 958; vgl. auch Soergel/Hönn, 12. Aufl., § 1 c AbzG Rdnr. 12) wird die Auffassung vertreten, der Widerruf lasse lediglich die Bezugspflichten für die Zukunft entfallen, führe aber nicht zur Rückabwicklung der auf seiner Grundlage geschlossenen Einzelverträge. Nach anderer Ansicht besteht das Widerrufsrecht nur für den Vertrag im Ganzen (RGRK/Kessler, BGB, 12. Aufl., § 1 c AbzG Rdnr. 6; Löwe, NJW 1974, 2257, 2262) und werden auch die unter Beachtung des Rahmenvertrags bereits erfüllten Einzelverträge von der Rückgewährpflicht erfaßt (Graf von Westphalen in Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 44).

Der Senat ist für Fälle wie den hier zu entscheidenden, in dem Rahmenvertrag und Einzelverträge kein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB bilden, der Auffas-

sung, daß eine Rückabwicklung der Einzelverträge infolge eines Widerrufs der Rahmenvereinbarung ausscheidet. Die Parteien setzen mit jedem in Erfüllung der Bezugsverpflichtung abgeschlossenen Einzelkaufvertrag einen eigenständigen Rechtsgrund für den Austausch der jeweiligen beiderseitigen Leistungen. Dieser begründet für beide Vertragspartner das Recht, die Leistung des anderen einschließlich eines darin enthaltenen Gewinns zu behalten. Haben die Parteien die Wirksamkeit des Einzelvertrags von dem Bestehen der Bezugspflicht unabhängig im Sinne des § 139 BGB ausgestaltet, kann deren nachträglicher Wegfall weder unmittelbar den Fortbestand des mit dem Einzelkaufvertrag gesetzten Rechtsgrundes berühren noch zu einer Rückabwicklung des Abschlusses des Einzelvertrags nach § 1 d AbzG führen. Die gegenteilige Ansicht geht auch über den Zweck des Abzahlungsgesetzes hinaus, das den Käufer nur vor wiederkehrenden zukünftigen Zahlungspflichten schützen will und deshalb den Widerruf und die Rückabwicklung selbst eines zunächst widerruflichen Vertrages ausschließt, wenn die beiderseits geschuldeten Leistungen erbracht sind (§ 1 b Abs. 2 Satz 5 AbzG).

B. Die Revision der Klägerin ist hingegen überwiegend erfolgreich.

1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, daß der Widerruf nach dem Abzahlungsgesetz unmittelbar nur die Unwirksamkeit der Getränkebezugsverpflichtung als solcher zur Folge hat und sich die Wirksamkeit der übrigen - nicht kaufrechtlichen - Teile des Vertrags vom 13. Juni 1985 nach

§ 139 BGB bestimmt (st.Rspr., Urteil vom 25. Mai 1983 aaO unter II 2 a und III 5; BGHZ 97, 351, 360; 109, 314, 320; 112, 376, 378; Urteil vom 3. Juli 1991 - VIII ZR 201/90 = WM 1991, 1675 unter II 1 b; Urteil vom 8. Oktober 1992 - IX ZR 98/91 = WM 1993, 420 unter B I 1 c cc; zur entsprechenden Rechtslage nach dem Verbraucherkreditgesetz BGHZ 128, 156, 165). Die tatrichterliche Würdigung, die Klägerin hätte dem Beklagten das Darlehen nicht gewährt, wenn dieser nicht als Gegenleistung die Bezugsverpflichtung eingegangen wäre, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Ihr steht insbesondere nicht entgegen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag in Nr. 8.6 eine salvatorische Klausel enthält, nach der die etwaige Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen des Vertrages die Rechtswirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berühren soll. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94 = WM 1996, 22 unter II 2 b bb) kann ein Vertrag trotz salvatorischer Klausel gemäß § 139 BGB insgesamt nichtig sein, wenn - wie hier - eine wesentliche Vertragsbestimmung unwirksam ist und durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrages verändert würde.

2. Im Ansatz zutreffend ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, daß die nicht kaufrechtlichen Teile des Vertrags nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln (Urteil vom 25. Mai 1983 aaO unter IV; BGHZ 112, 288, 294; 112, 376, 379; 128, 156, 166) und dabei Leistung und Gegenleistung zu saldieren sind, d.h. der Bereicherungsanspruch auf Herausgabe oder Wertersatz des Überschusses der Aktiv- über die Passivposten gerichtet ist (BGHZ 53, 144, 145; Urteil vom 11. März 1988 - V ZR 27/87 = NJW 1988, 3011 unter II

3). Dieser Überschuß übersteigt jedoch den von dem Berufungsgericht ausgeurteilten Betrag und erreicht die Klageforderung von 66.688,54 DM.

a) Die Klägerin macht mit ihrer Revision zu Recht geltend, daß entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu ihren Gunsten als Aktivposten in den bereicherungsrechtlichen Saldo neben dem Darlehenskapital marktübliche Zinsen als Wert der aus dem Kapital gezogenen Nutzungen einzustellen sind.

aa) Ob und in welchem Umfang die §§ 812, 818 BGB einen Zinsanspruch des Kreditgebers für die Zeit rechtfertigen, in der ihm das Kapital ohne Rechtsgrund vorenthalten wird, ist zwar bisher nicht abschließend geklärt (vgl. BGHZ 104, 337, 343 f m.w.Nachw.). Zu ersetzen sind aber jedenfalls die aus dem Kapital tatsächlich gezogenen Nutzungen (Senatsurteil vom 3. Juli 1991 aaO unter II 2 a; BGHZ 115, 268, 270; BGH, Urteil vom 24. September 1996 - XI ZR 185/94 unter III 2 a, z. Veröffentl. bestimmt). Dabei besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 18. April 1962 - VIII ZR 245/61 = WM 1962, 606 unter 3 b; BGHZ 64, 322, 323; 102, 41, 46; Urteil vom 24. September 1996 aaO unter III 2 b) eine Vermutung dafür, daß Nutzungen im Wert der sonst üblicherweise zu zahlenden Zinsen gezogen worden sind, wenn das Kapital - wie etwa bei dessen Einsatz als Betriebsmittel - in einer Art und Weise verwendet worden ist, die nach der Lebenserfahrung einen bestimmten wirtschaftlichen Vorteil erwarten läßt.

So ist es hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte den Darlehensbetrag für die Renovierung seiner Gaststätte eingesetzt. Er hat selbst vorgebracht, daß er aufgrund des Darlehens die Gaststätte für 700.000 DM statt für 600.000 DM umgebaut hat. Das rechtfertigt die Vermutung, daß der Beklagte infolge eines entsprechend höheren Substanzwertes der Gaststätte Nutzungen aus dem Darlehensbetrag in Form eines höheren Pachtzinses für die Gaststätte gezogen hat, als er ihn bei einer weniger aufwendigen Renovierung hätte erzielen können, und daß der Wert dieser Nutzungen jedenfalls die Höhe der üblicherweise zu zahlenden Zinsen für ein Darlehen erreicht, das bei wirtschaftlich vernünftigem Handeln nur aufgenommen wird, wenn die Belastung durch einen mindestens gleich hohen Ertrag gedeckt wird. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Unrecht konkreten Tatsachenvortrag der Klägerin zu den vom Beklagten gezogenen Nutzungen vermißt.

Die Vermutung für tatsächlich gezogene Nutzungen wird durch den Vortrag des Beklagten nicht widerlegt. Sein Einwand, die Vermutung scheitere daran, daß der Beklagte nicht Kaufmann, sondern Bauingenieur sei, geht fehl, weil die Vermutung für den gewinnbringenden Einsatz von Fremdkapital in einem Gewerbebetrieb nicht davon abhängt, ob der Betrieb des Gewerbes die Kaufmannseigenschaft des Inhabers nach dem Handelsgesetzbuch begründet. Die Behauptung des Beklagten, die renovierte Einrichtung könne heute, zehn Jahre nach der Renovierung, nicht mehr mit Gewinn verkauft werden, weil sie bereits wieder veraltet sei, besagt nichts darüber, ob der Beklagte während der vergangenen zehn Jahre Nutzungen aus dem Darlehenskapital gezogen hat. Unerheblich ist

schließlich auch, ob der Beklagte, wie er vorgetragen hat, anderweit kein Darlehen aufgenommen hätte, wenn die Klägerin ihm keines gewährt hätte. Um Nutzungen, die der Bereicherungsschuldner aus einem ihm rechtsgrundlos eingeräumten Darlehen tatsächlich gezogen hat, ist er auch dann bereichert, wenn er unter anderen Voraussetzungen das Kapital nicht in Anspruch genommen hätte.

Die von dem Beklagten vorsorglich erhobene Einrede der teilweisen Verjährung des Zinsanspruchs entsprechend § 197 BGB ist schon deshalb unbegründet, weil der nicht vertraglich vereinbarte, sondern nur bereicherungsrechtlich bestehende Anspruch auf Nutzungersatz in Form von Zinsen jedenfalls nicht fällig war, bevor der Beklagte seine Getränkebezugspflicht widerrufen und damit gemäß § 139 BGB auch die Darlehensvereinbarung zu Fall gebracht hatte.

bb) Für den Wert der gezogenen Nutzungen (§ 818 Abs. 2 BGB) ist nach der oben (unter aa) dargestellten Vermutung davon auszugehen, daß er mindestens dem marktüblichen Preis für die Überlassung von Fremdkapital entspricht, der hier ausweislich der unwidersprochen gebliebenen Zinsbestätigung, die die Klägerin vorgelegt hat, 7,8 % betrug.

cc) Zu verzinsen hat der Beklagte das Kapital aber nur insoweit, als er das Darlehen nicht bereits durch den Bezug von Getränken getilgt hat. Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag sollte die Tilgung des Darlehens durch Abschreibung eines bestimmten Betrages für jeden bezogenen und bezahlten Hektoliter Bier erfolgen. Aus der Sicht beider Parteien enthielt der Bezug von Getränken

durch den Beklagten deshalb jeweils konkludent eine entsprechende Tilgungsbestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB). Das schließt es aus, die sich aus dem Getränkebezug ergebenden Abschreibungsbeträge nachträglich auf die Zinsforderung zu verrechnen, wie es die Klägerin bei ihrer Berechnung der Klageforderung getan hat.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte in der Zeit zwischen dem 15. Januar 1986 und dem 31. Dezember 1994 Tilgungsleistungen in Höhe von insgesamt 50.872,40 DM entsprechend der von der Klägerin über die Einzelleistungen gefertigten Aufstellung erbracht hat. Berücksichtigt man zugunsten des Beklagten die Einzelleistungen jeweils zum 15. des betreffenden Monats und eine Zinspflicht für 30 Tage pro Monat, so ergeben sich für den von der Klägerin geltend gemachten Zeitraum vom 1. Dezember 1985 bis 31. Dezember 1994 zu leistende Zinsen von 51.460,18 DM.

b) Als Passivposten hat das Berufungsgericht bei der bereicherungsrechtlichen Saldierung zutreffend den Tilgungsbetrag von 50.872,40 DM berücksichtigt. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist grundsätzlich auch der Wert der ihr von dem Beklagten eingeräumten Werbemöglichkeiten als Passivposten in die Saldierung einzubeziehen. Nach den von der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts steht die Einräumung der Werbemöglichkeiten mit der Darlehensgewährung im Gegenseitigkeitsverhältnis. Abzustellen ist auf den Wert der Werbemöglichkeiten und nicht auf den möglicherweise geringeren Wert der von der Klägerin tatsächlich durchgeführten Werbung. Denn die Lei-

stung des Beklagten bestand in der Einräumung der Werbemöglichkeiten als solchen. Dieser lag die Entscheidung der Klägerin zugrunde, sich durch die Gewährung eines Darlehens an den Beklagten u.a. die Nutzung seiner Gaststätte als Werbeträger zu erkaufen. Es wäre ein unzulässiges venire contra factum proprium, wollte die Klägerin das Verwendungsrisiko dieser Nutzungsmöglichkeit wegen der Unwirksamkeit des Vertrages auf den Beklagten abwälzen (vgl. MünchKomm/Lieb, BGB, 2. Aufl., § 818 Rdnr. 72; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 531 f).

Die Klägerin rügt jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht die Feststellung eines Wertes von 300 DM monatlich und 28.800 DM insgesamt verfahrensfehlerhaft getroffen hat. Die Klägerin hat gegenüber den dieser Feststellung zugrundeliegenden Wertangaben des Beklagten vorgetragen, die Gaststätte des Beklagten habe einen schlechten Ruf, durch ein solches Lokal werde allenfalls eine negative Werbung betrieben. Damit hat sie bestritten, daß die ihr eingeräumten Werbemöglichkeiten innerhalb und außerhalb der Gaststätte überhaupt einen und erst recht den von dem Beklagten angegebenen objektiven Wert haben. Die Beweislast für eine von ihm geltend gemachte Minderung des Saldos trägt der Bereicherungsschuldner (BGHZ 109, 139, 148). Das Berufungsgericht hätte deshalb aus seiner Sicht den von dem Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweis zum Wert der Werbemöglichkeiten erheben müssen.

Im Ergebnis kommt es darauf jedoch nicht mehr an, weil nach dem oben (unter a) Ausgeführten der Beklagte durch das Darlehen von 100.000 DM abzüglich der erbrachten Tilgungs-

leistungen von 50.872,40 DM zuzüglich der als Nutzungser-satz geschuldeten Zinsen in Höhe von 51.460,18 DM um einen Betrag von mehr als 100.000 DM bereichert ist, so daß der Klägerin der mit der Klage als Teilforderung geltend ge-machte Bereicherungsausgleich in Höhe von 66.688,54 DM selbst dann zusteht, wenn in den Saldo als Passivposten der von dem Beklagten als Wert der Werbemöglichkeiten angesetz-te Betrag von 28.800 DM einzustellen sein sollte.

3. Zinsen auf die Klageforderung in Höhe von 4 % hat das Berufungsgericht der Klägerin zu Recht erst seit dem 11. April 1995 und nicht bereits seit Zustellung der Klage am 1. Februar 1995 zugesprochen. Die Klägerin hatte mit ih-rer Klage zunächst einen Ausgleichsbetrag wegen eines Ge-trränkeminderbezugs durch den Beklagten gefordert. Erst nachdem der Beklagte seine Getränkebezugsverpflichtung aus dem Vertrag vom 13. Juni 1985 widerrufen hatte, hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 20. März 1995 Bereicherungs-ausgleich verlangt. Der Bereicherungsanspruch ist deshalb erst mit Zustellung dieses Schriftsatzes geltend gemacht und rechtshängig geworden (§ 261 Abs. 2 ZPO), so daß der Beklagte für den Zeitraum davor weder Verzugszinsen (§§ 284 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB) noch Prozeßzinsen (§ 291 BGB) schuldet. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Schriftsatz sei dem Beklagten jedenfalls am 11. April 1995, dem Tag seiner Erwiderung darauf, zugegangen, läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

III. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, soweit das Berufungsgericht auf die Berufung der Klägerin die Kla-

ge abgewiesen hat (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind, konnte der Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache selbst entscheiden.

Dr. Deppert

Dr. Paulusch

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball