

66

- BGH, Urt. v. 27. Februar 1985 - VIII ZR 85/84 - OLG München
LG Kempten
(Allgäu)

BGH, Urt. v. 27. Februar 1985 - VIII ZR 85/84 - OLG München
LG Kempten
(Allgäu)

61

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 85/84

URTEIL

Verkündet am
27. Februar 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] bräu AG, gesetzlich vertreten
durch den Vorstand Friedrich S [REDACTED], Richard D [REDACTED], Dr. Peter
K [REDACTED], Siegfried Sch [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED] in M [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Koch Konrad V [REDACTED], Haus-Nr. [REDACTED] in L [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 19. Januar 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von mehr als 50.901,47 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Der Beklagte betrieb auf einem im Eigentum seiner Mutter stehenden Grundstück in L [REDACTED] die Gaststätte "S [REDACTED]". Am 24. November 1975 schlossen er und die Klägerin, eine Brauerei, eine - überwiegend formularmäßig gestaltete, teilweise maschinenschriftlich ergänzte - "Vereinbarung", in der er sich verpflichtete, für die "in seinem Eigentum" stehende Gaststätte den gesamten Bedarf an Bieren jeder Art und alkoholfreien Getränken auf die Dauer von 20 Jahren, "mindestens jedoch bis zur Abnahme von 5.000 hl Bier ... vorausgesetzt jährlich 250 hl Bier", ausschließlich bei der Klägerin zu beziehen. Die Klägerin überließ dem Beklagten vereinbarungsgemäß leihweise Inventargegenstände, insbesondere Gaststättenmobiliar und eine Gläserausstattung, zum Anschaffungspreis von 25.000 DM, eine Buffetanlage und Großküchengeräte im Wert von 30.000 DM und eine Außenreklame-Anlage für 4.000 DM. "Nach regulärem Ablauf" des Vertrages sollten diese Gegenstände mit Ausnahme der Reklamanlage in das Eigentum des Beklagten übergehen; bis dahin hatte er für Instandhaltung und Ersatzbeschaffung zu sorgen. Nach Nr. 3 des Vertrages war die Klägerin bei vorübergehender Unmöglichkeit der Belieferung berechtigt, "andere Firmen zur Lieferung möglichst gleichwertiger Erzeugnisse heranzuziehen"; in diesem Fall sollte sich das Vertragsverhältnis um den entsprechenden Zeitraum verlängern. In Nr. 4 wurde vereinbart, daß beide Vertragsteile bei einer "Besitz- oder Rechtsnachfolge

irgendwelcher Art" ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag ihren Rechtsnachfolgern auferlegen werden. Die Klägerin sollte darüber hinaus berechtigt sein, "aus gegebener Veranlassung" ihre Rechte und Pflichten auch bezüglich einzelner Bier- und Getränkesorten auf Dritte zu übertragen. In Nr. 5 des Vertrages heißt es:

"Unbeschadet der übrigen Vereinbarungen kann die Brauerei die ganze oder teilweise Rückzahlung von zur Verfügung gestellten Beträgen, soweit diese noch nicht ausgeglichen sind, sowie die sofortige Rückgabe von Inventar od. eine Ablösung des Leihinventars zu dem Betrag, der durch eine brauereiinterne Absetzung vom Anschaffungspreis mit DM 8,-/hl Bier noch nicht ausgeglichen ist, verlangen, wenn der Vertragspartner gegen diesen Vertrag verstößt, das Geschäft verkauft oder in sonstiger Weise auf einen Dritten überträgt, insbesondere jedoch, wenn der Bezug von Bier und alkoholfreien Getränken von der Brauerei bzw. der zuständigen Brauerei-Vertretung aus irgendwelchen Gründen eingestellt, unterbrochen oder nicht im vorausgesetzten und angemessenen Umfang vorgenommen werden sollte.

Für jeden Hektoliter an Getränken, den der Vertragspartner nicht entsprechend diesem Vertrag von der Brauerei bzw. der zuständigen Brauerei-Vertretung bezieht, kann die Brauerei einen Betrag von DM 20,-- verlangen...."

Der Beklagte stellte den Betrieb der Gaststätte im Dezember 1980 ein und teilte dies der Klägerin mit Schreiben vom 7. April 1981 mit. Er hatte bis dahin insgesamt 563 hl Bier von der Klägerin bezogen. Mit Anwaltsschreiben vom 15. April 1981 widersprach die Mutter des Beklagten der Fortsetzung des Nutzungsverhältnisses und forderte ihn bei Klagevermeidung

"nochmals" auf, die Gaststätte unverzüglich zu räumen. Davon setzte der Beklagte die Klägerin unter dem 28. Juli 1981 in Kenntnis. Die Mutter des Beklagten teilte der Klägerin mit Schreiben vom 19. April 1982 mit, daß sie von ihrem Sohn die Räumung der Gaststätte verlangt habe, und forderte sie auf, das Inventar aus den Räumen zu entfernen.

Mit der Klage macht die Klägerin die Ablösung des Leihinventars gemäß Nr. 5 Abs. 1 des Vertrages in Höhe des Anschaffungspreises abzüglich eines Betrages von 8 DM je bezogenem hl (50.901,47 DM einschließlich Mehrwertsteuer) geltend. Sie ist weiter der Auffassung, der Beklagte schulde ihr 20 DM für jeden zu wenig bezogenen hl Bier und verlangt insoweit - ausgehend von einer rechnerisch zugrunde gelegten Mindestabnahmemenge von jährlich 125 hl Bier und einer angenommenen Vertragsdauer von 15 Jahren - einen Teilbetrag von 26.240 DM. Der Beklagte hält den Bierlieferungsvertrag wegen der 20-jährigen Bezugsverpflichtung für sittenwidrig und meint, er sei zur Kündigung der Vereinbarung berechtigt gewesen, weil es ihm ohne Verschulden unmöglich geworden sei, die Gaststätte weiter zu betreiben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Es sei zweifelhaft, könne aber dahinstehen, ob der Beklagte sein nachträgliches Unvermögen zur Abnahme weiterer Bierlieferungen zu vertreten habe, obwohl seine Mutter unstreitig das Mietverhältnis gekündigt und die Klägerin zu den Gründen der Kündigung hinreichend substantiiert nichts vorgetragen habe. Denn mit der Beendigung des Mietvertrages sei die Geschäftsgrundlage des Bierlieferungsvertrages weggefallen, die in der gemeinsamen Vorstellung der Parteien, der Beklagte könne in den ihm überlassenen Räumen über den ganzen Zeitraum hinweg eine Gaststätte betreiben, bestanden habe. Zwar trage der Beklagte als Käufer der von der Klägerin zu liefernden Getränke das Risiko der Verwertbarkeit der Kaufsache; könne aber eine Gaststätte wegen Kündigung des Mietvertrages nicht weitergeführt werden, so sei dem Gastwirt eine Verwertung der Bierlieferungen in zumutbarer Weise nicht mehr möglich. Die Kündigung falle nicht in den Risikobereich des Beklagten; denn von ihm als Rechtsunkundigem habe ein Widerspruch gegen die von der Klägerin formulierte Vereinbarung, nach der die Gaststätte in seinem Eigentum stehe, nicht erwartet werden dürfen, weil die Vertreter der Klägerin nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die wahren

Eigentumsverhältnisse gekannt hätten. Diese Kenntnis sei für die Beurteilung der gesamten Vereinbarung bedeutsam, weil sich eine Brauerei, die den mutmaßlichen künftigen Erben einer Gaststätte auf 20 Jahre an sich binde, an der Grenze dessen bewege, was mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu vereinbaren sei. Als Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sei der Beklagte berechtigt gewesen, den Bierlieferungsvertrag für die Zukunft zu kündigen; das habe er getan.

Aber auch für die Zeit vor dieser Kündigung stehe der Klägerin kein Anspruch nach Nr. 5 der Vereinbarung zu. Sie enthalte weitgehend vorformulierte Vertragsbedingungen und könne allenfalls bezüglich des in Nr. 5 Abs. 1 maschinenschriftlich eingefügten Satzteiles ("... oder eine Ablösung des Leihinventars ... verlangen") als "ausgehandelt" angesehen werden. Unklarheiten bei der Auslegung gingen daher zu Lasten der Klägerin. Deshalb müsse ein Recht der Klägerin, Ablösung des Leihinventars auch dann verlangen zu können, wenn der Beklagte es gar nicht behalten wolle, verneint werden. Denn unter "Ablösung" sei regelmäßig nicht die Pflicht, sondern nur das Recht des Besitzers zum Eigentumserwerb gegen Ablösungszahlung zu verstehen. Auch wenn die Unklarheitenregel nicht anwendbar sei, führe eine "normale" Vertragsauslegung ebenfalls zu dem Ergebnis, daß ein ohne Rücksicht auf den Erwerbswillen des Beklagten bestehendes Wahlrecht der Klägerin zwischen Rückgabe und Ablösung des Inventars aus der Vertragsformulierung nicht herausgelesen werden

könne. Darüber hinaus sei zumindest unklar, ob unter den Fall einer Einstellung des Bierbezugs "aus irgendwelchen Gründen" (Nr. 5 Abs. 1 a.E.) auch der Sachverhalt einzuordnen sei, daß sich die Einstellung als Folge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage darstelle; auch dies gehe zu Lasten der Klägerin, so daß die Klage in Höhe des Betrages von 50.901,47 DM unbegründet sei.

Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Minderbezuges durch den Beklagten bestehe nicht. Die Regelung über die Bezugsmengen in Nr. 2 des Bierlieferungsvertrages lasse verschiedene Auslegungen zu: Als Verpflichtung zu einer jährlichen Mindestabnahme von 250 hl könne sie nicht verstanden werden; die Klägerin habe nämlich selbst in den Jahren 1975 bis 1979 niemals auf der Abnahme dieser Menge bestanden und auch die Klageforderung nicht auf der Grundlage einer 20-jährigen Bezugsdauer berechnet. Eine Auslegung des Inhalts, daß die Bezugsverpflichtung gegebenenfalls über 20 Jahre hinaus bis zur Abnahme von 5.000 hl Bier habe laufen sollen, verbiete sich, weil über einen Zeitraum von 20 Jahren hinausreichende Bierlieferungsverträge nach der Rechtsprechung in der Regel unwirksam seien und der Klägerin ein damit in Widerspruch stehender Vertragswille nicht unterstellt werden könne. Auch müsse eine Auslegung ausscheiden, nach der der Beklagte - bei wechselnder jährlicher Bezugsmenge - während der Vertragsdauer von 20 Jahren insgesamt 5.000 hl Bier zu beziehen habe; denn die in den Jahren 1975 bis

1980 bezogenen Mengen ließen einen Rückschluß auf den pro Jahr möglichen Bezug zu, eine erhebliche Änderung in späteren Jahren sei nicht zu erwarten gewesen. Es verbleibe somit nur die Auslegung, daß der Beklagte während der Vertragsdauer von 20 Jahren 5.000 hl Bier nur unter der Voraussetzung zu beziehen verpflichtet sei, daß er jährlich 250 hl abnehmen und verkaufen k ö n n e . Danach stehe der Klägerin ein Anspruch nicht zu: Ihre Behauptung, der Beklagte habe jährlich 250 hl Bier abnehmen können, sei unsubstantiiert und beruhe zudem auf der unzutreffenden Annahme, sie könne dem Beklagten Vorschriften über die Öffnungszeiten der Gaststätte, die Zusammensetzung seines Getränkesortiments und seine Preispolitik machen. An einem näheren Sachvortrag der Klägerin über einen - von dem Beklagten nur wegen nicht ordnungsgemäßer Serviceleistungen der Klägerin eingeräumten - Fremdbezug von Bieren fehle es.

Ob der Bierlieferungsvertrag, wie das Landgericht angenommen habe, seinem "Gesamtcharakter" nach sittenwidrig sei, könne ebenso dahinstehen wie die Frage, ob die für eine zu starke Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Beklagten sprechenden Umstände sogar eine Aufrechterhaltung des Vertrages mit kürzerer Laufzeit ausschließen.

II. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts greift die Revision teilweise mit Erfolg an.

1. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht von einem Kündigungsrecht des Beklagten ausgegangen. Nach ständiger Rechtsprechung geben Umstände, die in den Risikobereich des einen der Vertragschließenden fallen, diesem nicht das Recht, sich auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen (Senatsurteile vom 11. Juli 1979 - VIII ZR 183/78 = WM 1979, 1104, 1105 und vom 8. Februar 1984 - VIII ZR 254/82 = WM 1984, 432, 434; BGH Urteil vom 26. Oktober 1984 - V ZR 140/83 = WM 1985, 32, 34, jeweils m.w.Nachw.). So liegt es hier:

a) Welche der Vertragsparteien das Risiko zu tragen hat, daß das Nutzungsverhältnis hinsichtlich der Gaststätte bestehen blieb, muß eine Auslegung der Vereinbarung vom 24. November 1975 ergeben.

aa) In ihr ist die Dauer der Bezugsverpflichtung nicht von dem Bestand des Nutzungsverhältnisses abhängig gemacht. Vielmehr ergibt der einschränkungslose Wortlaut des Bierlieferungsvertrages, daß seine Laufzeit 20 Jahre betragen sollte. Die Nachfolgeklausel in Nr. 4 des Vertrages zeigt zudem, daß der Beklagte den Vertrag nicht während der ganzen Dauer in Person erfüllen mußte, sondern auch nach Auflösung des mit ihm bestehenden Nutzungsverhältnisses die Bezugsverpflichtung von einem neuen Pächter übernommen werden konnte (zum Automatenaufstellvertrag vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1970 - VIII ZR 9/69 = WM 1971, 243, 244; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und

Pachtrechts, 4. Aufl., Rdn. 499). Dem vom Berufungsgericht herangezogenen Umstand, daß die Gaststätte im Vertrag als "im Eigentum" des Beklagten stehend bezeichnet worden ist, vom Beklagten ein Widerspruch gegen diese Formulierung nicht zu erwarten war und die Vertreter der Klägerin die wahren Eigentumsverhältnisse kannten, kommt keine Bedeutung zu. Daß ein Bierlieferungsvertrag mit einem Gastwirt geschlossen wird, der die Gaststätte als Mieter oder Pächter der Räume betreibt, ist - wenn nicht der Regelfall, so doch - weithin üblich. Daraus folgt nicht, daß die Brauerei das Risiko des Bestandes des Nutzungsverhältnisses zu tragen hat. Die Kenntnis der Klägerin von den Eigentumsverhältnissen bedeutet noch nicht, daß sie auch mit einer Kündigung des Pachtverhältnisses vor Ablauf des Bierlieferungsvertrages rechnen mußte. Im übrigen könnte dieser Kenntnis allein eine Beschränkung der Laufzeit des Bierlieferungsvertrages auf die Dauer des Nutzungsverhältnisses nicht entnommen werden (zum Automatenaufstellvertrag vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1970 aaO unter III).

bb) Weder aus der vom Berufungsgericht angeführten Senatsentscheidung vom 20. März 1967 (VIII ZR 237/64 = LM BGB § 242 (Bb) Nr. 51 = WM 1967, 561) noch aus der weiteren Rechtsprechung des Senats ergibt sich etwas anderes: Das Urteil vom 20. März 1967, in dem der Senat die von der Vorinstanz vorgenommene und von der Revision nicht angegriffene Würdigung, die Geschäftsgrundlage sei weggefallen, gebilligt hat, betraf den

Fall eines Kaufs von Automaten, die in dem von einem Dritten gepachteten Gastraum aufgestellt waren und von diesem Dritten schon bald nach Abschluß des Kaufvertrages entfernt wurden, und berücksichtigte den besonderen Umstand, daß in dem Kaufpreis ein "Platzwert" der Automaten enthalten war, der entgegen der Erwartung der Vertragsparteien mit der Entfernung aus dem Gastraum verlorenging. In seiner Entscheidung vom 23. Juni 1960 (VIII ZR 115/59 = LM BGB § 242 (Bc) Nr. 10) hat der Senat zwar eine Auslegung für denkbar gehalten, nach der die Vertragspflicht des Gastwirts aus einem langfristigen Bierbezugsvertrag ihr Ende finde, wenn er die Gaststätte weder verpachten noch selbst weiterführen könne, diese Frage aber nicht abschließend beantwortet; daß der Senat dem Verpflichteten das Recht zur fristlosen Kündigung des Bezugsvertrages eingeräumt hat, beruhte auf der - mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbaren - Besonderheit des Falles, die darin bestand, daß der verpflichtete Grundstückseigentümer die Gaststätte nach dem Vertrag nicht selbst zu führen, sondern nur durch Verpachtung zu nutzen hatte und auf unabsehbare Zeit keine Aussicht für eine Verpachtung der Gastwirtschaft bestand. In dem Senatsurteil vom 2. Juli 1962 (VIII ZR 92/61 = LM BGB § 157 (A) Nr. 14) wird die Vertragsauslegung der Vorinstanz gebilligt, nach der die Fortdauer des Pachtvertrages über die Gaststätte nicht Geschäftsgrundlage eines von dem Gastwirt geschlossenen Automaten-aufstellvertrages war. Auch die bereits angeführte Senatsentscheidung vom 9. Dezember 1970 (aaO) verneint die Beschränkung

eines Automatenaufstellvertrages auf die Dauer der Pachtzeit.

cc) Ergibt der Bierlieferungsvertrag - wie hier - keinen Anhaltspunkt für das Gegenteil, so fällt der Bestand des über die Gaststätte geschlossenen Nutzungsverhältnisses in den Risikobereich des Gastwirts. Das rechtfertigt sich zum einen daraus, daß nach der gesetzlichen Interessenbewertung beim Kaufvertrag das Weiterverwendungsrisiko - hier: der bezogenen Getränke - in der Regel der Sphäre des Käufers zuzurechnen ist (BGHZ 74, 370, 374; Senatsurteil vom 8. Februar 1984 aaO, jeweils m.w.Nachw.). Zum anderen folgt dies daraus, daß nicht nur beim Abschluß des Bierlieferungsvertrages der Gastwirt die Dauer und Durchführbarkeit des Gaststättennutzungsvertrages, den er selbst geschlossen hat, ungleich zuverlässiger als der Bierlieferant beurteilen kann, sondern daß darüber hinaus während der Laufzeit des Bierlieferungsvertrages die den Bestand des Nutzungsverhältnisses gefährdenden Umstände aus dem in der Regel allein von dem Gastwirt zu beeinflussenden Gefahrenkreis kommen.

b) Es kann offenbleiben, ob in dem Wegfall des Gaststättennutzungsvertrages ausnahmsweise ein außergewöhnlicher, außerhalb des Verantwortungsbereichs des Gastwirts liegender Umstand gesehen werden kann und ob unter diesem Gesichtspunkt gegen die formularmäßige Festlegung einer langfristigen Vertragsdauer ohne Rücksicht auf die Dauer des Nutzungsverhältnisses Bedenken bestehen können (dazu Senatsurteil vom 10. November 1976

- VIII ZR 84/75 = WM 1977, 112, 113 unter 2 b). In der Vereinbarung vom 24. November 1975 wird die bei Dauerschuldverhältnissen ohnehin stets zulässige Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grund nicht ausgeschlossen. Der Beklagte hat jedoch nichts dazu vorgetragen, aus welchem Grund seine Mutter das Nutzungsverhältnis gekündigt hat. Seinem Vorbringen ist weder zu entnehmen, auf welche Zeit dieser Vertrag geschlossen war, noch ergibt sich aus ihm, ob seine Mutter eine ordentliche oder fristlose Kündigung ausgesprochen hat, ob er die Kündigung zu vertreten hatte oder gegen sie hätte vorgehen können. Den Beklagten traf die Darlegungspflicht hinsichtlich der Tatsachen, aus denen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage oder ein Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund abzuleiten ist. Entgegen der zu den §§ 275, 282 BGB angestellten Erwägung des Berufungsgerichts ist der Beklagte dieser Darlegungslast nicht schon dadurch nachgekommen, daß er auf die Kündigung des Nutzungsverhältnisses hingewiesen hat. Denn dessen Bestand gehört - wie dargelegt - regelmäßig zum Risikobereich des Gastwirts.

2. a) Gleichwohl bleibt die Revision erfolglos, soweit die auf Zahlung eines Ablösungsbetrages für das Gaststätteninventar gerichtete Klage abgewiesen worden ist.

aa) Ein derartiger Anspruch kann nicht auf Nr. 5 Abs. 1 des Vertrages gestützt werden. Dabei kommt es auf die Auslegung, die das Berufungsgericht dieser Regelung gegeben hat, nicht an.

Denn die Formularbestimmung des Absatzes 1 in Nr. 5 hält der Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG, der nach § 28 Abs. 2 AGBG auf den vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes geschlossenen, aber noch nicht abgewickelten Vertrag anzuwenden ist, nicht stand. Nr. 5 Abs. 1 benachteiligt den Beklagten dadurch in unangemessener Weise, daß der Klägerin bei verschiedenen Vertragsverstößen des Beklagten das Recht eingeräumt wird, das leihweise überlassene Inventar zurückzuverlangen und ihren Vertragspartner dennoch an seiner langfristigen Bezugsverpflichtung festzuhalten. Zu Unrecht weist die Revision darauf hin, daß die Klägerin bei fristloser Kündigung des Vertrages - deren Voraussetzungen im übrigen bei den in Nr. 5 Abs. 1 genannten Vertragsverletzungen keineswegs immer gegeben sein müssen - ohnehin das Recht hätte, die Herausgabe des in ihrem Eigentum stehenden Inventars geltend zu machen. Die Klausel enthält keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin von dem Rückforderungsrecht nur im Falle der Auflösung des Vertrages Gebrauch machen darf. Sie ermöglicht es ihr vielmehr, auch ohne Kündigung wegen einer Vertragsverletzung des Beklagten die von ihr erbrachte Gegenleistung für dessen langjährige Bezugsbindung zurückzuverlangen und ihn weiterhin auf Erfüllung der Bezugsverpflichtung in Anspruch zu nehmen. Ein aner kennenswertes Interesse der Klägerin an einer solchen Rechtsfolge ist nicht ersichtlich. Für den Beklagten führt sie andererseits dazu, daß er nicht nur die Vorteile des mit der Klägerin geschlossenen Geschäfts verliert, ohne von dessen Nachteilen befreit zu werden, sondern daß ihm auch die Grundlage für

den weiteren Betrieb der Gaststätte sowie die Abnahme und den Weiterverkauf der Getränke entzogen sein kann. Das weicht von dem Ziel eines auch nur annähernd angemessenen Interessenausgleichs der Vertragsparteien in einer den Geboten von Treu und Glauben widersprechenden Weise ab und hat die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge.

Die vom Berufungsgericht offengelassene Frage, ob es sich bei dem in den vorformulierten Vertragstext maschinenschriftlich eingefügten Zusatz, nach dem die Klägerin statt der Rückgabe auch die Ablösung des Inventars verlangen kann, um eine Formulklausel oder eine Individualabrede handelt, bedarf keiner Entscheidung. Da die - unzweifelhaft in Gestalt einer Allgemeinen Geschäftsbedingung geregelten - Voraussetzungen des Ablösungsanspruchs wegfallen, bliebe für seine Rechtsfolge kein Anwendungsbereich.

bb) Eine gesetzliche Grundlage für einen Anspruch auf Zahlung eines Ablösungsbetrages besteht nicht. Dabei kann auf sich beruhen, ob die von den Parteien nach der Störung des Vertrages abgegebenen Erklärungen zu einer Auflösung des Vertragsverhältnisses geführt haben. Ein sich daraus möglicherweise ergebendes Recht der Klägerin auf Herausgabe des Inventars hat sie nicht geltend gemacht.

b) Der Schadensersatzanspruch wegen Minderbezuges folgt da-

gegen dem Grunde nach aus Nr. 5 Abs. 2 Satz 1 des Bierlieferungsvertrages. Sein Umfang hängt davon ab, welche Biermengen der Beklagte nach Nr. 2 Abs. 1 des Vertrages abzunehmen verpflichtet war.

aa) Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß dem Vertrag eine Verpflichtung des Beklagten zur Abnahme einer jährlichen Mindestabnahmemenge nicht zu entnehmen ist. Es mag dahinstehen, ob dies allein aus dem Verhalten der Parteien in den ersten Jahren nach Vertragsschluß gefolgert werden kann. Die Formulierung "vorausgesetzt jährlich 250 hl Bier" ist nämlich mehrdeutig und kann beispielsweise auch so verstanden werden, daß nur die rechnerische Grundlage für die Ermittlung der Gesamtabnahmemenge angegeben werden soll. Jedenfalls kommt in ihr eine bindende Verpflichtung des Beklagten nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck.

bb) Daraus folgt jedoch nicht, daß die Klägerin Schadensersatz wegen des vom Beklagten zu wenig bezogenen Bieres überhaupt nicht verlangen kann. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 17. Januar 1979 - VIII ZR 262/77 = WM 1979, 493, 494 f und vom 23. November 1983 - VIII ZR 333/82 = WM 1984, 88, 90 f) errechnet sich der Schadensersatz jedenfalls dann, wenn eine jährliche Mindestabnahme nicht vorgesehen war, allerdings auch nicht nach der Gesamtabnahmemenge von - hier - 5.000 hl, sondern nach derjenigen Biermenge, die der Beklagte bei rei-

bungsloser Vertragsdurchführung zur Deckung seines Bedarfs abgenommen hätte; sie ist in der Regel auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen durchschnittlichen Jahresabnahme für die noch offene Dauer des Vertrages (dazu unten III 4) vom Tatrichter zu schätzen.

III. Die vom Berufungsgericht dargelegten Gründe gegen den Schadensersatzanspruch wegen Minderbezuges greifen somit nicht durch. Indessen ist der Senat an einer eigenen Sachentscheidung aus folgendem Grund gehindert: Das Berufungsgericht hat eine abschließende Beurteilung des Bierlieferungsvertrages dahin, ob mit ihm die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts in einer mit den Anschauungen eines redlichen rechtsgeschäftlichen Verkehrs nicht zu vereinbarenden Weise eingeschränkt wird (dazu z.B. BGHZ 54, 145; Senatsurteil vom 14. Juni 1972 - VIII ZR 14/71 = WM 1972, 1224), bisher nicht vorgenommen. Sie erfordert eine Würdigung des Einzelfalles unter Berücksichtigung von Inhalt, Motiv und Zweck des Vertrages sowie der Umstände seines Zustandekommens und ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters (BGH Urteil vom 13. Juli 1979 - V ZR 122/77 = WM 1979, 1153, 1154 m.w.Nachw.).

1. Bei der nachzuholenden Beurteilung wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß ein Bezugszeitraum von 20 Jahren nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (seit dem Urteil vom 7. Oktober 1970 - VIII ZR 202/68 = WM 1970, 1402; zuletzt

Senatsurteil vom 23. November 1983 aaO 89) an die äußerste Grenze des in einem Ausnahmefall gerade noch Zulässigen reicht. Neben dem Umfang der Bezugsbindung (hier: sämtliche Biersorten und alkoholfreien Getränke, nicht aber andere alkoholische Getränke) wird es das Gewicht der Gegenleistungen der Klägerin berücksichtigen müssen (Senatsurteile vom 17. Oktober 1973 - VIII ZR 91/72 = WM 1973, 1360 und vom 23. November 1983 aaO m.Nachw.), die hier - abgesehen von der auch der Klägerin zugute kommenden Außenreklame (dazu Senatsurteil vom 22. Januar 1975 - VIII ZR 243/73 = WM 1975, 307, 309) - allein in der leihweisen Inventargestellung im Wert von 55.000 DM ohne Verpflichtung zur Instandhaltung oder Erneuerung bestanden (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1979 - VIII ZR 262/77 = WM 1979, 493, 494). Dabei dürfte dem von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkt, daß das Inventar "nach regulärem Ablauf" der Vereinbarung in das Eigentum des Beklagten übergehen sollte (Abs. 4 von Nr. 2 des Vertrages), kaum Bedeutung zukommen, weil die dem Beklagten überlassenen Gegenstände nach 20 Jahren, soweit sie nicht ohnehin auf seine Kosten instandzuhalten oder zu ersetzen waren, weitgehend wertlos sein mußten.

2. Kommt das Berufungsgericht bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis, daß ein eine 20-jährige Laufzeit rechtfertigender Ausnahmefall nicht gegeben ist, so stehen die von dem Landgericht und dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erhobenen Bedenken einer Aufrechterhaltung des Vertrages mit

eingeschränkter Laufzeit nicht entgegen. In seinem Urteil vom 14. Juni 1972 (VIII ZR 14/74 = WM 1972, 1224) und seitdem ständig (zuletzt Senatsurteil vom 23. November 1983 aaO 90) vertritt der erkennende Senat unter rechtsähnlicher Heranziehung der Vorschrift des § 139 BGB die Auffassung, daß eine derartige Aufrechterhaltung des Vertrages mit kürzerer Laufzeit dem Gastwirt das gewährt, was er redlicherweise verlangen kann, den schutzwürdigen Interessen der Brauereien Rechnung trägt und eine unbefriedigende und nur schwer durchzuführende Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht vermeidet. Auch das Verbot der sog. geltungserhaltenden Reduktion (dazu Senatsurteil vom 19. September 1983 - VIII ZR 84/82 = WM 1983, 1153, 1154 unter II 1 a bb m.Nachw.) hindert eine zeitlich beschränkte Aufrechterhaltung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages selbst dann nicht, wenn es sich bei der - maschinenschriftlich in das Vertragsformular eingesetzten - Regelung der Laufzeit um eine Formularklausel handelt. Hat nämlich die vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes bestehende materielle Rechtslage durch dieses Gesetz im Ergebnis keine Änderung erfahren, so bedeutet die Aufrechterhaltung des früheren Rechtszustandes für ein Dauerschuldverhältnis, das vor dem 1. April 1977 vereinbart worden ist, keinen unerträglichen Widerspruch zu den grundlegenden Wertungsmaßstäben des AGB-Gesetzes (Senatsurteil vom 20. Juni 1984 - VIII ZR 337/82 = BGHZ 91, 375 = WM 1984, 1100, 1103 unter II 4 b ee). So liegt es hier: Der Beklagte war bei Vertragsschluß jedenfalls Minderkaufmann. Das Betreiben einer Gaststätte

ist ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB (BGHZ 70, 132, 134). Dafür, daß die Führung der Gastwirtschaft "S [REDACTED]" einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert hätte (§ 4 HGB), besteht kein Anhaltspunkt. Wie schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes konnten zeitlich begrenzte Bierlieferungsverträge zwischen Kaufleuten auch nach dem 1. April 1977 abgeschlossen werden. Für die hier zu entscheidende Frage ist ohne Bedeutung, ob der zulässigen Dauer eines nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes geschlossenen Vertrages engere Grenzen als zuvor gesetzt waren (so Hensen in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl., Anh. §§ 9-11, Rdn. 251; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, § 9 Rdn. B 3). Der Bestimmung des § 11 Nr. 12a AGBG kommt hier keine Bedeutung zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Erfüllung einer der Verbotsnormen des § 11 AGBG stets ein Indiz für die Unangemessenheit der Klausel im Falle ihrer Verwendung unter Kaufleuten sein muß (dazu BGHZ 90, 273, 278) und ob dies auch für die Vorschrift des § 11 Nr. 12a AGBG zu gelten hat (verneinend wohl Hensen aaO § 11 Nr. 12 Rdn. 18; MünchKomm-Kötz, BGB, 2. Aufl., § 11 Nr. 12 AGBG Rdn. 140; Graf von Westphalen in: Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGB-Gesetz, Bd. II, 2. Aufl., § 11 Nr. 12 Rdn. 38 f). Aufgrund der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf die bei der Anwendung des § 9 AGBG angemessen Rücksicht zu nehmen ist (§ 24 Satz 2 2. Halbsatz AGBG), können Bezugsbindungen in Bierlieferungsverträgen

von jedenfalls mehr als zweijähriger Dauer wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse der Vertragsparteien (BGHZ 90 aaO) ohne weiteres als angemessen angesehen werden. Denn die an einer vorausschauenden Produktions- und Investitionsplanung ausgerichteten Interessen der Brauereien und die Belange der Gastwirte, für die das Eingehen einer Bezugsverpflichtung oft die einzige Möglichkeit für Kreditaufnahmen und die Gegenleistung für sonstige Zuwendungen zum Aufbau und zur Führung ihrer Betriebe darstellt, lassen sich in Verträgen mit einer Laufzeit, wie sie § 11 Nr. 12a AGBG noch erlaubt, nicht in Übereinstimmung bringen.

3. Die Rückführung eines übermäßig langen Bierlieferungsvertrages auf eine angemessene Laufzeit setzt allerdings voraus, daß der Vertrag nicht auch im übrigen - unabhängig von der Dauer der Bezugsbindung - zu beanstanden ist (Senatsurteile vom 17. Oktober 1973 - VIII ZR 91/72 = WM 1973, 1360, 1362 und vom 21. Mai 1975 - VIII ZR 215/72 = WM 1975, 850, 851). Diese Einschränkung ist indessen nicht dahin zu verstehen, daß bei einem übermäßig langen Bierlieferungsvertrag die Nichtigkeitsfolge schon dann zwingend ist, wenn sich in dem Vertrag auch noch andere - möglicherweise ganz wenige und ihrerseits einer Einschränkung zugängliche - anstößige Klauseln finden lassen. Die Nichtigkeit tritt vielmehr nur dann ein, wenn der Bierlieferungsvertrag - abgesehen von seiner Laufzeit - aufgrund zahlreicher zu beanstandender Klauseln insgesamt überzogen ist

(zur Gesamtnichtigkeit eines Automatenaufstellvertrages vgl. BGHZ 51, 55 und Senatsurteil vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 = WM 1982, 1354). Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Denn die Prüfung der einzelnen Vertragsklauseln gemäß §§ 28 Abs. 2, 9 AGBG, die der Senat teilweise schon früher nach dem Maßstab der §§ 138, 242 BGB beurteilt hat, führt zu dem Ergebnis, daß nur wenige Formularbestimmungen zu beanstanden sind:

a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt bei der Beurteilung des "Gesamtcharakters" des Vertrages keine besondere Bedeutung dem Umstand zu, daß der Beklagte sich langfristig gebunden hat, obwohl er nicht Eigentümer des Gaststättengrundstücks war und "bestenfalls" Aussicht hatte, Erbe zu werden. Der Abschluß von Bierlieferungsverträgen mit Pächtern der Gastwirtschaft ist allgemein üblich. Daß der Beklagte das Grundstück erben konnte, mußte ihm die Durchführung und Einhaltung des Bierlieferungsvertrages eher erleichtern als erschweren.

b) Die Schadensersatzpauschalierung in Nr. 5 Abs. 2 des Vertrages ist hinsichtlich des entgangenen Gewinns in Formularverträgen dann nicht zu beanstanden, wenn dem Schädiger der Gegenbeweis eines nicht oder jedenfalls nicht in dieser Höhe entstandenen Schadens offen bleibt (vgl. jetzt § 11 Nr. 5 b AGBG).

c) Die Nachfolgeklausel hinsichtlich des Gastwirts in Nr. 4 des Vertrages belastet den Beklagten zwar nicht unerheblich. Sie ist aber für die Brauerei unverzichtbar und nach der Rechtsprechung des Senats letztlich hinzunehmen, soweit die sonstige Vertragsgestaltung dem Gastwirt einen ausreichenden Freiheitsraum beläßt (Senatsurteile vom 31. Januar 1973 - VIII ZR 131/71 = WM 1973, 357 und vom 23. November 1983 aaO 90, jeweils m.w.Nachw.) und ihm eine Kündigungsbefugnis aus wichtigem Grund nicht abschneidet (zum Automatenaufstellvertrag vgl. Senatsurteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 = WM 1984, 663, 665). Dies ist hier der Fall.

d) Unwirksam ist die Regelung des Rückgabe- oder Ablösungsrechts in Nr. 5 Abs. 1 (oben II 2 a aa). Dies hat aber nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge, weil die wesentlichen Rechte und Pflichten der Parteien hiervon nicht berührt werden. Wenn die Bestimmung für die Klägerin auch von nicht unerheblicher Bedeutung sein mag, so kann doch nicht angenommen werden, daß sie das Vertragsverhältnis ohne sie nicht eingegangen wäre; ihr bleibt der Schadensersatzanspruch nach Nr. 5 Abs. 2 des Vertrages und die Möglichkeit, bei schwerwiegenden Vertragsverstößen der Gegenseite die Vereinbarung aus wichtigem Grund zu kündigen und sodann das Inventar aufgrund ihres fortbestehenden Eigentums zurückzuverlangen.

e) Bedenken bestehen allerdings auch gegen die der Klägerin

in Nr. 4 Satz 3 des Vertrages eingeräumte Befugnis, ihre Rechte und Pflichten auf Dritte zu übertragen, weil dieses Recht nicht auf den Fall einer Übertragung des Geschäftsbetriebes der Brauerei beschränkt ist und für einen mit der Übertragung verbundenen Wechsel der Biersorten keine Ausnahme macht (dazu Senatsurteil vom 10. März 1976 - VIII ZR 268/74 = WM 1976, 508, 509; zum Automatenaufstellvertrag vgl. Senatsurteil vom 29. Februar 1984 aaO und vom 11. Juli 1984 - VIII ZR 35/83 = WM 1984, 1228, 1229). Zweifeln begegnet auch die Wirksamkeit der Regelung in Nr. 3 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit Satz 2 des Vertrages, nach der sich die Vertragsdauer um denjenigen Zeitraum verlängern soll, innerhalb dessen die Klägerin Erzeugnisse anderer Firmen zu liefern berechtigt ist, wenn sie selbst zur Belieferung vorübergehend nicht imstande ist. Beide Fragen bedürfen jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn auch der ersatzlose Wegfall dieser Klauseln ließe eine - zeitlich begrenzte - Aufrechterhaltung des Vertrages im übrigen noch zu.

4. Hält die 20-jährige Bezugsbindung der erneuten Prüfung durch das Berufungsgericht nicht stand, so wird es mithin in Anwendung tatrichterlichen Ermessens die angemessene Laufzeit des Vertrages zu bestimmen haben. Von ihr hängt die Höhe der Entschädigung wegen eines Minderbezuges durch den Beklagten ab.

IV. Nach allem war - unter Zurückweisung der Revision im übrigen - das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit die Klage

wegen des Minderbezuges des Beklagten abgewiesen worden ist, und der Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Braxmaier

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch