

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 92/95

Verkündet am:
3. Juli 1996
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wolfgang S [REDACTED], K [REDACTED] Straße 19, F [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

D [REDACTED] U [REDACTED]-R [REDACTED] B [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten
durch ihre Geschäftsführer Gunther F [REDACTED] und Helmut von
S [REDACTED], L [REDACTED] H [REDACTED] weg 242, D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. März 1995 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte wollte auf einem ihm gehörigen Hausgrundstück in Wiesbaden durch einen Pächter eine Gaststätte betreiben. Am 24. Juni/2. August 1991 schloß er mit der Klägerin, einer Brauerei, einen von dieser vorformulierten "Zuschuß- und Getränkelieferungsvertrag", in welchem sich die Klägerin in § 1 Nr. 1 zur Zahlung eines Umbauzuschusses an den Beklagten und dieser sich verpflichtete, bis zum 31. März 2001 den gesamten Bedarf an Bieren und alkoholfreien Getränken ausschließlich von der Klägerin zu bezie-

hen (§ 2 Nr. 1). Weiter verpflichtete sich der Beklagte in § 2 Nr. 2, während der Dauer der Bezugsbindung halbjährlich mindestens 105 hl Bier und alkoholfreie Getränke abzunehmen. Ebenfalls am 24. Juni 1991 schloß der Beklagte einen schriftlichen Mietvertrag über die auszubauende Gaststätte mit Mohamed N. [REDACTED].

Der Bezugs- und Getränkelieferungsvertrag enthält u.a. folgende weitere Bestimmungen:

"§ 1

Brauereileistung

1. ...

2. ...

Die Vertragschließenden sind bei der Gewährung des Zuschusses seitens der BRAUEREI von einem jährlichen Absatz von Bieren der BRAUEREI von 210 hl Faßbier ausgegangen. Der KUNDE ist verpflichtet, der BRAUEREI für jeden im zurückliegenden Jahr weniger bezogenen hl Faßbieres einen Betrag von DM 53,30 (zzgl. der jeweils gesetzlich gültigen MwSt.) zu erstatten. Bei Überschreiten des v. g. Absatzes zahlt die BRAUEREI an den KUNDEN für jeden von ihm darüber hinaus bezogenen und bezahlten hl Faßbieres von der BRAUEREI eine Vergütung von DM 53,30 (zzgl. der jeweils gesetzlich gültigen MwSt.).

...



§ 4

Geschäftsnachfolge

1. Solange der KUNDE aus diesem Vertrag Verpflichtungen gegenüber der BRAUEREI hat, ist er verpflichtet, ihr von einer beabsichtigten Veräußerung oder sonstigen Überlassung des Geschäfts oder der Räume an andere Personen schriftlich Kenntnis zu geben.
2. Überläßt der KUNDE das Geschäft oder die Räume durch Veräußerung, Vermietung, Verpachtung, Verzicht auf den Nutzungsvertrag oder in sonstiger Weise Dritten (Geschäftsnachfolger), so hat er den Geschäftsnachfolgern seine Verpflichtungen aus vorliegendem Verträge in der Weise schriftlich aufzuerlegen, daß die Geschäftsnachfolger in die mit der BRAUEREI geschlossenen Verträge mit eintreten, und zwar so, daß die BRAUEREI berechtigt ist, von ihnen unmittelbare Erfüllung zu verlangen. KUNDE wird in Erfüllung dieser Verpflichtung der BRAUEREI auf deren Verlangen die hierüber gefertigten Unterlagen zur Geltendmachung und Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber dem Rechtsnachfolger zur Verfügung stellen.

§ 5

Vertragsverstöße, Schadensersatz

1. Der BRAUEREI soll das Recht zustehen, für jeden hl Bier oder alkoholfreier Getränke, den der KUNDE pflichtwidrig nicht in ihren bzw. von ihr vertriebenen Erzeugnissen auf dem von ihr angegebenen Wege bezieht, die sofortige Zahlung eines pauschalierten Schadensersatzes von DM 50,-- mit der Maßgabe vom KUNDEN zu verlangen, daß der pauschalierte Schadensersatz für die ganze noch nicht bezogene Menge fällig ist, sobald der Genannte trotz schriftlicher Abmahnung seitens der BRAUEREI den Fremdbezug fortsetzt oder den Bezug von Bieren und alkoholfreien Getränken der BRAUEREI einstellt oder die Räume einem Dritten

ohne vertragsgemäße Auferlegung der Bezugsverpflichtung überläßt oder die Räume nicht mehr zum Betrieb einer Gaststätte/Kiosk genutzt werden. Auf Aufforderung der BRAUEREI wird der KUNDE ihr innerhalb einer Woche die von ihm bezogene Menge an Bieren und alkoholfreien Getränken nachweisen, die nicht von der BRAUEREI hergestellt oder vertrieben wurde und/oder die er anderweitig bezogen hat. Unterläßt er dies, so ist die Schätzung der BRAUEREI bezüglich der Menge der fremden bzw. fremdbezogenen Getränke für ihn rechtsverbindlich.

Der Nachweis eines geringeren Schadens der BRAUEREI bleibt dem KUNDEN ausdrücklich vorbehalten.

2. Verletzt der KUNDE seine aus diesem Vertrag der BRAUEREI gegenüber bestehenden Verpflichtungen, kann die BRAUEREI unabhängig von der Geltendmachung des pauschalierten Schadensersatzes den gewährten Zuschuß zurückfordern. Im Falle eines Verstoßes gegen die Mindestabnahmeverpflichtung gemäß § 2 Abs. 2 gilt dies nur bei einer Minderabnahme von mehr als 20 % innerhalb des festgelegten Zeitraumes und mit der Maßgabe, daß die BRAUEREI dann lediglich den Anteil des Zuschusses zurückfordern kann, der - gemessen an der Höhe des gesamten Zuschusses - dem Verhältnis der halbjährlich festgelegten Mindestabnahmemenge zur Gesamtverpflichtung entspricht.
3. Bei mehrmaligem Verstoß gegen die Mindestabnahmeverpflichtung ist die BRAUEREI ferner berechtigt, den gesamten Vertrag unter Einhaltung einer Frist von vier Wochen aufzukündigen und von dem KUNDEN auch den Anteil des Zuschusses zurückzuverlangen, der - gemessen an der Gesamthöhe des Zuschusses - dem Verhältnis der nicht erfüllten Abnahmemenge bzw. Abnahmedauer zur Gesamtverpflichtung entspricht."

1

Die Klägerin hat den vertraglich vereinbarten Zuschußbetrag in Höhe von 91.200 DM an den Beklagten bezahlt. Der Mieter des Beklagten bezog im Jahre 1991 nur insgesamt 5,9 hl Bier bei der Klägerin. Mit Schreiben vom 13. Januar 1992 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er habe das Gaststättengrundstück mit Wirkung vom 2. Januar 1992 an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts B [REDACTED] und R [REDACTED] veräußert; die Gaststätte sei an den Mieter N. vermietet. Seine Getränkebezugsverpflichtung hatte der Beklagte nicht an die Erwerber weitergegeben. Mit Schreiben vom 9. Dezember 1992 kündigte die Klägerin den Zuschuß- und Getränelieferungsvertrag und forderte unter Vorbehalt weiterer Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung die Rückzahlung des geleisteten Zuschußbetrages.

Sie begehrt Zahlung von 91.200 DM nebst Zinsen und stützt die Klagforderung hilfsweise auf Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung der Mindestbezugspflicht.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der Zinsen stattgegeben; die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte sei Partei des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages mit der Klägerin geworden und bis zur Vertragskündigung geblieben; er hafte daher für die Erfüllung bzw. Verletzung seiner darin geregelten Pflichten. Die von ihm geltend gemachte befreiende Übernahme seiner Vertragspflichten durch den Mieter N. scheitere jedenfalls an der dafür erforderlichen Zustimmung der Klägerin. Die Veräußerung des Gaststättengrundstücks durch den Beklagten ohne Weitergabe seiner Verpflichtungen an die Erwerber verstoße gegen § 4 Nr. 2 des Vertrages. Die Klägerin könne aber die Rückzahlung des Zuschusses nicht in voller Höhe verlangen. Die Bestimmung in § 5 Nr. 2 Satz 1 des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages, die diese Rechtsfolge vorsehe, sei nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam, weil sie für den hier in Betracht kommenden Fall der Verletzung anderer Vertragspflichten als der Mindestabnahmepflicht die gebotene Reduzierung der Rückzahlungspflicht entsprechend der bereits verstrichenen Vertragszeit vermissen lasse. Die Leistungspflicht des Beklagten sei nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage dahingehend anzupassen, daß der Zuschußbetrag auf die vereinbarte Vertragslaufzeit aufzuteilen und der Beklagte somit nur zur Rückzahlung eines der bei der Kündigung noch nicht abgelaufenen Vertragszeit entsprechenden Teils des Zuschußbetrages in Höhe von 78.280 DM verpflichtet sei. Der Differenzbetrag zur Klagforderung in Höhe von 12.920 DM sei als Schadensersatz wegen Nichterfüllung der vereinbarten Mindestabnahmemengen gerechtfertigt. Zwar seien die Klau-

seln in § 1 Nr. 2 und § 5 Nr. 1 des Vertrages, welche die Rechtsfolgen der Verletzung der Mindestabnahmepflicht regeln, wegen Unklarheit, Widersprüchlichkeit und unbilliger Benachteiligung des Kunden unwirksam. Der Beklagte sei aber infolge der Nichterfüllung der Mindestabnahmeverpflichtung wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Die Höhe des Anspruchs der Klägerin sei in Anlehnung an die Regelung in § 1 Nr. 2 des Vertrages zu schätzen. Danach stehe der Klägerin als Mindestschaden jedenfalls der noch offene Differenzbetrag von 12.920 DM zu.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. Da die Klägerin den Klaganspruch aus einer Verletzung des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages herleitet, hängt die Begründetheit der Klage zunächst davon ab, ob der Beklagte Partei dieses Vertrages geworden und geblieben ist. Dies hat das Oberlandesgericht ohne Rechtsfehler bejaht. Daß der Beklagte Vertragspartei geworden ist, liegt angesichts der Tatsachen, daß er im Eingang des Vertrages als Vertragspartei der Klägerin genannt ist und den Vertrag eigenhändig unterschrieben hat, auf der Hand.

Nach Ansicht der Revision hat der Mieter der Gaststätte, N., die Verpflichtungen des Beklagten aus diesem Vertrag mit befreiender Wirkung übernommen. Dahingehende Willenserklärungen entnimmt die Revision insbesondere der Vereinbarung in § 23 des Mietvertrages zwischen dem Beklagten und N., wonach der jenem Vertrag angeheftete Zuschuß- und

Getränkeliieferungsvertrag mit der Klägerin Bestandteil des Mietvertrages sei und der Mieter die Verpflichtungen aus diesem Vertrag übernehmen und über die von der Klägerin gelieferten Getränke unmittelbar mit dieser abrechnen sollte, sowie der weiteren Tatsache, daß N. jede Seite des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages zwischen den Parteien einschließlich der Widerrufsbelehrung mit abgezeichnet hat. Die Revision verkennt nicht, daß die Wirksamkeit einer darin etwa liegenden Schuldübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB von der Genehmigung der Klägerin abhinge, was gleichermaßen für eine ebenfalls in Betracht zu ziehende Vertragsübernahme gelten würde. Eine solche - stillschweigend erteilte - Genehmigung sieht die Revision darin, daß die Klägerin unstreitig den am 24. Juni 1991 von dem Beklagten unterschriebenen und vom Mieter N. in der geschilderten Weise abgezeichneten Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrag erst am 2. August 1991 unterzeichnete, nachdem der Beklagte nach seiner unter Beweis gestellten Behauptung dem für die Klägerin handelnden Zeugen Stolz erklärt hatte, er werde die Gaststätte unter keinen Umständen selbst betreiben. Ergänzend verweist die Revision auf eine Bemerkung in dem Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 - VIII ZR 99/91 = WM 1993, 114, 115 - 116 unter II 1 b aa, wonach im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Gaststätte eine Übernahme des Getränkebezugsvertrages durch den Erwerber besonders häufig vorkomme.

Diese Angriffe bleiben ohne Erfolg.

Da der Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrag erst durch die am 2. August 1991 erfolgte Unterschrift der Klägerin zustande kam, mußten die vorher, am 24. Juni 1991 ab-

gegebenen Erklärungen des Mieters N. - Unterzeichnung des Mietvertrages einschließlich der Übernahmeerklärung in § 23 sowie Abzeichnung des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages - vom Standpunkt der Revision aus dahingehend verstanden werden, daß er die künftigen, noch zu begründenden Verpflichtungen des Beklagten aus dem Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrag bzw. diesen künftigen Vertrag insgesamt mit den Beklagten befreiender Wirkung übernehme. Schon diese Deutung liegt fern. Der Hinweis der Revision auf das Senatsurteil vom 21. Oktober 1992 aaO ist unbehelflich, weil dieses Urteil eine - in dem hier interessierenden Verhältnis des Beklagten zu N. nicht gegebene - Veräußerung der Gaststätte zum Gegenstand hat. Angesichts des zeitlichen Zusammenhanges ist es näherliegend, die Erklärungen N.s ebenso wie die angeblich vor Vertragsschluß erfolgte Mitteilung des Beklagten gegenüber dem Vertreter der Klägerin S., er werde die Gaststätte auf keinen Fall selbst betreiben, in dem Sinne zu verstehen, daß der Beklagte die Gaststätte nicht persönlich, sondern durch seinen Mieter N. führen werde.

Dies mag jedoch letztlich dahinstehen, weil das Berufungsgericht jedenfalls das Vorliegen einer für die Wirksamkeit einer etwa zwischen dem Beklagten und N. vereinbarten befreienden Schuldübernahme oder Vertragsübernahme gleichermaßen erforderlichen Genehmigung der Klägerin ohne Rechtsfehler verneint hat. Gerade wenn der Beklagte, wie er behauptet, den Vertreter der Klägerin vor Vertragsschluß darauf hingewiesen hat, er werde die Gaststätte keinesfalls selbst betreiben, wäre es vom Standpunkt der Revision aus schwer nachvollziehbar, daß die Klägerin anschließend, am

2. August 1991, durch Unterzeichnung des Vertrages, den der Beklagte ausdrücklich als Vertragspartei unterschrieben hatte, Ansprüche gegen den Beklagten begründet und zugleich wieder aufgegeben hätte. Beide Vorinstanzen haben zudem eingehend und überzeugend dargelegt, daß die deutlich zutage liegenden wirtschaftlichen Interessen der Klägerin eindeutig dagegen sprachen, den Beklagten als Vertragsschuldner gegen N. auszuwechseln, und daß die Klägerin ihren dementsprechenden Willen erkennbar auch dadurch zum Ausdruck gebracht hatte, daß sie in § 4 Nr. 2 des von ihr formulierten Vertrages die Regelung aufnahm, wonach ein etwaiger Geschäftsnachfolger des Beklagten in den Vertrag "mit" eintreten, den Vertragsverpflichtungen des Beklagten also lediglich beitreten sollte. Hiergegen vermag auch die Revision nichts Entscheidendes ins Feld zu führen. Ob die Vertragsklausel in § 4 Nr. 2, auf die das Berufungsgericht u.a. abhebt, der Inhaltskontrolle standhält, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, weil es im Rahmen der Beurteilung aller Umstände, insbesondere des Gesamtverhaltens der Beklagten, mit Blick auf eine etwaige Genehmigung nur auf den Inhalt, nicht aber auf die Wirksamkeit der entsprechenden Vertragserklärungen der Beklagten ankommt.

2. Das Berufungsgericht hat den Beklagten mit Blick auf die durch die Kündigung der Klägerin herbeigeführte vorzeitige Vertragsbeendigung zur Rückzahlung eines der restlichen Vertragslaufzeit entsprechenden Teils des bei Vertragsschluß von der Klägerin erhaltenen Zuschusses in Höhe von 78.280,-- DM verurteilt. Dieser Anspruch ergibt sich jedenfalls aus § 5 Nr. 3 des Zuschuß- und Getränkeliieferungsvertrages. Unstreitig hat der Beklagte wiederholt in

1

gravierender Weise gegen die übernommene Mindestabnahmeverpflichtung verstoßen, indem er im Jahre 1991 durch seinen Mieter insgesamt nur 5,9 hl Bier und im Jahre 1992 infolge der mit Wirkung vom 2. Januar 1992 erfolgten Veräußerung der Gaststätte ohne Weitergabe der Abnahmeverpflichtung überhaupt nichts mehr bei der Klägerin bezogen hat. Nach § 5 Nr. 3 des Vertrages war die Klägerin - auch deswegen - zur Vertragskündigung berechtigt; sie hat ihre Vertragskündigung vom 9. Dezember 1992 auch auf die Verletzung dieser Vertragsbestimmung gestützt. Als Folge der Kündigung ist in dieser Klausel die Verpflichtung zur anteiligen Rückzahlung des Umbauzuschusses geregelt. Die Höhe des vom Berufungsgericht der Klägerin insoweit zuerkannten Teilbetrages ist mit 78.280,-- DM im Revisionsrechtszug nicht mehr streitig.

3. Den Differenzbetrag zur Klagforderung in Höhe von 12.920 DM spricht das Berufungsgericht der Klägerin als Schadensersatz wegen Nichterfüllung der in § 2 Nr. 2 des Vertrages vereinbarten Mindestabnahmemengen durch den Beklagten zu. Dabei kann dahinstehen, ob die Vertragsklauseln unter § 1 Nr. 2 und § 5 Nr. 1 - deren Anwendung jeweils die Zuerkennung des Differenzbetrages von 12.920 DM rechtfertigen würde - wegen Unklarheit, Widersprüchlichkeit und unbilliger Benachteiligung der Kunden der Klägerin gemäß §§ 5 und 9 Abs. 1 AGB-Gesetz unwirksam sind, wie das Berufungsgericht meint, denn es hat jedenfalls die Voraussetzungen einer allgemeinen vertraglichen Schadensersatzpflicht des Beklagten in der zugesprochenen Höhe im Ergebnis fehlerfrei bejaht.

Als Anspruchsgrundlage kommen allerdings nicht die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung, sondern des § 326 Abs. 1 BGB in Betracht. Unstreitig sind die in § 2 Nr. 2 des Vertrages vereinbarten Mindestabnahmemengen bei weitem nicht erreicht worden. Eine Mahnung des Beklagten (§ 284 BGB) sowie eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 BGB) waren entbehrlich, weil der Beklagte nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Erfüllung der Abnahmeverpflichtung ernsthaft und endgültig verweigert und sich zudem durch die Veräußerung des Gaststättengrundstücks ohne Weitergabe der Bezugsbindung die weitere Abnahme von Getränken der Klägerin unmöglich gemacht hat. Nach der Kündigung des Zuschuß- und Getränkelieferungsvertrages durch die Klägerin, gegen die der Beklagte keine Einwände erhoben hat und erhebt, war für eine weitere Abnahme von Getränken der Klägerin ohnehin kein Raum mehr.

Die Höhe der Schadensersatzpflicht des Beklagten hat das Berufungsgericht im Wege der Schätzung nach § 287 gewonnen und der Klägerin den Differenzbetrag von 12.920 DM als Mindestschaden zuerkannt. Auch dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

Zu Unrecht meint die Revision, für eine Schadensschätzung sei kein Raum gewesen, weil die Klägerin ihren Schaden hätte darlegen können und müssen. Die Ermittlung des durch Unterschreiten einer vereinbarten Mindestabnahmemenge entgangenen Gewinnes einer Brauerei ist regelmäßig schwierig und aufwendig (vgl. z.B. die bei Paulusch, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Brauerei- und Gaststättenrecht,

8. Aufl., S. 115 - 121 zusammengestellte Rechtsprechung); in diesem Bereich bietet sich eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO jedenfalls dann an, wenn es - wie hier - lediglich um einen verhältnismäßig geringfügigen Mindestschaden geht (vgl. auch Senatsurteil vom 26. November 1986 - VIII ZR 260/85 = WM 1987, 319, 320 unter II 1 b). Daß das Berufungsgericht die Grenzen seines Schätzungsermessens überschritten hätte, macht auch die Revision nicht geltend, hiervon kann auch keine Rede sein. Das Berufungsgericht orientiert sich am unteren Bereich der nach § 1 Nr. 2 des Zuschuß- und Getränkelieferungsvertrages für die Fälle des Unter- bzw. Überschreitens der Mindestabnahmemenge zu zahlenden bzw. zu vergütenden Beträge und spricht der Klägerin lediglich einen deutlich unter der sich hieraus ergebenden Summe liegenden Betrag als Mindestschaden zu. Dies ist rechtlich weder im Ansatz noch im Ergebnis zu beanstanden.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers