

V. ZR. 5/55

2567 085

4

Verkündet

am 11. Juli 1956

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Firma Aktiengesellschaft H. [redacted] in M. [redacted], vertreten
durch ihren Vorstand, Senator Clemens Max E. [redacted],
Curt M. [redacted] und Josef N. [redacted], sämtlich in M. [redacted], B. [redacted]-
straße [redacted],

**Klägerin, Berufungsklägerin, Berufungs-
beklagte, Revisionsbeklagte und Revisionsklägerin,**

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

gegen

die Firma D. [redacted] U. [redacted]-Brauerei Aktiengesellschaft, ver-
treten durch ihren Vorstand, Generaldirektor Felix E. [redacted]
und Direktor Erhard T. [redacted], beide in D. [redacted], U. [redacted],

**Beklagte, Widerklägerin, Berufungs-
beklagte, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagte,**

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 7. Juli 1956 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Großmann, Dr. Dorschel und
Dr. Rothe

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 22. September 1954 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurück-
weisung ihres weitergehenden Rechtsmittels das
vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit die Klage
wegen der Abnahme und des Ausschanks einer über

200 Hektoliter (bis 360 hl) Hackerbräubier
hinausgehenden Menge abgewiesen ist und soweit
über die Kosten entschieden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderwei-
ten Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Diesem wird auch die Entscheidung über die Ko-
sten der Revisionsinstanz übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

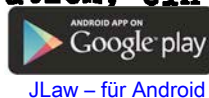
Die Klägerin, eine M[REDACTED] Großbrauerei, belieferte seit etwa 1909 den "W[REDACTED] H[REDACTED]", ein Hotel und Restaurant, mit ihren Bieren. Der Eigentümer dieses an der Ecke K[REDACTED]allee und B[REDACTED]straße in D[REDACTED] belegenen Betriebes geriet in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Klägerin erwarb 1939 den Grundbesitz in der Zwangsversteigerung und ließ Hotel und Restaurant eine zeitlang durch eine Betriebs-GmbH betreiben. Sie verkaufte den Besitz Anfang 1940 an die Beklagte, eine D[REDACTED] Großbrauerei, die auf dem Nachbargrundstück den "Z[REDACTED] H[REDACTED]", ebenfalls ein Hotel mit Restaurant, betrieb. Der Kaufpreis betrug rund 780 000 RM. Davon entfielen rund 470 000 RM auf das Grundstück mit den Gebäuden, der Rest auf das Inventar. Der damalige Einheitswert ist mit insgesamt 623 000 RM angegeben. Grundbucheintragung und Übergabe erfolgten am 13. März 1940. Damit trat der Kaufvertrag in Kraft. Dieser ist auf Grund eines notariellen Kaufangebotes der Beklagten an die Klägerin vom 26. Januar 1940 (Fotokopie Bl 6 ff GA), dem Verhandlungen vorausgegangen waren, zustandegekommen. Sein § 3 hat folgenden Wortlaut:

"Die Käuferin (=Beklagte) verpflichtet sich, im "W[REDACTED] H[REDACTED]" oder in der Gaststätte, die an dessen Stelle treten oder in die er eingegliedert oder der er angegliedert werden sollte, auf die Dauer von zwanzig Jahren den Ausschank von H[REDACTED] hell und dunkel zu gewährleisten. Dieser Ausschank wird mengenmäßig auf 360 hl (dreihundertsechzig Hektoliter) jährlich festgesetzt, hiervon sind vierteljährlich jeweils 90 hl (neunzig Hektoliter) abzunehmen.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein für die Zeit (von) Transportschwierigkeiten infolge höherer Gewalt, insbesondere des gegenwärtigen Krieges und für die Zeit einer Renovation, eines Um- oder eines Neubaus. Dauert eine Renovation, ein Um- oder ein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Neubau länger als ein Jahr, so verlängert sich die Verpflichtung der Käuferin zur Zulassung von Hacker-Bier um die Zeit, die ein Jahr überschreitet.

Die Käuferin hat zudem zu Gunsten der Verkäuferin entsprechend dem Umfang der beiderseits vorzunehmenden Bierlieferungen eine angemessene Außen- und Innenreklame zuzulassen.

Der Beginn dieser Verpflichtungen nach diesem Paragraphen wird auf den Tag der Übergabe der Kaufgrundstücke mit Zubehör festgesetzt.

Die Verkäuferin (=Klägerin) ist als angesehene Versandbrauerei an der Beibehaltung des Ausschankes ihrer Biere in dem Verkaufsobjekt ganz besonders interessiert. Der vorstehend auf 90 hl vierteljährlich festgesetzte fortlaufende Ausschank ist daher für sie unabdingbar, weshalb zur Sicherung der Erfüllung dieser Bedingung eine Konventionalstrafe von RM 3.000.- (dreitausend Reichsmark) festgesetzt wird, die zur Zahlung fällig ist, sofern nicht innerhalb dieses Vierteljahres 90 hl zum Ausschank gelangt sind. Die Käuferin nimmt diese Bedingung an."

Die Beklagte ist in der Folgezeit ihren vertraglichen Verpflichtungen bis zum Jahre 1943 nachgekommen. Am 13. Juni des genannten Jahres sind sowohl der "W[REDACTED]" wie der "Z[REDACTED] H[REDACTED]" bei einem Fliegerangriff vollkommen zerstört worden. Seitdem hat die Beklagte kein H[REDACTED] bier mehr zum Ausschank gebracht. Nach dem Kriege verfügte die Beklagte nicht über bereite Mittel zum Wiederaufbau der D[REDACTED] Betriebe, benötigte im Gegenteil Gelder zum Aufbau ihres ebenfalls durch den Krieg betroffenen Stammhauses, ihrer Brauerei in D[REDACTED]. Am 22. Oktober 1949 verkaufte

sie den D[REDACTED] Grundbesitz, auf dem sich früher die genannten Hotel- und Gaststättenbetriebe befunden hatten, an die V[REDACTED]-Versicherungsgesellschaft. Der in bar zu zahlende Kaufpreis betrug 1 200 000 DM. Am selben Tage schloß sie mit der Käuferin einen besonderen Mietvertrag, in dessen Vorspruch es heißt:

"Die V[REDACTED] erbaut auf dem Gelände in D[REDACTED], K[REDACTED]allee Ecke B[REDACTED]straße, nach eigenen Plänen und auf eigene Rechnung ein Verwaltungsgebäude. Die D[REDACTED] U[REDACTED]-Brauerei (=Beklagte) will im Erdgeschoß einen Wirtschaftsbetrieb und im Keller ein sich dem Rahmen des Restaurants im Erdgeschoß anpassendes Schanklokal errichten. Die V[REDACTED] wird die Räume so schnell wie möglich fertig- und der D[REDACTED] U[REDACTED]-Brauerei zur Verfügung stellen. Die Einrichtung ihrer Räume wird die D[REDACTED] U[REDACTED]-Brauerei auf eigene Kosten durchführen."

Nach dem Inhalt des Vertrages (§ 1) wurden der Beklagten in dem V[REDACTED]-Haus im Erdgeschoß 1 000 qm - und zwar mit einer Front von rund 49 Metern an der K[REDACTED]allee - vermietet. Gleichzeitig war ihr für die Dauer des Vertrages kostenlos die Ausnutzung der Außenwände des Restaurants für Reklamezwecke (auch Neonreklame) gestattet. Die Form der Reklame mußte sich der Würde des Hauses anpassen. Die V[REDACTED] verpflichtete sich, im Erdgeschoß ein würdiges Bierrestaurant mit den üblichen Nebenräumen auszubauen. Die vermieteten Räume mußten der Beklagten schlüsselfertig übergeben werden. Sonderwünsche, wie z.B. Tafelung, indirekte Beleuchtung und dergl. gingen zu Lasten der Beklagten. Im übrigen sollten bei der Planung und Durchführung der Bauarbeiten für das Restaurant die Wünsche der Beklagten mit der V[REDACTED] abgestimmt und die Wünsche der Beklagten weitgehend be-

rücksichtigt werden. Der Mietvertrag ist auf die Dauer von 10 Jahren abgeschlossen, jedoch hat die Beklagte das Recht, von 10 zu 10 Jahren bis zur Gesamtdauer von 50 Jahren des Mietverhältnis zu einem angemessenen, aber mindestens 48 000 DM jährlich betragenden Mietzins fortzusetzen. Das erste Jahr war mietzinsfrei. Im übrigen richtet sich die Miete nach dem Umsatz, und zwar sind 8 % für den Umsatz bis zu 1 000 000 DM zu zahlen, 9 % für den Umsatz von 1 000 000 bis zu 1 100 000 DM und 10 % von dem darüber hinausgehenden Umsatz. Im Vertrag ist die V[REDACTED] die Verpflichtung eingegangen, für den Fall, daß sie außerhalb der vermieteten Räume an anderer Stelle des Grundstücks Bier ausschenkt, nur Bier der Beklagten zu beziehen.

Die Beklagte ist laut Vertrag mit der Viktoria zur Unterverpachtung berechtigt und hat die Gaststätte durch Vertrag vom 17. Oktober 1951 an die Eheleute P[REDACTED] unterverpachtet, mit der Verpflichtung, darin ein würdiges Bier- und SpeisereRestaurant zu betreiben. Die Pächter haben das sogenannte Kleininventar (vor allem Geschirr und Wäsche für Küche und Tische, Bestecke und Utensilien) selbst zu stellen. Die Pachtzeit, die nach Fertigstellung beginnen sollte, ist bis zum 30. September 1956 ohne Kündigung festgesetzt. Anschließend soll sie sich jeweils um ein Jahr verlängern, falls nicht mit dreimonatiger Frist zum Quartalsschluß von einer der Parteien gekündigt worden ist. Der Beklagten ist für bestimmte Fälle das Recht zur sofortigen Kündigung eingeräumt. Der Pachtzins richtet sich nach dem Umsatz, liegt jedoch 2 % höher als die von der Beklagten an die V[REDACTED] zu zahlende Miete.

Weitere Einzelheiten über den Inhalt ihres Unterverpachtungsvertrages mit den Eheleuten P[REDACTED] hat die Beklagte in den Vorinstanzen aus Geschäftsgründen nicht mitgeteilt.

Nach Fertigstellung des Bauwerkes wurde abweichend vom ursprünglichen Plan nur eine Gaststätte, der neue "Zweibrücker Hof" (nicht auch noch ein Kellerbierlokal) am 3. November 1951 als Spezialausschank der Beklagten eröffnet. Der Bierumsatz betrug in den Jahren 1951, 1952 und 1953 rund 262, 825 und 659 hl, der Gesamtumsatz in DM im ersten vollen Jahre rund 1 700 000 DM.

Mit Schreiben vom 7. April 1952 machte die Klägerin erstmalig ihre Ansprüche aus § 3 des Vertrages vom 26. Januar 1940 gegenüber der Beklagten wieder geltend. Auf deren Einlassung, durch die Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]" seien die Rechte der Klägerin aus dem Vertrage untergegangen, schrieb diese am 27. August 1952 u.a. folgendes:

"... Der Umstand, daß die Erfüllung des Vertrages, soweit dies die Bierbezugsverpflichtung betrifft, zeitweilig aus Gründen, die von Ihnen nicht zu vertreten waren, unmöglich war, befreit Sie keinesfalls von der Erfüllung desjenigen Teils der Leistungen, die heute noch möglich ist.

Es ist richtig, daß wir nach Eintritt des Bombenschadens von Ihnen nicht etwa verlangt haben, was damals unmöglich war. Dieser Gesichtspunkt ist nunmehr entfallen, nachdem das bombengeschädigte Anwesen wieder aufgebaut wurde. Wir vermögen nicht einzusehen, daß es unbillig wäre, auf weiterer Erfüllung des Vertrages zu bestehen, nachdem die Leistungen aus der Bierbezugsverpflichtung objektiv wieder möglich geworden sind"

Da die Beklagte bei ihrer ablehrenden Haltung verblieb, hat die Klägerin Ende September 1952 Klage erhoben. Sie ist

der Auffassung, daß die Beklagte durch die Zerstörung der ursprünglichen Wirtschaftsbetriebe von ihrer Verpflichtung aus § 3 des Vertrages nicht endgültig befreit sei. Ihr sei die Erfüllung nur vorübergehend unmöglich gewesen. Sie müsse die Bierabnahme-, Ausschank- und Reklameverpflichtung ihren Unterpächtern auferlegen und, falls diese sich weigern, sie zu übernehmen, ihnen fristlos kündigen.

Im ersten Rechtszuge hat die Klägerin auch hilfsweise Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Verpflichtung aus § 3 des Vertrages, und zwar zunächst nur für ein Jahr, verlangt. Diesen Schaden hat sie auf 17 280 IM beziffert.

Sie hat im ersten Rechtszuge beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,
entweder ihren Unterpächter der Gaststätte "Z [REDACTED]
H [REDACTED]" in D [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], in Abänderung und
Ergänzung des mit diesem abgeschlossenen Unterpacht-
vertrages rechtswirksam zu verpflichten, für die Dauer
des Unterpachtverhältnisses, jedoch nicht für einen
längeren Zeitraum als 17 Jahre, mit sofortigem Be-
ginn von der Klägerin alljährlich 360 hl H [REDACTED]-
Bier hell und dunkel, von denen vierteljährlich je-
weils 90 hl abzunehmen sind, zu den für Gastwirts-
kunden der Klägerin allgemein gültigen und üblichen Lie-
ferpreisen zu beziehen und in der Gaststätte "Z [REDACTED]
H [REDACTED]" zum Ausschank zu bringen, sowie für die gleiche
Zeitdauer außerhalb und innerhalb der Gaststättenräu-
me des "Z [REDACTED] H [REDACTED]" eine angemessene und übli-
che Reklame der Klägerin zuzulassen bzw. soweit sie
selbst das Verfügungs- oder Mitbestimmungsrecht über
die Zulassung der Außenreklame hat, zu gestatten, daß
an der Straßenfront des "Z [REDACTED] H [REDACTED]" zur K [REDACTED]

allee eine der beiden jetzt ganz von ihr benutzten Reklameflächen nach ihrer Wahl für die Klägerin auf deren Kosten freigemacht und auf deren Kosten mit der Maßgabe zur Anbringung einer Leuchtreklame benutzt wird, daß sich das Leuchtbild in Form und Farbe der Reklame der Beklagten anzupassen hat,

oder für den Fall der Weigerung ihres Unterpächters, in die vorstehend beschriebene Änderung des Unterpachtverhältnisses einzuwilligen, in erster Linie die Beklagte zu verurteilen, unverzüglich die außerordentliche Kündigung des Unterpächters vorzunehmen, hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, das Unterpachtverhältnis zum nächst zulässigen Kündigungstermin zu kündigen, und rechtzeitig vor Beendigung des Vertrages Klage auf Räumung und Herausgabe der Pachträume gegen ihren Unterpächter zu erheben und notfalls die Zwangsräumung zu betreiben, sowie nach Räumung den Bezug und Ausschank der vorbezeichneten Art und Menge von H-Bier in der Gaststätte "Z H" entweder selbst oder durch einen hierzu bereiten anderen Unterpächter vornehmen zu lassen und selbst oder durch den Unterpächter außerhalb und innerhalb der Gaststättenräume eine angemessene und übliche Reklame der Klägerin zuzulassen bzw., soweit sie selbst das Verfügungs- oder Mitbestimmungsrecht über die Zulassung der Außenreklame hat, zu gestatten, daß an der Straßenfront des "Z H" zur Kallee eine der beiden jetzt ganz von ihr benutzten Reklameflächen nach ihrer Wahl für die Klägerin auf deren Kosten freigemacht und auf deren Kosten mit der Maßgabe zur Anbringung einer Leuchtreklame benutzt wird, daß sich das Leuchtbild in Form und Farbe der Reklame der Beklagten anzupassen hat.

Hilfsweise hat sie beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von zunächst 17 280 DM nebst 5 % Zinsen seit 7. Oktober 1952 zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt:

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat die Beklagte für den Fall ihrer Verurteilung beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte für die von ihr aufgewandten Einrichtungskosten des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]s" in D[REDACTED] einen vom Gericht festzustellenden angemessenen Beitrag zu zahlen, und zwar in Höhe eines vorläufig geforderten Teilbetrages von 30 000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 2. Juni 1953.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen,

hilfsweise

ihr Vollstreckungsschutz zu gewähren.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, mit der Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]s" seien alle Rechte der Klägerin aus dem Vertrage von 1940 untergegangen und seine Erfüllung unmöglich geworden, auch habe sich die Geschäftsgrundlage seit Vertragsschluß so verändert, daß sie am Vertrage nicht weiter festgehalten werden könne. Die Klägerin habe auch ihre Rechte dadurch verwirkt, daß sie mit ihren Ansprüchen erst im Jahre 1952 hervorgetreten sei. Auf keinen Fall könne sie, die Beklagte, noch für 17 Jahre an den alten Vertrag gebunden sein. Es müsse vielmehr die Zeit

seit Zerstörung bis zur Eröffnung des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" eingerechnet werden. Es könne von ihr auch nicht die volle Erfüllung der Bezugsverpflichtung verlangt werden, sondern nur eine wesentlich geringere Bierabnahme entsprechend den erheblich zurückgegangenen Bierumsätzen. Schließlich müsse sich die Klägerin auch angemessen an den Kosten der Einrichtung der neuen Gaststätte, für die sie, die Beklagte, rund 720 000 DM habe aufwenden müssen, beteiligen.

Die Klägerin ist diesen Ausführungen entgegengetreten. Sie hat insbesondere geltend gemacht, daß der Bierumsatz nur deshalb gegen früher abgesunken sei, weil die Beklagte ohne zwingenden Grund anstelle der früheren Bierlokale eine Luxusgaststätte errichtet habe. Von einer Verwirkung ihrer Ansprüche könne nicht gesprochen werden, weil es Sache der Beklagten gewesen wäre, sich vor Errichtung des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" mit ihr, der Klägerin, in Verbindung zu setzen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Wortlaut des Klagantrages verurteilt, die Verpflichtung zur Bierabnahme, Bierauschank und Reklame hat es jedoch nur für einen Zeitraum von noch 8 Jahren 4 Monaten und 10 Tagen festgesetzt. Auch hat es die Beklagte nur für verpflichtet gehalten, ihrem Unterpächter, falls er sich weigert, die Vertragsverpflichtung gegenüber der Klägerin zu übernehmen, zum nächst zulässigen Termin zu kündigen. Die weitergehende Klage (längere Verpflichtung und fristlose Kündigung) und die Widerklage wegen der Beteiligung der Klägerin an den Unkosten hat es abgewiesen.

Gegen das landgerichtliche Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat, ohne ihren Hilfsantrag zu wiederholen, beantragt, die Beklagte in Abänderung des landgerichtlichen Urteils in vollem Umfang nach ihrem Antrag erster Instanz zu verurteilen, jedoch unter Feststellung der Dauer der Verpflichtungen auf einen Zeitraum von 15 Jahren und 9 Monaten.

Die Beklagte hat Klagabweisung in vollem Umfang beantragt, hilfsweise:

eine Verurteilung der Beklagten nur Zug um Zug gegen Zahlung eines vom Gericht zu bestimmenden angemessenen Beitrages, zu den von ihr für die Einrichtung des neuen "Z [REDACTED] H [REDACTED]" in D [REDACTED] aufgewandten Kosten auszusprechen und ferner nach dem Widerklagantrag zu erkennen.

Das Berufungsgericht hat nach den Anträgen der Klägerin - unter Festsetzung der Bierabnahme-, Bierausschank- und Reklameverpflichtung auf 15 Jahre und 9 Monate, aber unter Herabsetzung der abzunehmenden Biermenge (360 hl) auf 200 hl jährlich (vierteljährlich jeweils 50 hl) und unter Verurteilung der Beklagten zur Kündigung des Unterpächters nur zum nächst zulässigen Termin - erkannt. Die weitergehende Klage (volle Bierabnahme und Verurteilung der Beklagten, dem Unterpächter sofort zu kündigen) und die Widerklage hat es abgewiesen.

Beide Parteien haben Revision eingelegt.

Die Klägerin erstrebt mit ihrer Revision Festlegung der abzunehmenden Biermenge auf weitere 160 hl und Verurteilung der Beklagten zur außerordentlichen Kündigung der Unterpächter, hilfsweise Zurückverweisung.

Die Beklagte erstrebt volle Klagabweisung, hilfsweise

- a) die Verurteilung nur auszusprechen Zug um Zug gegen Zahlung eines vom Gericht festzusetzenden Beitrages zu den von der Beklagten für die Errichtung des neuen "Z[REDACTED] in D[REDACTED] aufgewendeten Kosten,
- b) die Klägerin zur Zahlung des zu a) bezeichneten Kostenbeitrages zu verurteilen und in Höhe eines Teilbetrages von 30 000 DM nebst Zinsen diesen Anspruch der Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären, zur Bemessung der Höhe des Betrages aber den Rechtsstreit hinsichtlich der Widerklage an das Landgericht zurückzuverweisen,

hilfsweise

Zurückverweisung.

Beide Parteien erbitten Zurückweisung der Revision der anderen Partei.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß die im § 3 des Kaufvertrages von der Beklagten übernommene Verpflichtung, den Ausschank von H[REDACTED] in bestimmter Menge zu gewährleisten und eine Reklame der Klägerin zuzulassen, bestehen geblieben ist und sich jetzt auf den neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" erstreckt. Weil die Beklagte infolge des bestehenden Unterpachtverhältnisses zum Ausschank von Hackerbräubier in eigener Regie derzeit nicht in der Lage sei, führt das Berufungsgericht aus, sei sie verpflichtet, entweder dem Unterpächter diese Verpflichtung aufzuerlegen, oder ihm

im Weigerungsfalle zu kündigen, und zwar zum nächstliegenden Termin. Gewisse Schwierigkeiten, die nicht unüberwindlich seien, müsse sie in Kauf nehmen, weil sie, wie sie sich bei Abschluß des Vertrages habe sagen müssen, die Gefahr eingegangen sei, auf Leistung desjenigen Kaufentgelts (Bierabnahmegewährleistung und Reklamezulassung), das sie noch nicht erbracht gehabt habe, in Anspruch genommen werden.

Der Ansicht der Klägerin, die Beklagte habe unter den vorliegenden Umständen ein Recht zur fristlosen Kündigung gegenüber ihrem Unterpächter, könne dagegen nicht beigetreten werden. Zwar habe die Rechtsprechung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Recht zur fristlosen Kündigung zugelassen, aber nur bei Vorliegen eines so wichtigen Grundes, daß ein persönliches, friedliches Zusammenwirken zur Ausführung des Vertrages nicht möglich oder doch stark gefährdet sei und deshalb die Fortsetzung des Rechtsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne. Solche Voraussetzungen lägen aber zwischen der Beklagten und ihrem Unterpächter nicht vor, es seien sogar beide nicht daran interessiert, H-Bier im "Z-Bier" auszuschenken. Ebenso könne nicht anerkannt werden, daß die Weigerung des Unterpächters ein schikanöses Verhalten darstelle und nur den Zweck haben könne, der Beklagten Schaden zuzufügen. Der Unterpächter würde bei Einführung einer neuen Biersorte sicherlich ein Risiko eingehen, da er nicht übersehen könne, welchen Anklang H-Bier finden werde.

II. Die Revision der Beklagten rügt, daß schon Klagantrag und Urteilsformal verfahrensrechtlichen Bedenken im Hinblick auf §§ 253, 259 und 260 ZPO unterlägen; die Revision der Klägerin beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht eine Verpflichtung der Beklagten zur fristlosen Kündigung ihrer Unterpächter anerkannt hat.

1. Zur Revision der Beklagten.

Wenn die Verpflichtung der Beklagten zur Bierabnahme, zum Bierausschank und zur Reklamezulassung bestehen geblieben ist und sich auf den neuen "Z██████████ H███" erstreckt, was in diesem Zusammenhang als richtig zu unterstellen ist, dann durfte die Beklagte die neue Gaststätte zwar auch verpachten, aber nur an einen Unterpächter, der ihre entsprechenden Verpflichtungen aus dem Vertrage übernahm. Nachdem sie das zunächst unterlassen hat, ist sie der Klägerin gegenüber aus ihrem Vertrage mit ihr gehalten, ihren Unterpächtern die entsprechenden Verpflichtungen noch aufzuerlegen. Damit erweist sich die in erster Linie ausgesprochene Verurteilung der Beklagten als gerechtfertigt. Daß es sich bei ihr um eine solche zur Vornahme einer Handlung handelt, die von der Zustimmung eines Dritten abhängt, und daß dieses Urteilsgebot nicht durchgeführt werden kann, wenn die Zustimmung des Unterpächters nicht zu erreichen ist, ist unerheblich. Die Unmöglichkeit der Vollstreckung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen steht einer Verurteilung noch nicht entgegen (Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl IV 1 a vor § 253 ZPO). Das Vollstreckungsrecht ist kein schlechthin charakteristisches Moment für die Zulässigkeit einer Verurteilung (Stein-Jonas-Schönke aaO II 1).

Die Revision der Beklagten wendet sich ersichtlich in diesem Zusammenhang auch nur gegen den zweiten Teil der Urteilsformel. Durch diesen ist der Beklagten für den Fall einer Weigerung ihrer Unterpächter, in eine Änderung des Pachtvertrages zu willigen, die Vornahme weiterer Handlungen auferlegt. Das soll eine unzulässige Verurteilung sein. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Es trifft zwar zu, daß die weitere Verurteilung trotz der im Urteilsausspruch gebrauchten Worte: "entweder" "oder" der Beklagten nicht etwa eine Wahlverpflichtung auferlegt, sondern die Ausführung anderer Handlungen für den Fall, daß sich die in dem ersten Teil des Urteilstenors gebotene Handlung nicht als durchführbar erweist. Das macht aber die entsprechende Verurteilung noch nicht unzulässig.

Bei dem Klagbegehren der Klägerin mag es sich, wie die Beklagte ausführt, um einen Fall der uneigentlichen Eventualhäufung im Sinne der Prozeßrechtslehre (Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl ZPO § 260 Anm II B 3) handeln, nämlich um die Verbindung zweier Begehren, die derart zueinander stehen, daß mit der Abweisung des ersten das zweite gegenstandslos wird und das zweite nur Erfolg hat, wenn das erste durchdringt (Stein-Jonas-Schönke aaO). Die Auffassung der Beklagten, daß die Verbindung hier deshalb unzulässig wäre, weil das zweite Begehren von dem Eintritt einer Bedingung, nämlich der Nichterfüllung des ersten Urteilsgebotes abhängig ist, trifft aber nicht zu. Es ist nicht richtig, was sie auszuführen sucht, daß die Zivilprozeßordnung nur im Falle des § 510 b ZPO eine solche Häufung von Ansprüchen kenne. Nach dieser, übrigens nur für den Amtsgerichtsprozeß geltenden, Vereinfachungsvorschrift kann ein Beklagter zwar bei Verurteilung zur Vornahme einer Handlung zugleich auf Antrag des Klägers für den Fall, daß die Handlung nicht binnen einer zu bestimmenden Frist vorgenommen ist, zur Zahlung einer vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung in Geld verurteilt werden. Das bedeutet aber nicht, und zwar auch für den Amtsgerichtsprozeß nicht, daß einem Kläger bei Verurteilung zur Vornahme einer Handlung, die nicht vorgenommen wird, oder, wie hier, möglicherweise, weil sie von der Zustimmung eines Dritten abhängt, nicht vorgenommen werden kann, nur dieser Weg offen-

stände. Mit Schadensersatz in Geld wegen Nichterfüllung ist der Klägerin ersichtlich nicht gedient. Andererseits ist der Beklagten die verlangte Erfüllung nicht nur dadurch möglich, daß sie mit Zustimmung der Unterpächter ihren Unterpachtvertrag ändert, sondern auch dadurch, daß sie ihnen den Vertrag kündigt und sie entweder damit zwingt, sich auf die Änderung doch noch einzulassen, oder die Möglichkeit erhält, die der Klägerin gegenüber bestehenden Verpflichtungen durch einen neuen Unterpächter oder auch selbst unmittelbar zu erfüllen.

Die hier vorgenommene Verbindung von zwei Klagbegehren kann auch nicht etwa deshalb als unzulässig angesehen werden, weil das zweite Begehren nur eventuell erhoben oder weil der zweite Anspruch zur Zeit noch nicht entstanden sei (Stein-Jonas-Schönke II B 3 zu § 260 ZPO). Eine Verurteilung entsprechend dem zweiten Begehren ist allerdings eine solche wegen eines zur Zeit des Urteils noch bedingten Anspruchs und kann deshalb nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 259 ZPO gegeben sind (Stein-Jonas-Schönke aaO). Die Anwendung dieser Vorschrift, die an sich Klagen auf künftige Leistungen betrifft, auch auf bedingte Ansprüche, entspricht herrschender Meinung (RGZ 51, 243; 72, 22; 90, 177 [181]; 94, 227 [228]; BGHZ 5, 342 [344]). Die von der Revision der Beklagten in diesem Zusammenhang angezogenen beiden Entscheidungen des Reichsgerichts (Warn 1914 Nr 293 und SeuffArch 72 Nr 110 S 170) betreffen eine andere Frage, nämlich die, ob über einen etwaigen zukünftigen Unterhaltsanspruch eines Ehegatten schon während des Bestehens der Ehe eine Entscheidung durch das Gericht getroffen werden kann. Mit Recht hat das Reichsgericht hierzu (SeuffArch aaO) unter Bezugnahme auf § 259 ZPO ausgeführt, daß eine Klage aus dieser Bestimmung nur unter der Voraussetzung zulässig sei, daß der Anspruch,

wenn auch als befristeter oder bedingter, bereits bestehe, d.h. wenn die ihn begründenden Tatsachen bereits gegeben sind. Das ist im hier zu entscheidenden Falle festzustellen. Im Falle des Reichsgerichts war es abzulehnen, weil das Entstehen des Anspruches aus - dem damals noch geltenden - § 1578 BGB gerade zur Voraussetzung hatte, daß die Ehe schon rechtskräftig geschieden war. Daß im Zeitpunkt der Verurteilung hier auch den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt war, daß sich die Beklagte der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, bedurfte in diesem Zusammenhang keiner ausdrücklichen Feststellung durch das Berufungsgericht. Diese Voraussetzung ist schon dann erfüllt, wenn der Schuldner den Anspruch ernstlich bestreitet (RGZ 132, 338 [3407]). Das ist hier der Fall; denn die Beklagte hatte nicht nur das Weiterbestehen einer Verpflichtung überhaupt bestritten, sondern insbesondere geltend gemacht, eine Kündigung wäre ihr überhaupt nicht zuzumuten.

Nach allem bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Form der vorgenommenen Verurteilung.

Weil sich aus der Urteilsformel klar ergibt, was gemeint ist, war auch nicht erforderlich, sie näher klarzustellen und das Wort "entweder" zu streichen sowie das Wort "oder" durch das Wort "und" zu ersetzen.

2. Zur Revision der Klägerin.

Das Berufungsurteil läßt keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin erkennen, soweit es eine Verurteilung der Beklagten, eine sofortige Kündigung auszusprechen, abgelehnt hat.

Seine Ausführungen zu dieser Frage bewegen sich im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und sind der Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur beschränkt zugänglich. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht hierbei das Interesse der Unterpächter berücksichtigt. Auch unter dem Gesichtspunkt eines Dauerschuldverhältnisses steht der Beklagten gegenüber ihren Unterpächtern ein Recht zu sofortigen Kündigung nicht zu. Ein solches Recht könnte ihr insbesondere nicht die Tatsache geben, daß sie sich durch ihr eigenes Verhalten Schadensersatzansprüchen der Klägerin ausgesetzt hat.

B.

I. Das Fortbestehen der Verpflichtungen der Beklagten aus § 3 des Vertrages von 1940 und ihre jetzige Verbindung mit dem neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" hat das Berufungsgericht auf Grund folgender Erwägungen bejaht:

1. Es legt zunächst dar, daß die Klägerin ihre eigenen Verpflichtungen aus diesem Vertrage: "Übereignung des Grundstückes, D[REDACTED], B[REDACTED]straße Ecke K[REDACTED]allee, mit der aufstehenden Gaststätte "W[REDACTED] H[REDACTED]" samt Inventar" erfüllt habe. Die Gegenleistung der Beklagten, welche einmal in der Zahlung des Kaufpreises von 778 741,43 RM und außerdem in der Verpflichtung zur Abnahme von jährlich 360 hl H[REDACTED] auf die Dauer von 20 Jahren, zum Ausschank dieses Bieres in der auf dem verkauften Grundstück befindlichen Gaststätte sowie in der Zulassung einer angemessenen Reklame der Klägerin dort (für die gleiche Zeit) bestanden habe, sei aber nur voll erfüllt, soweit es sich um die Zahlung des Kaufpreises handele. Alle anderen Verpflichtungen habe die Beklagte nur drei Jahre und drei Monate lang erfüllt.

2. Das Berufungsgericht führt alsdann weiter aus, auch durch die Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]s" sei die Beklagte nicht von ihrer noch ausstehenden Gegenleistung befreit worden. Den Untergang der Gaststätte habe zwar keine der Parteien zu vertreten gehabt; denn er beruhe auf höherer Gewalt. Darauf komme es aber nicht an; denn der Kaufvertrag sei von der Klägerin bereits vollkommen erfüllt worden und damit die Gefahr eines zufälligen Unterganges der Kaufsache gemäß § 446 BGB auf die Beklagte, die bereits Eigentümerin geworden sei, übergegangen.

3. Das Berufungsgericht vertritt weiter die Auffassung, daß der Beklagten die Erbringung ihrer noch ausstehenden Gegenleistung auch nicht infolge der Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]s" schlechthin dauernd unmöglich geworden sei. Es habe nur eine zeitweilige und vorübergehende Unmöglichkeit solange bestanden, wie die Gaststätte nicht wieder errichtet wurde. Nach Aufbau des V[REDACTED]hauses und nach Eröffnung des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]s" sei diese zeitweise Unmöglichkeit fortgefallen und die Beklagte wieder zur weiteren Vertragserfüllung verpflichtet.

Es führt dazu aus, daß zwar ausnahmsweise bei zeitweiliger Unmöglichkeit infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes auch bei späterer Behebung dieser Unmöglichkeit die Leistungspflicht entfallen könne, aber, so meint es, nur dann, wenn die Leistungszeit so wesentlich gewesen sei, daß sich die Leistung nicht mehr als die geschuldete, sondern als eine andere darstelle. Davon könne hier keine Rede sein; die Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]s" habe sich auch nicht auf den Vertrag von 1940 so ausgewirkt, wie etwa die Zerstörung eines Hauses auf die bestehenden Mietverhältnisse, die dadurch zum Erlöschen kämen.

Die von der Beklagten übernommene Gewährleistungspflicht müsse diese Folge ausschließen. Nach ständiger Rechtsprechung sei bei Dauerverpflichtungen eine Befreiung des Schuldners ausgeschlossen, wenn z.B. das vermietete Haus während der Mietzeit abbrenne, die dadurch eingetretene Unmöglichkeit aber später wieder fortgefallen sei.

Als unzutreffend bezeichnet das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Auffassung der Beklagten, sämtliche Rechte der Klägerin aus § 3 des Vertrages seien mit der Zerstörung des alten "W[REDACTED] H[REDACTED]" erloschen und könnten sich an dem neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" nicht fortsetzen, weil dieser nicht an die Stelle des alten Lokals getreten sei. Dazu führt es aus, daß die Pflicht der Beklagten zur Bierabnahme und zum Ausschank sich nicht nur gerade auf die Gaststätte "W[REDACTED] H[REDACTED]", sondern, wie sich aus § 3 Abs 1 des Vertrages eindeutig ergebe, auch auf die Gaststätte, die an seine Stelle treten oder in die er ein- oder der er angegliedert werden würde, beziehe. Damit wäre auch ein eventueller Neubau gemeint gewesen; denn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses hätten es die Parteien bereits für möglich gehalten, daß der "W[REDACTED] H[REDACTED]" nicht in seiner alten Gestalt erhalten bleiben, sondern daß er abgerissen und an seiner Stelle ein neues Bauwerk errichtet werden würde. Das schließt es daraus, daß in § 3 Abs 2 des Vertrages ausdrücklich die Rechtsfolgen im Falle eines Neubaus geregelt worden seien und verwertet in diesem Zusammenhang auch einen Artikel in der Zeitschrift Wirtschaftsberichte vom 30. März 1940, in welchem darüber berichtet ist, daß die Beklagte mit dem Erwerb des "W[REDACTED] H[REDACTED]" ihren Besitz abgerundet habe, und in dem davon die Rede ist, daß hier einmal, allerdings erst nach Kriegsende, ein repräsentatives Hotel- und Restaurationsgroßunternehmen entstehen

werde. Daraus zieht es den Schluß, daß sich auch auf einen solchen Neubau die Pflichten der Beklagten erstrecken sollen, und meint, damit sei auch der Einwand der Beklagten widerlegt, ein Interesse der Klägerin am Verkauf von H[REDACTED] habe, wie sich aus § 3 Abs 5 ergebe, nur in den Räumen des "Verkaufsobjektes", nämlich des alten "W[REDACTED] H[REDACTED]s", bestanden. Ergänzend führt es aus, aus keiner Bestimmung des Vertrages lasse sich herleiten, daß die Vertragspflichten der Beklagten nur fortbestehen sollten, wenn ein Neubau auf Grund freien Entschlusses und durch die Beklagte selbst mit ihrem Gelde erfolge. Die finanzielle Lage der Beklagten nach dem Zusammenbruch sowie ihre Kriegsschäden müßten deshalb in diesem Zusammenhang vollkommen außer Betracht bleiben. Der heutige "Z[REDACTED] H[REDACTED] sei auch nicht nur rein zufällig, etwa wie die Beklagte vortrage, wie ein Wunder entstanden. Vielmehr sei die Beklagte darauf bedacht gewesen, als Ersatz für das zerstörte Objekt an gleicher Stelle zu einer neuen Gaststätte zu kommen. Das sei ihr auch gelungen; denn gleichzeitig mit dem Verkauf der Trümmergrundstücke habe sie den Käufer verpflichtet, in dem zu errichtenden Neubau eine Gaststätte zu schaffen und ihr für eine beträchtliche Zeit zu überlassen.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts spielt weder eine Rolle, daß die Beklagte nicht Eigentümerin des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]s" ist, noch daß sie ihn nicht selbst bewirtschaftet, sondern Unterpächter eingesetzt hat. Letzteres mache ihr die Erfüllung ihrer Vertragspflichten jedenfalls nicht für dauernd unmöglich. Daß die Verpflichtungen der Beklagten auch bei einem Eigentumswechsel nicht erlöschen sollten, entnimmt das Berufungsgericht dem Wortlaut des Vertrages. Dafür sprächen eindeutig die weitgehende Sicherung der Klägerin wegen der Gewährleistungspflicht der Be-

klagten (§ 3 Abs 1) und das im Vertrage zum Ausdruck gebrachte besondere Interesse der Klägerin an der Beibehaltung des Ausschankes ihrer Biere in dem Vertragsobjekt (§ 3 Abs 5).

4. Zum Einwand der Beklagten, die Geschäftsgrundlage habe sich seit Abschluß des Vertrages so wesentlich zu ihrem Nachteil verändert, daß ihr nach Treu und Glauben ein Festhalten am Vertrage nicht zugemutet werden könne, vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, dieser Einwand könne jedenfalls nicht dazu führen, daß ihre Vertragspflichten ganz fortfielen.

Es legt dazu dar, die Beklagte möge allerdings so ungewöhnlich hohe Verluste durch Kriegsschäden erlitten haben, daß daran der Wiederaufbau der D[REDACTED] Grundstücke mit eigenen Mitteln gescheitert sei. Angesichts ihrer Gewährleistungspflicht aus § 3 des Vertrages sei das aber keine so wesentliche Veränderung der Verhältnisse, daß deshalb von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gesprochen werden könnte. Dem stehe nicht nur entgegen, daß Geld zu den vertretbaren Sachen des § 91 BGB gehöre, somit finanzielles Unvermögen niemals einen Schuldner von seiner Leistungspflicht befreie, sondern auch die Tatsache, daß bei dem Verkauf der Grundstücke an die Viktoria 1 200 000 IM erzielt worden seien, die zu einem großen Teil auch im Stammhaus der Beklagten verwandt worden seien. Diese Summe lasse sich mit der von ihr 1940 gezahlten schon deshalb nicht vergleichen, weil es sich damals um kaum noch unterzubringende Reichsmark, 1949 aber um sehr erwünschte hochwertige Deutsche Mark gehandelt habe.

Es legt weiter dar, daß auch die Aufwendungen, die die Beklagte für die Einrichtung des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" gemacht habe, sich nicht als eine so wesentliche Änderung

der Geschäftsgrundlage darstellen, daß dadurch ihre Verpflichtungen entfallen wären. Es verweist in diesem Zusammenhang darauf, durch die Ersparnis der Miete während des ersten Jahres und die Einnahmen an Pacht von dem Unterpächter sei bereits ein Teil der Unkosten abgedeckt, außerdem habe die Beklagte sicherlich einen Teil ihrer Aufwendungen steuerlich absetzen können. Die Beklagte hätte auch erhebliche Aufwendungen für die sicherlich veralteten Häuser machen müssen, wenn der "W[REDACTED] H[REDACTED]" nicht zerstört worden wäre. Wäre es aber zu dem bei Vertragsschluß geplanten Neubau gekommen, dann hätten, so führt das Berufungsgericht aus, möglicherweise noch größere Mittel aufgewandt werden müssen, ohne daß das die Rechte der Klägerin berührt hätte.

Schließlich sei, so meint das Berufungsgericht, auch der Rückgang im Bierumsatz gegenüber den früheren Verhältnissen nicht so hoch, daß für die Beklagte die Erfüllung ihrer Vertragspflichten schlechthin unzumutbar wäre, zumal dem verringerten Bierumsatz der Umfang der Bierabnahmeverpflichtung angepaßt werden könne, wie es an anderer Stelle noch darlegt.

5. Verwirkung der Ansprüche der Klägerin nimmt das Berufungsgericht nicht an. Es führt dazu aus, daß die Klägerin selbst dann nicht ihrer Rechte verlustig gegangen sei, wenn sie schon vor dem Wiederaufbau des "Z[REDACTED] H[REDACTED]" davon Kenntnis gehabt habe. Zwar sei der Gläubiger in der Regel gehalten, dem Schuldner gegenüber seine Rechte geltend zu machen. Unter Umständen sei aber auch der Schuldner verpflichtet, eine Klärung herbeizuführen. Die Beklagte habe 1949, als sie den Verkauf ihrer Trümmergrundstücke "W[REDACTED] H[REDACTED]" und "Z[REDACTED] H[REDACTED]" erwog, um dann in dem Neu-

bau als Mieter eine Gaststätte einzurichten, besser und genauer die Rechtsverhältnisse der Parteien überblicken können als die Klägerin, zumal diese ihren Sitz in München und mit der Stadt D [REDACTED] unwiderlegt keine unmittelbare Verbindung hätte. Es wäre daher, so legt das Berufungsgericht dar, der Beklagten - schon in ihrem eigenen Interesse - auf Grund ihrer Gewährleistungspflicht nach § 3 zuzumuten gewesen, von sich aus eine Klärung der Verhältnisse anzustreben, zumal sie in der Lage gewesen wäre, ihre Verpflichtungen gegenüber der Klägerin vor Verkauf und Ermietung gebührend zu berücksichtigen. Sollte sie sich aber dabei über den Fortbestand ihrer Verpflichtungen geirrt haben, dann sei das ihre Sache und sie könne nicht die Folgen dieses Irrtums auf die Klägerin abwälzen. Im übrigen könne von Verwirkung immer nur dort gesprochen werden, wo der Berechtigte über das bloße Stillschweigen hinaus durch irgendein positives Verhalten den Eindruck erweckt habe, daß er seinen Anspruch nicht geltend machen werde. Dafür fehle hier aber auch jeder Anhalt.

II. Die Revision der Beklagten wendet sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts unter I 1 - 4 und stellt auch die unter I 5 (Verwirkung) zur Nachprüfung.

1. Sie meint, das Berufungsgericht habe die Wirkungen der Unmöglichkeit in ihrem Zusammentreffen mit einer Veränderung der Geschäftsgrundlage rechtsirrig beurteilt (Verletzung der §§ 242, 275 BGB) und erhebt in diesem Zusammenhang auch Verfahrensrügen aus § 139, 286 ZPO.

Die Rügen sind sämtlich nicht begründet.

a) Es liegt nichts dafür vor, daß das Berufungsgericht, wie die Revision meint, den Vortrag der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 30. April 1953 S 12 (= Bl 112 GA), in dem

die Versuche geschildert sind, durch das sogenannte Lohnbrauverfahren die Wirkungen der Transportverbote zu mildern, übersehen hat. Ebensowenig ist ersichtlich, aus welchem Grunde das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang sein Fragerecht hätte ausüben und die Parteien, insbesondere die Beklagte, zu näheren Darlegungen in dieser Richtung hätte veranlassen müssen.

Das Berufungsgericht mußte auch nicht, wie die Revision vorträgt, davon ausgehen, daß im Kriege schon bald eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Ausschankverpflichtung tatsächlich eingetreten ist. Die Beklagte hat den Umsatz an H[REDACTED]-Bieren im "W[REDACTED] Hof" für die Jahre 1940, 1941, 1942 und 1943 selbst mit 225, 434, 453, 168 hl angegeben (Schriftsatz vom 5. Februar 1953 S 16 = 65 GA). Die Abnahme- und Ausschankverpflichtung (von 360 hl jährlich = 30 hl monatlich) ist daher in den Jahren 1941 und 1942 mehr als erfüllt und in den Jahren 1940 und 1943 - diese beiden Jahre mit 9 Monaten und mit 5 Monaten und einigen Tagen gerechnet - auch im wesentlichen erfüllt. Daß seit der Zerstörung des Gaststättengebäudes durch den Luftangriff am 13. Juni 1943 bis zum Tage der Eröffnung des neuen "Z[REDACTED] Hofes" (3. November 1951) ein Ausschank von H[REDACTED] nicht erfolgen konnte, hat das Berufungsgericht seinen Erwägungen zu Grunde gelegt.

b) Ob die Ausführungen des Berufungsgerichts zutreffend sind, die Geschäftsgrundlage wäre durch die Zerstörung und spätere Veräußerung des Grundstücks an die V[REDACTED]-Versicherung und durch die erneute Bebauung in stark veränderter Form einerseits sowie durch den Rückgang des Bierumsatzes andererseits insoweit erschüttert, als daraus Folgerungen für die Höhe der Bierabnahme- und Ausschankpflicht im Sinne ihrer Herabsetzung gezogen werden müssen, ist in an-

derem Zusammenhang zu prüfen. Wenn die Revision der Beklagten meint, das Berufungsgericht habe bei der gegebenen Sachlage in erster Linie prüfen müssen, ob im Sinne des Vertrages die durch das Beförderungsverbot und durch die Zerstörung der Gaststätte herbeigeführte Unmöglichkeit des Bierausschankes angesichts ihrer vieljährigen Dauer und der grundlegenden Veränderung der Verhältnisse nicht als dauernde Unmöglichkeit anzusehen sei, so ist dem nur entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht diese Prüfung tatsächlich vorgenommen und auch allen seinen Erwägungen vorangestellt hat. Daß durch Beförderungsverbote im Ergebnis allerdings keine Unmöglichkeit eingetreten war, ist schon erwähnt.

c) Richtig ist, daß einer Unterbrechung von 8 1/2 Jahren eine restliche Vertragszeit von noch 16 3/4 Jahren gegenüberstand. Inwiefern das aber gegen die Ausübung der Vertragsrechte der Klägerin aus dem Gesichtspunkt des Fortfalls der Geschäftsgrundlage oder der (dauernden) Unmöglichkeit sprechen soll, ist nicht ersichtlich. Nicht ganz richtig ist der Vortrag der Revision, die etwa 30jährige Tradition der Klägerin im "W[REDACTED] H[REDACTED]" bis zur Eröffnung der neuen Gaststätte wäre zehn Jahre unterbrochen gewesen. Es waren bis zu diesem Zeitpunkt nur 8 1/2 Jahre; denn bis zur Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]" (13. Juni 1943) sind in diesem nach dem eigenen Vortrag der Beklagten noch H[REDACTED]Biere ausgeschenkt und ist auch noch für die Biere der Klägerin an der Außenseite des Gebäudes, wie im einzelnen im angefochtenen Urteil auf Seite 20 unten, Seite 21 oben dargelegt ist, Reklame gemacht worden. Richtig ist, daß im Schriftsatz der Beklagten vom 22. April 1953 S 13 (- B1 102 GA) Ausführungen darüber enthalten sind, daß infolge der langjährigen Unterbrechung von einem Prestige- oder Reklameverlust der Klägerin keine Rede sein könne, weil sich niemand mehr daran erinnere, daß es auch einmal

einen "W[REDACTED] H[REDACTED]" und in ihm H[REDACTED] gegeben habe. Daraus, daß das Berufungsgericht auf diese Ausführungen, die weder unter Beweis gestellt, noch überhaupt schlüssig sind, nicht näher eingegangen ist, kann man unmöglich die gerügte Verletzung des § 286 ZPO herleiten.

d) Daß es im Jahre 1943 und erst recht nach dem Zusammenbruch völlig ungewiß war, ob und in welchem Zeitpunkt eine Wiederherstellung des zerstörten Gebäudes und die Aufnahme eines Gaststättenbetriebes darin möglich werden würde, ist vom Berufungsgericht ebensowenig übersehen, wie die schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten infolge ihrer außerordentlichen Kriegsschäden. Davon, daß an diesen Verlusten der Beklagten der Wiederaufbau der D[REDACTED] Grundstücke aus ihren eigenen Mitteln gescheitert ist, ist das Berufungsgericht ausdrücklich ausgegangen (S 16 unten). Wenn es weder daraus noch aus dem Rückgang des Bierumsatzes - in diesem Zusammenhang unterstellt, er sei auf die Verringerung des Gaststättenraums und den Wegfall des Hotelbetriebes zurückzuführen - weder einen Fortfall der Geschäftsgrundlage in dem Sinn, daß die Beklagte ganz von ihrer Leistung befreit werde, noch eine dauernde Unmöglichkeit der Leistung durch die Beklagte entnommen hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Was das Berufungsgericht dazu ausführt, ist im wesentlichen eine Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse, die einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur beschränkt zugänglich ist. Nach seinen Ausführungen geht es davon aus, daß für die Klägerin weniger der Barkaufpreis von rund 780 000 RM eine entscheidende Rolle gespielt hat, als gerade die Übernahme der Bierabnahme-, Ausschank- und Reklameverpflichtung durch die Beklagte, über die besonders eingehend verhandelt ist und die auch eine ganz umfassende Regelung im § 3 des Vertrages ge-

funden hat. Wenn das Berufungsgericht dieser Bestimmung entnommen hat, daß es der Klägerin auf eine den alten "W[REDACTED] H[REDACTED]" überdauernde, sozusagen dem Grundstück anhaftende Gewährleistungspflicht ankam und daß dies Vertragsinhalt geworden ist, so ist das mit Rechtsgründen nicht angreifbar. Es handelt sich um die Auslegung eines Individualvertrages, die jedenfalls nicht unmöglich ist.

Bei dieser Sachlage kann auch nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht trotz völliger Zerstörung der Grundstücke und trotz der Tatsache, daß die Beklagte nur noch eine gemietete Gaststätte auf dem verkauften Grundstück durch Unterpächter betreibt, nicht zu dem von der Beklagten gewünschten rechtlichen Ergebnis der Befreiung von ihrer Gewährleistungspflicht gekommen ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Fortbestehen der Verpflichtungen der Beklagten allein der Vertragsklausel des § 3 in Verbindung damit, daß ein Wiederaufbau einer Gaststätte ohne eigenen Aufwand der Beklagten (bis auf die Einrichtungskosten) erfolgt ist, entnommen werden könnte. Auf jeden Fall ist es nicht rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch die Tatsache verwertet hat, daß die Beklagte bei dem Verkauf an die V[REDACTED], der ihr durch den gleichzeitig abgeschlossenen Mietvertrag im Ergebnis eine Gaststätte für volle 50 Jahre sicherte, einen Kaufpreis von 1 200 000 DM in bar erzielt hat, den sie zunächst einmal für ihren Betrieb verwenden konnte. Dieser Preis umfaßte zwar beide Grundstücke, den früheren "W[REDACTED] H[REDACTED]" der Klägerin und auch den früheren "Z[REDACTED] H[REDACTED]" der Beklagten, auch war der frühere Grundbesitz der Klägerin nur 1 163 qm groß, während der frühere Grundbesitz der Beklagten eine Gesamtgröße von 1 363 qm aufwies. Das Berufungsgericht hat aber ersichtlich den früheren "W[REDACTED] H[REDACTED]" als das Eckgrundstück mit den

größeren Straßenfronten als mindestens gleichwertig angesehen. Ebensovienig ist es rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht verwertet hat, daß die Beklagte auf jeden Fall auch bei Nichtzerstörung ihrer Häuser auf den "W[REDACTED] H[REDACTED]" oder auf einen etwa zu errichtenden Neubau ganz erhebliche Aufwendungen ohne Beteiligung der Klägerin hätte machen müssen.

e) Daß das Berufungsgericht sich nicht im Rahmen der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs über den Fortfall der Geschäftsgrundlage und die dauernde Unmöglichkeit gehalten hätte, wie die Revision meint, ist ebenfalls nicht richtig. Es ist anerkannt, daß wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage der Schuldner nur frei wird, wenn ihm die Erfüllung nicht mehr zuzumuten ist, wenn ein Festhalten am Verträge gegen Treu und Glauben verstößt (RGZ 158, 160 [175, 176]; 160, 257 [265 ff]; BGHZ 2, 176 [188, 189] = NJW 1951, 602), d.h. den Grundsätzen der Gerechtigkeit größtlich widerspricht (BGH Urteil vom 3. Oktober 1952 - I ZR 8/52, Lindmühr, abgedruckt Nr 2 zu § 284 BGB = Nr 9 zu § 242 Bb). Soweit das Berufungsgericht auf § 446 BGB verweist, handelt es sich um eine die Entscheidung nicht tragende Hilfserswägung.

Es hat auch nach dem Gesamtinhalt seiner Gründe die frühere sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit verneinen wollen (RGZ 57, 116 [118/119]; 98, 20; 102, 98 [101/102]), ein rechtlicher Gesichtspunkt, der mit dem von dem Wegfall der Geschäftsgrundlage eine gewisse Verwandtschaft aufweist, aber auch nur zu einer Befreiung der Beklagten führen würde, wenn ihr die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit nicht mehr zugemutet werden könnte (BGH Urteil vom 15. Dezember 1955, II ZR 130/54, Wertpapiermitteilungen 1956, 353 [355]). Ebensovienig ist es rechtlich zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht nicht angenommen hat, daß die vorübergehende Unmög-

lichkeit trotz einer Dauer von 8 1/2 Jahren hier zu einer dauernden im Rechtssinn geworden ist. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist zwar dann einer dauernden gleichzustellen, wenn sie die Erreichung des Geschäftszweckes in Frage stellt oder wenn einer der Parteien die Einhaltung des Vertrages bis zum Wegfall der Unmöglichkeit nicht zumutbar ist (RGZ 146, 60 [66]; OGH, NJW 1949, 821; OGHZ 3, 393 [396 ff]; BGH Urteil vom 19. Dezember 1950, I ZR 7/50 = MDR 1951, 153 [154]; LindMöhr § 275 Nr 3; Urteil vom 27. Mai 1953, VI ZR 330/52 und LindMöhr § 275 Nr 7, Urteil vom 9. Juli 1955, VI ZR 108/54). Einen solchen Fall hat das Berufungsgericht hier ohne Rechtsirrtum verneint.

2. Auch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine Verwirkung der Ansprüche der Klägerin verneint, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, wenn es ausführt, es wäre in erster Linie Sache der Beklagten gewesen, die eine so weitgehende Gewährleistungspflicht übernommen hatte, eine Klärung mit der Klägerin herbeizuführen.

Es ist auch der von der Revision in diesem Zusammenhang gerügte Verstoß gegen § 286 ZPO nicht festzustellen. Nach den von der Revision angezogenen Schriftsätzen der Beklagten vom 12. November 1953 S 20 (Bl 216 GA) und der Klägerin vom 30. März 1953 S 13 (Bl 75 GA) war zwar unstreitig, daß bei einer Besprechung der Direktoren E [REDACTED] (der Klägerin) und Dr. T [REDACTED] (der Beklagten) am 18. Mai 1949 der Wiederaufbau zerstörter Brauereien (nicht Gastwirtschaften) erörtert ist. Die Beklagte hatte auch vorgetragen, sie wäre überzeugt davon, daß die Klägerin über die Entwicklung unterrichtet gewesen sei, und beantragt, den Direktor E [REDACTED] im Wege der Parteivernehmung darüber zu hören, daß er von dem Verkauf der Grundstücke an die V [REDACTED]-Versi-

cherung und von der Errichtung des V[REDACTED]hauses und der Vermietung des Erdgeschosses an die Beklagte für einen Gaststättenbetrieb schon vor Errichtung des Gebäudes, jedenfalls aber während des Baues und vor der Einrichtung der Gaststätte im Erdgeschoß, Kenntnis erhalten habe. Es war aber kein Verstoß gegen § 286 ZPO, wenn das Berufungsgericht weder auf die Besprechung vom 18. Mai 1949 noch auf den erwähnten Beweisantrag, der sich übrigens schon rein äußerlich als reiner Ausforschungsbeweisantrag darstellt, eingegangen ist.

O.

I. 1. Nachdem das Berufungsgericht - und zwar, wie zu B II dargelegt, mit Recht - zu dem Ergebnis gekommen ist, daß die der Beklagten der Klägerin gegenüber obliegenden Vertragsverpflichtungen an dem neuen "Z[REDACTED] Hof" weiter bestehen und jedenfalls nicht in vollem Umfang entfallen sind, prüft es, für welche Zeit und in welchem Umfang die Beklagte H[REDACTED]-Biere abzunehmen und inwieweit sie Reklame der Klägerin zuzulassen hat:

a) Zu seiner insoweit vom Landgericht abweichenden Auffassung, daß die Verpflichtung der Beklagten aus § 3 des Vertrages nicht nur noch 8 Jahre 4 Monate und 10 Tage, sondern noch für 15 Jahre 9 Monate bestehe, kommt es, weil es anders als das Landgericht die Zeit zwischen der Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]" und der Neueröffnung des "Z[REDACTED] H[REDACTED]" auf die vorgesehene Vertragszeit nicht voll, sondern nur mit einem Jahre anrechnet.

Es führt dazu aus, eine ausdrückliche, den vorliegenden Fall erfassende Regelung sei im Vertrage nicht getroffen worden. Der Wille der Parteien müsse deshalb durch Aus-

legung ermittelt werden. Das Schreiben der Klägerin vom 27. Mai 1952 könne nicht so verstanden werden, als habe sie seinerzeit selbst den Standpunkt vertreten, die Zeit zwischen Zerstörung des "W[REDACTED] H[REDACTED]" und der Neueröffnung der neuen Gaststätte sei auf die Vertragszeit voll anzurechnen. Es handele sich offensichtlich nur um eine vorläufige Stellungnahme und es verstieße gegen Treu und Glauben, die Klägerin daran festzuhalten. Wenn man die geplante Korrespondenz unbefangen würdige, so ergebe sich, daß darin nicht die Frage diskutiert worden sei, wie der Vertrag bestehe, sondern ob er bestehe. Andererseits könne auch nicht der Ansicht der Klägerin gefolgt werden, Grundsatz des § 3 sei eine entsprechende Vertragsverlängerung bei Hemmnissen gleich welcher Art mit der einzigen Ausnahme von Renovationen, Um- oder Neubauten bis zu einem Jahre. Dagegen spreche der Wortlaut. Schließlich könne auch die Meinung der Beklagten nicht zutreffen, es komme darauf an, von wessen Willen die Vertragshemmnisse abhängig seien. Wäre das richtig, dann müßten Transportschwierigkeiten den Vertrag verlängern; denn die Bierlieferung sei zwar Sache der Klägerin, kriegsbedingte Hemmnisse dabei hingen aber nicht von ihrem Willen ab.

Entscheidend könne deshalb nur sein, und zwar ohne Rücksicht auf das Vertretenmüssen von Störungen im ordnungsgemäßen Vertragsablauf, in wessen Sphäre das Hemmnis auftrete. Liege es in der der Klägerin, so verlängere sich die Vertragsdauer nicht, wie zum Beispiel bei Transporthindernissen. Liege es dagegen in der der Beklagten, so trete eine entsprechende Verlängerung ein, z.B. bei baulichen Veränderungen, und hier liege die einzige Ausnahme von der Regel vor: Beim Bau bis zu einem Jahr Zeitdauer finde eine Verlängerung nicht statt. Auf den vorliegenden Fall angewandt, bedeute das, die Zerstörung der Gaststätte liege in der

Sphäre der Beklagten. An sich würde eine volle Verlängerung der Vertragsdauer eintreten um die gesamte Dauer des Vertragshindernisses. Da jedoch gleichzeitig auch der Ausnahmefall eines Neubaus vorliege, könne bis zu einem Jahr, hier ein volles Jahr, abgezogen werden. Hieraus folge, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihren Vertragspflichten für weitere 15 Jahre 9 Monate nachzukommen.

b) Zu der abzunehmenden Biermenge führt das Berufungsgericht aus:

Der Bierumsatz in dem Vertragsobjekt sei, wie aus den Angaben der Beklagten und den von ihr überreichten Unterlagen zu ersehen sei, gegenüber den Jahren zu Beginn des Krieges in erheblichem Umfange zurückgegangen. Ob der Grund hierfür allein in der Änderung der Geschmacksrichtung beim Verbraucher - wie die Beklagte behaupte - oder darin zu suchen sei, daß der Ausschank heute nicht mehr in einem gutbürgerlichen Bierlokal, sondern in einer exklusiven Luxusgaststätte, in der naturgemäß auch andere Getränke gefragt seien, erfolge - wie die Klägerin behaupte -, könne dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall sei der rückläufige Bierverbrauch nicht auf ein Verhalten der Beklagten zurückzuführen, welches vermeidbar gewesen sei. Auch die Charakteränderung des Lokals beruhe nicht auf einem willkürlichen Verhalten der Beklagten. Vielmehr sei diese bezüglich der Art der Inneneinrichtung des neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" nicht frei in ihren Entschlüssen gewesen, sondern von dem Willen ihrer Vertragspartnerin, der V[REDACTED], abhängig. Nach dem zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag sei der "Z[REDACTED] H[REDACTED]" als würdiges Bierrestaurant einzurichten gewesen, er habe sich der Würde des Hauses anzupassen gehabt. In Anbetracht des gediegenen und prunkvollen V[REDACTED]hauses könne kaum zweifelhaft sein, daß bei der Innenausstattung des "Z[REDACTED]"

██████ H██████s" nicht über das erforderliche und angemessene Maß hinausgegangen worden sei. Sollte der Rückgang im Bierumsatz deshalb auf einer Milieuhänderung beruhen, so könne dies der Beklagten nicht entgegengehalten werden. Das Verhältnis zwischen dem Verbrauch von H██████- und D██████-U██████-Beer habe in den ersten Kriegsjahren in den Gaststätten "W██████ H██████" und "Z██████ H██████" zusammen etwa 1/4 zu 3/4 betragen. Bei einem Ausschank von jährlich 360 hl H██████-Beer würde sich das dahin auswirken, daß der Anteil von D██████ U██████ Beer weniger als die Hälfte des Gesamtumsatzes ausmachen würde. Dies erscheine für die Beklagte, deren Beer früher führend gewesen sei, nicht zumutbar. Es sei also eine Erschütterung der Geschäftsgrundlage eingetreten, die zwar nicht, wie bereits festgestellt, zu einem vollkommenen Fortfall der Vertragspflichten der Beklagten, wohl aber zu einer Anpassung an die veränderten Umstände führen müsse. Diese bestehe darin, daß die Klägerin, ebenso wie früher, auch für die Zukunft nur eine Beteiligung von ca. 1 : 3 am Bierumsatz verlangen könne. Da nach der Eröffnung des "Z██████ H██████s" in den Jahren 1952/53 jährlich durchschnittlich 725 hl Beer aus-
geschenkt worden seien, ermäßige sich die Beerabnahmepflicht der Beklagten auf jährlich 200 hl.

c) Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Rückgang des Bierumsatzes auf die Pflicht der Beklagten zur Reklamezulassung für die Klägerin keinen Einfluß. Nach der Fassung des § 3 Abs 3 des Vertrages sei zwar die Beklagte, so führt es aus, nur zur Duldung von Reklame entsprechend den beiderseits vorzunehmenden Beerlieferungen verpflichtet, was etwa ein Übergewicht der Beklagten und ein Zurücktreten der Klägerin erfordere. Wie das Vorstandsmitglied der Klägerin dem Berufungsgericht unwidersprochen geschildert habe, wären aber nach dem Verkauf von 1940

an dem Eckeingang die Reklametafeln der Parteien rechts und links vom Eingang nebeneinander angebracht worden. Außerdem habe die Beklagte eine der Aufschriften über dem Erdgeschoß der Klägerin überlassen, so daß auch insoweit ein Nebeneinander bestanden habe. Unter den heutigen Verhältnissen könne eine vernünftige und beiden Parteien gerecht werdende Lösung nur bei Anpassung an die tatsächlichen Gegebenheiten erzielt werden. In der Bahnstraße sei jede Reklame unmöglich, da dort die repräsentative Front der Viktoria liege. Da an der nach der K[REDACTED]allee gelegenen Außenfront des neuen "Z[REDACTED]H[REDACTED]" zu beiden Seiten sich je eine Leuchtreklame der Beklagten befinde, sei eine angemessene Außenreklame nur in der Weise möglich, daß die Leuchtreklame der Beklagten oberhalb des Erdgeschosses an einer Seite entfernt und durch eine entsprechende Leuchtreklame der Klägerin ersetzt werde.

2. Zur Widerklage führt das Berufungsgericht aus:

Diese sei nicht begründet. Es könne, wie bereits erörtert, von einer so weitgehenden Erschütterung der Geschäftsgrundlage nicht die Rede sein, daß es der Beklagten nicht zugemutet werden könne, die Kosten für die Neueinrichtung des "Zweibrücker Hofes" allein zu tragen. Hätte sie ihren schon bei Vertragsschluß bestehenden Plan eines Neubaus unter eigener Regie verwirklicht, so wären ihr ohne Zweifel höhere Kosten entstanden, die sie auch nicht teilweise auf die Klägerin hätte abwälzen können.

II. Die Revision der Beklagten rügt, das Berufungsgericht habe sowohl die Zeitdauer (C I 1 a) als auch die Anpassung an den Wegfall der Geschäftsgrundlage unzutreffend beurteilt, letzteren insbesondere insofern, als es eine Heranziehung der Klägerin zur Beteiligung an den Kosten des Wiederaufbaues (auf die Widerklage) abgelehnt habe (C I 2).

Die Revision der Klägerin wendet sich gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit dieses den Umfang der Abnahmeverpflichtung auf nur noch 200 hl jährlich herabgesetzt hat (C I 1 b).

Nicht ausdrücklich angegriffen sind die Ausführungen des Berufungsgerichts über den Umfang der Zulassung einer Reklame der Klägerin (C I 1 c). Diese Ausführungen, die sich im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet bewegen, lassen einen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten nicht erkennen. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist eine andere als die im Urteilsausspruch der Beklagten auferlegte Reklamezulassungspflicht nicht möglich.

1. Zur Revision der Beklagten.

a) Vertragsdauer.

Soweit das Berufungsgericht im Wege der (ergänzenden) Auslegung des § 3 des Vertrages zu dem Ergebnis gekommen ist, daß für die Vertragsdauer beim Eintritt eines Hindernisses entscheidend sei, in wessen Sphäre das Hemmnis liege, handelt es sich um die Auslegung eines Individualvertrages, so daß eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur beschränkt möglich ist. Die Revision rügt zwar Verletzung der §§ 157 BGB, 346 HGB, greift aber im Ergebnis die tatsächlichen Feststellungen und die Tatsachenwürdigung des Berufungsgerichts an. Die dem Verträge von diesem gegebene Auslegung ist jedenfalls nicht unmöglich und für das Revisionsgericht bindend; denn es ist nicht erkennbar, daß das Berufungsgericht insoweit Auslegungsgrundsätze verletzt oder wesentliches Parteivorbringen übersehen hat. Allerdings rügt die Beklagte insoweit auch Verletzung von §§ 139 und 286 ZPO, jedoch zu Unrecht.

So steht die Behauptung der Revision der Beklagten, die vor der Zerstörung bestehenden Beförderungsverbote hätten schon vor 1943 die vertragsmäßige Erfüllung der Ausschankverpflichtung vereitelt, mit den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht im Einklang und auch, wie an anderer Stelle bereits ausgeführt ist (oben B II 1 a), mit dem eigenen Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen in Widerspruch. Der gerügte Verstoß gegen § 139 ZPO ist daher auch in diesem Zusammenhang nicht festzustellen.

Es liegt auch keinerlei Anhalt dafür vor, daß das Berufungsgericht die weitere Verbindung der Klägerin mit dem Gaststättengrundstück durch die Ausschankverpflichtung übersehen hätte. Daß ihre Erfüllung an das weitere Bestehen der Gaststätte, und zwar einer solchen auf dem verkauften Grundbesitz geknüpft war, ergibt eindeutig der Vertrag, eber auch die Tatsache, daß sich die Klägerin auf einen Vorschlag der Beklagten während der Vorverhandlungen (Schreiben vom 28. Dezember 1939 in Abschrift Bl 79 ff GA) nicht eingelassen hat. Dieser sah die Möglichkeit vor, daß die Beklagte die abzunehmenden 360 hl nach ihrer Wahl auch in anderen von ihr zu beliefernden Gaststätten absetzen durfte und daß ihr die Möglichkeit offenstand, die Vertragsdauer abzukürzen. Dies alles dürfte im übrigen mehr für die Klägerin sprechen, deren Willen es zeigen dürfte, auf jeden Fall mit der "Ausschankstelle" - auch in späteren "Abwandlungen" - verbunden zu bleiben, als für die Beklagte, die von ihren Verpflichtungen freikommen möchte. Man kann auch nicht sagen, daß es (Schriftsatz der Beklagten vom 30. Mai 1953 S 3 = Bl 126 GA, auf den sich die Revision der Beklagten beruft) ein Risiko der Klägerin gewesen wäre, daß sie "bewußt und gewollt" 20 Jahre mit dem Schicksal des "W[REDACTED] H[REDACTED]" und

des darin betriebenen Geschäftes verbunden bleiben wollte". Es war vielmehr umgekehrt, wovon das Berufungsgericht auch ausgeht, das Risiko der Beklagten, wenn sie sich für eine so lange Zeit mit ihrer Bierabnahme-, Bierausschank- und Reklameverpflichtung im Ergebnis an ein bestimmtes Grundstück band, ein Risiko, das sie (zu vgl. das oben erwähnte Schreiben vom 28. Dezember 1939) hatte vermeiden oder vermindern wollen, auf das sie sich aber schließlich doch eingelassen hat.

Nicht entscheidend kommt es auch darauf an, wie sich die Klägerin gestanden hätte, wenn sie ihren Grundbesitz nicht verkauft hätte (Schriftsatz der Beklagten vom 22. April 1953 = B1 92 GA), so daß es auch nicht gegen § 286 ZPO verstößt, wenn das Berufungsgericht zu diesem Vortrag der Beklagten nicht im einzelnen Stellung genommen hat.

Auch der Vortrag der Beklagten, weil Kriegseinwirkungen nach ausdrücklicher Abrede, soweit Transporthindernisse in Frage kämen, nach dem Vertrage zu Lasten der Klägerin gingen, hätte das Berufungsgericht prüfen müssen, ob bei einem während des Krieges geschlossenen Vertrage darin nicht eine grundsätzliche Einstellung der Parteien dafür zum Ausdruck gekommen sei, daß keine von ihnen der anderen für Kriegseinwirkungen eintreten sollte, greift im Ergebnis nur die Auslegung des Berufungsgerichts an. Dabei ist gleichgültig, ob dieses den Vertrag im Sinne der Beklagten hätte auslegen können. Es hat ihn ohne Rechtsirrtum anders ausgelegt.

Davon, daß die Beklagte nicht verpflichtet war, weil ihr die Mittel fehlten, ihre Gaststätte selbst wieder herzustellen, ist das Berufungsgericht ausgegangen, aber, wie

Daß die Beklagte für die Einrichtung des neuen "Zweibrücker Hofes" etwa 700 000 DM hat aufwenden müssen, hat das Berufungsgericht berücksichtigt. Es ist mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn es diese als durch ersparte Miete im ersten Jahr und Einnahmen an Unterpacht bereits als zum Teil abgedeckt angesehen hat (§ 17). Die Beklagte hatte jedenfalls - den Unterpachtvertrag in seinem vollen Wortlaut vorzulegen, hat sie nicht gewünscht - nicht behauptet, daß auch die Unterpächter im ersten Jahre keine Pacht haben zahlen müssen. Dann hat sie aber bei einem Umsatz des Unterpächters im ersten Jahre von rund 1 700 000 DM, gerechnet nach ihrer eigenen Pacht, schon fast 150 000 DM und, wenn die Unterpächter auch im ersten Jahr 2 % mehr an Pacht haben zahlen müssen, von den Aufwendungen noch mehr wieder hereinbekommen. Ebensowenig ist es rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht den Vorteil, den die Beklagte dadurch erzielt hat, daß ihr die V [REDACTED] nach Kaufabschluß erst einmal 1 200 000 DM hat bar auszahlen müssen, im Ergebnis zugunsten der Klägerin gewertet hat.

Es trifft auch die Auffassung der Revision der Beklagten nicht zu, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob es infolge der durch die Kriegsereignisse und ihrer Wirkungen herbeigeführten Änderungen bei Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht, bei Anpassung des Vertrages an die neue Sachlage die Klägerin zu einer Kostenbeteiligung heranzuziehen. Daß sie nicht herangezogen werden kann, ist vielmehr Sinn seiner gesamten mit Recht auf § 242 BGB abgestellten Ausführungen, ohne daß diese einen Rechtsirrtum erkennen lassen. Richtig ist, daß sonst keine Brauerei die Schaffung einer Ausschankgaststätte ohne eine Kostenbeteiligung erwarten kann. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Freistellung der Klägerin einem Geschenk für sie gleich käme; denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat-

te die Klägerin ihre Leistung voll erbracht. Daß die Klägerin die Bierausschank- und Reklameverpflichtung in ihrem Schriftsatz vom 30. April 1953 (S 18 = Bl 115 R GA) als ausschlaggebenden Kaufpreisteil bezeichnet hat, worauf die Revision der Beklagten hinweist, läßt sich ebensowenig in diesem Zusammenhang zugunsten der Beklagten verwerten, wie dafür von Bedeutung ist, welchen Geldanspruch ihr Wegfall bei Unmöglichkeit der Leistung auslösen und nach welchem Zeitpunkt er zu berechnen wäre, sowie welcher Umstellung er unterläge.

Soweit sich die Beklagte zum Nachweis dafür, daß ihr eigener Aufwand "jeden denkbaren Betrag" bei weitem übersteige, auf ihre Berechnung im Schriftsatz vom 12. November 1953 S 18 (Bl 214 GA) bezogen hat, hat das Berufungsgericht allerdings dazu keine Stellung genommen. Das war aber auch nicht erforderlich. Die Beklagte hat in diesem Schriftsatz den - von ihr übrigens bestrittenen - von der Klägerin im ersten Rechtszuge berechneten "Reklamewert" von 40 DM je hl H [REDACTED], die im neuen "Z [REDACTED] H [REDACTED]" ausgeschenkt werden, zugrunde gelegt, und ist - unter der Annahme eines Ausschankes von 360 hl - bei achtjähriger Dauer zu einem Betrage von 115 200 DM ($360 \times 40 \times 8$) und bei einem zwanzigjährigen Bierlieferungsrecht zu einem Betrage von 288 000 DM gekommen, die von ihr als Wertzuwachs (gemeint wohl für die Klägerin) bezeichnet werden. Damit ist aber keinesfalls gesagt, daß dem ein entsprechender Aufwand der Beklagten gegenübersteht. Die Widerklage ist daher vom Berufungsgericht mit Recht als unbegründet abgewiesen.

2. Zur Revision der Klägerin.

Diese Revision erhebt keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Anpassung des Vertrages wegen des Bierumsatzes

durch einen Vergleich mit den früheren und den heutigen Umsätzen. Sie weist aber mit Recht darauf hin, daß die Beklagte bei Fortbestehen ihres Vertrages mit der Klägerin, wovon in diesem Zusammenhang auszugehen ist, den Vertrag im Rahmen des Zumutbaren und Möglichen einhalten mußte und sich die Einhaltung durch ihre Dispositionen nicht selbst unmöglich machen durfte. Nun hat allerdings das Berufungsgericht (S 19 unten) festgestellt, auf jeden Fall sei der rückläufige Bierverbrauch nicht auf ein Verhalten der Beklagten zurückzuführen, welches vermeidbar gewesen wäre, sowie, daß auch die Charakteränderung des Lokals (früher Bierlokale, jetzt Luxusgaststätte), nicht auf einem willkürlichen Verhalten der Beklagten beruhe; denn sie wäre bezüglich der Art der Inneneinrichtung des neuen "Z██████████ H██████" nicht frei in ihrer Entschließung gewesen. Mit Recht rügt aber die Klägerin, daß diese Feststellungen auf einer mit dem Wortlaut der Verträge der Beklagten mit der V██████████ und mit ihren Unterpächtern nicht zu vereinbarenden Auslegung beruhen und daß auch wesentliches tatsächliches Vorbringen der Klägerin und Beweisanträge dazu nicht beachtet sind (Verletzung von § 286 ZPO).

Die Revision weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, daß der Wortlaut der Verträge dagegen spricht, daß die Errichtung einer "exklusiven Luxusgaststätte" im Sinne der Verträge war. Im Vorspruch des Mietvertrages ist nur von einem "Wirtschaftsbetrieb" im Erdgeschoß und von einem sich dem Rahmen des "Restaurants" im Erdgeschoß anpassenden "Schanklokal" im Keller, das allerdings später nicht eingerichtet worden ist, die Rede. Die hier gebrauchten Ausdrücke sind, wie die Revision mit Recht hervorhebt, völlig neutral. Nach § 2 des Vertrages war die V██████████ nur verpflichtet, außer dem Schanklokal im Keller im Erd-

geschoß ein "würdiges Bierlokal" auszubauen, wobei "Sonderwünsche" wie z.B. Täfelung, indirekte Beleuchtung und dergl. zu Lasten der Beklagten gingen, danach nicht von der V[] gefordert sein können. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht auch unter "würdigem Bierlokal" nicht eine "Luxusgaststätte". Daß man in D[] an der K[]-allee darunter etwas anderes verstehen muß, ergeben die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht. Es spricht zwar davon, daß sich das Bierlokal der Würde des Hauses anzupassen habe. Nach dem Vertrage bezieht sich diese Bestimmung nur auf die Außenreklame des Restaurants. Nun bringt zwar das Berufungsgericht den Begriff "würdiges Bierrestaurant" in Zusammenhang mit dem "gediegenen" und "prunkvollen" Viktoriahaus. Ein gediegenes und würdiges Bierlokal ist aber noch keineswegs ein Luxusrestaurant. Daß sie sonst verpflichtet worden wäre - durch den Mietvertrag ist sie es nicht -, anstelle eines Bierrestaurants ausdrücklich ein Luxusrestaurant einzurichten, hatte die Beklagte selbst nicht vorgetragen. Auch im Unterpachtvertrag ist nur von einem würdigen Bier- und Speiserestaurant die Rede. Andererseits hat die Klägerin (S 5 der Klagschrift = Bl 3 d.A.) ausdrücklich dafür Beweis angetreten, daß die Viktoriaversicherung nichts gegen den Ausschank von H[] und gegen H[]reklame einzuwenden hatte, daß in D[] und Umgebung nach der Währungsreform die Vorkriegsumsatzziffern in den Bierlokalen wieder erreicht sind (Schriftsatz vom 7. Januar 1953 S 9, 10 = Bl 40, 40 R d.A. mit Bezugnahme auf Sachverständigengutachten), daß sich auch die architektonische Außen- und Innengestaltung eines gut bürgerlichen, würdigen Bierlokals der "Würde des Hauses" und der Gegend hätte anpassen lassen können (Schriftsatz vom 30. April 1953 S 7 = Bl 110 GA und Schriftsatz vom 9. Juni 1953 S 9 = Bl 138, 138 R mit Bezugnahme auf Gutachten eines sachverständigen Architekten), sowie schließlich, daß der Rückgang des Bierumsatzes allein

oder doch überwiegend auf die Einrichtung einer Luxusgaststätte statt eines würdigen Bierrestaurantes zurückzuführen wäre (Schriftsatz vom 30. März 1953 S 1, 2 - Bl 69, 69 R GA mit Sachverständigenbeweisangebot).

Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, daß die Charakteränderung des Bierlokals von der Beklagten im Verhältnis zur Klägerin nicht zu vertreten war, und dahingestellt lassen, ob auf dieser Charakterveränderung oder worauf sonst der Bierumsatzrückgang zurückzuführen war. Sollte sich bei der erforderlichen erneuten Nachprüfung ergeben, daß die Charakteränderung des Lokals wirklich auf den freien Willensentschluß der Beklagten zurückzuführen ist und daß bei einer anderen zumutbaren würdigen Ausgestaltung die früheren Umsätze ganz oder doch annähernd zu erzielen waren, dann würde sich die Beklagte nicht auf den Umsatzrückgang berufen können und wäre gehalten, falls sich nicht sonst noch im Rahmen des § 242 BGB zu berücksichtigende Umstände ergeben, die dagegen sprechen, die frühere Bierabnahme von 360 hl weiterhin voll zu gewährleisten. Bei der Würdigung aller Umstände könnte dabei von Bedeutung sein, inwieweit etwa der Umsatzrückgang auf die Verminderung des reinen Restauranttraumes und den Wegfall der Hotelgäste zurückzuführen ist und ob diese einen Umsatz möglicherweise benachteiligenden Umstände in etwa dadurch ausgeglichen sind, daß die V[REDACTED] an anderer Stelle des Grundstücks (in einer Kantine?) Bier ausschenkt, das sie nach § 5 ihres Vertrages von der Beklagten beziehen muß, und daß Tagesbesucher des V[REDACTED]hauses zur Hebung des Bierumsatzes im neuen "Z[REDACTED] H[REDACTED]" beitragen. Schließlich möchte der Beklagten auch dann nicht zuzumuten gewesen sein, nur, um den früheren Bierumsatz zu halten, ein "würdiges Bierrestaurant" einzurichten, wenn dabei die Gefahr bestand,

daß sie die Mindestmiete von 48 000 DM jährlich nicht herauswirtschaften und auch ihre Einrichtungskosten, die dann wahrscheinlich allerdings erheblich geringer gewesen wären, nicht angemessen amortisiert und verzinst bekommen konnte. Auch das wird das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung zu prüfen haben.

Da die Ausführungen des Berufungsgerichts andererseits kein Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten erkennen lassen, soweit es zu dem Ergebnis gekommen ist, daß dieser eine Abnahme von 200 hl unter Berücksichtigung aller Umstände auf jeden Fall zuzumuten ist, mußte die Verurteilung insoweit aufrecht erhalten bleiben.

Nach allem ist die Revision der Beklagten unbegründet und die Revision der Klägerin nur wegen der Herabsetzung der abzunehmenden Biermenge (vgl C II 2) begründet.

Die Revision der Beklagten war danach in vollem Umfange zurückzuweisen.

Auf die Revision der Klägerin war - unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels (Begehren der Verurteilung zur sofortigen Kündigung zu vgl A II 2) - das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit die Bierabnahme- und Bierausschankverpflichtung auf nur 200 Hektoliter jährlich festgesetzt und soweit über die Kosten entschieden ist.

In diesem Umfange war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht, dem

auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen war, zurückzuverweisen.

Schuster

Dr. Oechsler

Dr. Großmann

Dr. Dorschel

Rothe