
Datum: 28.05.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 W 103/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:0528.I15W103.03.00

Tenor:

I.

Die Berufung der Beklagten gegen das am 2. Mai 2003 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kleve wird zurückgewiesen.

II.

Auf die Anschlussberufung des Klägers wird das am 2. Mai 2003 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kleve teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. O. vom 10. Juli 2000, UR-Nr. 000/2000 wird wegen eines Betrags in Höhe von 75.911,66 € für unzulässig und wegen des restlichen Betrags in Höhe von 26.346,72 € für derzeit unzulässig erklärt;

2.

Die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. O. vom 10. Juli 2000, UR-Nr. 000/2000 wird wegen eines Betrags in Höhe von 95.252,04 € für unzulässig und wegen des restlichen Betrags in Höhe von 109.264,71 € für derzeit unzulässig erklärt.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger zu 5 % und die Beklagte zu 95 % zu tragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe :

	1
I.	2
Die Klägerin begehrt die Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung aus zwei notariell beurkundeten Schuldanerkenntniserklärungen - Urkundennummer 000 und 0001 der Urkundenrolle für 2000 vom 10.07.2000 des Notars Dr. O. über 200.000,- DM und 400.000,- DM, in denen sich der Kläger jeweils der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. (GA Bl. 13, 14 ; GA Bl. 70 des Sonderbandes I). Diese Schuldanerkenntniserklärungen wurden im Zusammenhang mit mehreren zwischen den Parteien am 26.06.2000 geschlossenen Verträgen abgegeben, in denen jeweils Getränkebezugspflichten des Klägers und die Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Darlehen bzw. zur Übernahme einer Bürgschaft begründet wurden. Die Schuldanerkenntniserklärungen dienten der Absicherung des Rückzahlungsanspruchs aus den beiden Darlehensverträgen. Im einzelnen kamen folgende Verträge zwischen den Parteien zustande:	3
1. <u>"Darlehens- und Getränkelieferungsvertrag"</u> (GA Bl. 15 ff.), in dem folgende Vereinbarungen enthalten sind:	4
"1. Darlehen	5
1.1 Betrag/Leistung der C.	6
Neben der von C. durch gesonderten Vertrag übernommenen Ausfallbürgschaft für Pachtzinsverbindlichkeiten bis zu einer Höhe von DM 200.000,00 hat C. dem VP (= Vertragspartner = der Kläger) einen Betrag in Höhe von DM 200.000,00 als Darlehen zugesagt. ...	7
1.2 Zweck	8
Der VP verpflichtet sich, den Darlehensbetrag zu verwenden für die gastronomischen Betriebe der A.-Betriebs GmbH ...	9
1.4 Tilgung	10
Die Tilgung des Darlehens erfolgt durch interne Gutschrift eines Betrages von DM 10,00 je 11 bei der C. GmbH bezogenem und bezahltem Hektoliter Fassbier.	

Zusätzliche Sondertilgungen sind gestattet, berühren jedoch die nachstehend geregelte Getränkebezugsverpflichtung nicht.	12
Wird das Darlehen nicht oder nicht vertragsgemäß getilgt, so verlängert sich das der C. eingeräumte Lieferrecht um die Zeit, in der keine bzw. nicht vertragsgemäße Tilgung erfolgt. In jedem Fall wird ein nicht getilgter Darlehensrestbetrag nach Ablauf von 10 Jahren sofort fällig und ist von diesem Zeitpunkt an mit 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen. ...	13
1.5 Kündigung	14
Die C. ist berechtigt, das Darlehen fristlos zu kündigen, mit der Folge sofortiger Fälligkeit des Kapitals, der Zinsen und der Finanzierungskosten, wenn	15
a) der VP die in diesem Vertrag geregelte Getränkebezugsverpflichtung schuldhaft verletzt	16
Nach Angabe des VP wird ein jährlicher Mindestumsatz von 1.000 Hektolitern Fassbier zugrunde gelegt und dient als Basis für diese Leistung und für die sonstigen übernommenen Leistungen.	17
Bei Absatzabweichungen ab 20 % haben beide Parteien das Recht einer prozentual anteiligen Teilkündigung.	18
Der jährliche Mindestumsatz für Getränke verringert sich dann entsprechend nach Zahlung des Teilbetrages.	19
Ansonsten bleibt die in diesem Vertrag vereinbarte Bezugsvereinbarung hiervon unberührt.	20
2. Getränkelieferung	21
Als Gegenleistung für die von C. erbrachte Leistung verpflichtet sich der VP, in der Restauration und im Biergarten der A.-Betriebs GmbH auf dem A.hof ... ausschließlich und ununterbrochen alle Getränke und die von C. bestimmten Marken auf den von C. vorgeschriebenen Wege zu beziehen bzw. beziehen zu lassen und auszuschenken bzw. ausschenken zu lassen auf die Dauer von 10 Jahren, beginnend mit dem 1. Juli 2000, mindestens jedoch so lange, bis bei der C. 10.000 Hektoliter Fassbier abgenommen worden sind. ...	22
6. Schlussbestimmungen	23
6.1	24
Der VP verpflichtet sich, die Verpflichtungen aus diesem Vertrag, insbesondere hinsichtlich des Getränkebezuges, jedem mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsnachfolger, seien es Käufer, Pächter, Mieter, Nutznießer, Geschäftsführer, Vertreter, Erben oder andere aufzuerlegen und hierbei erforderlichenfalls die Sonderregeln des Verbraucherkreditgesetzes zu beachten. ..."	25
2. <u>"Darlehens- und Getränkelieferungsvertrag"</u> (GA 22 ff.), in dem u.a. folgendes vereinbart wurde:	26
1.	27
	28

Neben der von C. durch gesonderten Vertrag übernommenen Ausfallbürgschaft für Pachtzinsverbindlichkeiten bis zu einer Höhe von DM 200.000,00 hat C. dem VP einen Betrag in Höhe von DM 400.000,00 als Darlehen zugesagt.

1.4 29

Tilgung 30

Der VP verpflichtet sich, das Darlehen in monatlich festen Raten von DM 3.333,- zu Tilgen, 31 beginnend mit dem 1. August 2000.

Zusätzliche Sondertilgungen sind gestattet, berühren jedoch die nachstehend geregelte 32 Getränkebezugsverpflichtung nicht.

Wird das Darlehen nicht oder nicht vertragsgemäß getilgt, so verlängert sich das der C. 33 eingeräumte Lieferrecht um die Zeit, in der keine bzw. nicht vertragsgemäße Tilgung erfolgt. In jedem Fall wird ein nicht getilgter Darlehensrestbetrag nach Ablauf von 10 Jahren sofort fällig und ist von diesem Zeitpunkt an mit 2 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen.

1.5 Kündigung 34

Die C. ist berechtigt, das Darlehen fristlos zu kündigen, mit der Folge sofortiger Fälligkeit 35 des Kapitals, der Zinsen und der Finanzierungskosten, wenn

a) der VP die in diesem Vertrag geregelte Getränkebezugsverpflichtung schuldhaft verletzt 36

Nach Angabe des VP wird ein jährlicher Mindestumsatz von 1.000 Hektolitern Fassbier 37 zugrundegelegt und dient als Basis für diese Leistung und für die sonstigen übernommenen Leistungen.

Bei Absatzabweichungen ab 20 % haben beide Parteien das Recht einer prozentualen 38 anteiligen Teilkündigung. Der jährliche Mindestumsatz für Getränke verringert sich dann entsprechend nach Zahlung des Teilbetrages. Ansonsten bleibt die in diesem Vertrag vereinbarte Bezugsvereinbarung hiervon unberührt.

2. Getränkelieferung 39

Als Gegenleistung für die von C. erbrachte Leistung verpflichtet sich der VP, in der 40 Restauration und im Biergarten der A.-Betriebs GmbH ausschließlich und ununterbrochen alle Getränke und die von C. bestimmten Marken auf dem von C. vorgeschriebenen Wege zu beziehen ... Auf die Dauer von 10 Jahren, beginnend mit dem 1. Juli 2000, mindestens jedoch so lange, bis bei der C. 10.000 Hektoliter Fassbier abgenommen worden sind."

Gemäß Ziff. 1.1 der beiden Darlehens- und Getränkelieferungsverträge war 41 Auszahlungsvoraussetzung für die Darlehen ein notariell beurkundetes Schuldanerkenntnis in Höhe der Darlehenssumme nebst beglaubigter vollstreckbarer Ausfertigung

3. "Ausfallbürgschaft mit Getränkelieferungsvereinbarung" (GA Bl. 29 ff.) 42

Hierin heißt es: 43

"1. Leistung der C. 44

45

Die C. GmbH übernimmt gegenüber dem VP unter Verzicht auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage (§§ 770, 771 BGB) ab dem 01.07.2000 für das Gastronomieobjekt A. ... eine selbstschuldnerische Bürgschaft für die jeweiligen monatlichen Mietzinsen ohne Nebenkosten bis zu einem Höchstbetrag von DM 200.000,00 befristet bis zum 30.06.2010. ...	
Die C. ist verpflichtet, die jeweils fälligen monatlichen Bürgschaftsbeträge bis zur vorgeannten Gesamthöhe auf erste Anforderung an VP zu überweisen.	46
Die C. stellt für den oben genannten Betrag eine Rückbürgschaft(en) einer oder mehrerer Brauereien mit den oben genannten Bedingungen. Diese sind innerhalb von acht Wochen beizubringen. ...	47
2. Getränkeliieferung	48
Als Gegenleistung für die von C. erbrachte Leistung verpflichtet sich der VP, die nachfolgenden Verpflichtungen aus diesem Vertrag, insbesondere hinsichtlich des Getränkebezuges, jedem mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsnachfolger, seien es Käufer, Pächter, Mieter, Nutznießer ... aufzuerlegen hierbei erforderlichenfalls die Sonderregeln des Verbraucherkreditgesetzes zu beachten.	49
Durch diese wirksame Übertragung auf die Pächterin kommt Vertragspartner seiner Verpflichtung zur Weitergabe an den Pächter nach, mit der Folge, dass die C. für die Zeit der Verpachtung ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung nur gegen die Pächterin unmittelbar geltend machen kann und nicht gegenüber dem Vertragspartner. Für den Fall der vorzeitigen Aufhebung oder sonstigen vorzeitigen Beendigung des Miet- und Pachtverhältnisses zwischen Vertragspartner und Pächterin ist Vertragspartner verpflichtet, die Verpflichtungen dieser Vereinbarung einem neuen Pächter wirksam aufzuerlegen.	50
Getränkebezugsverpflichtung:	51
VP verpflichtet sich, dass in der Restauration in dem Biergarten A GmbH ... ausschließlich und ununterbrochen alle Getränke und die von C. bestimmten Marken auf dem von C. vorgeschriebenen Wege zu beziehen ... auf die Dauer von 10 Jahren, beginnend mit dem 01.07.2000: ...	52
2.2 Mindestabnahme	53
Nach Angaben des VP wird ein jährlicher Mindestbezug von 1.000 Hektolitern Fassbier zugrundegelegt und dient als Basis für diese Leistung.	54
Sollte der jährliche Mindestbezug vom Abnehmer nicht erreicht werden, so hat VP für die zu wenig gelieferten Hektoliter eine Ausfallentschädigung in Höhe von DM 30,00 pro Hektoliter an C. zu zahlen oder das Lieferverhältnis verlängert sich bis zur Abnahme von 10.000 Hektolitern Fassbier. ...	55
4. Recht zum Eintritt in das Pachtverhältnis	56
Bei Inanspruchnahme der C. GmbH aus dieser Bürgschaft hat sie das Recht, in den bestehenden Pachtvertrag einzutreten. VP wird die C. GmbH mittels eingeschriebenen Briefs von der Möglichkeit zur Übernahme des Produktverhältnisses in Kenntnis setzen, und die C. GmbH wird innerhalb einer Frist von vier Wochen VP mitteilen, ob sie von diesem Recht Gebrauch macht."	57

Ferner schlossen die Parteien am 28.6.2000 "Sicherungs- und Übereignungsverträge", in welchen der Kläger der Beklagten "zur Sicherheit für alle Forderungen, die der C. aus den Darlehensverträgen schon jetzt und in Zukunft erwachsen" das in einer Anlage im einzelnen bezeichneten Gaststätteninventar des A. Hof übereignete. 58

Wegen der weiteren Einzelheiten der vorstehend auszugsweise zitierten Verträge wird auf die in Kopie zu den Akten gereichten Vertragsurkunden (GA Bl. 15 ff. sowie Sonderband I Bl. 43 und 60 ff.) Bezug genommen. 59

Am 1. September 2000 schloss der Kläger mit der Restauration A. GmbH i. Gr. einen Pachtvertrag über das Objekt A. Hof zum Betrieb eines Restaurants mit Biergarten (Bl. 82 des Sonderbandes 1). In § 14 des Pachtvertrages war vereinbart, dass der Pächter dem Verpächter Sicherheit durch Stellung einer gesamt- und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines bundesdeutschen Bankunternehmens im Wert von 80.000 DM beizubringen und in Höhe von 250.000,- DM eine Mietgarantie einer Brauerei beizubringen hat. Zugleich schloss der Kläger mit der Pächterin einen Darlehens- und Getränkelieferungsvertrag, in welchem der Pächterin die ausschließliche Getränkebezugsverpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten inhaltlich deckungsgleich auferlegt wurde (GA Bl. 295). Den vereinbarten Pachtzins zahlte die Pächterin lediglich für Juni und teilweise für August 2000. Mit Urteil des Landgerichts Kleve - 3 O 501/00 - vom 3. April 2001 (Sonderband I, Bl. 93) wurde die Pächterin zur Räumung und Herausgabe des Pachtobjekts sowie zur Zahlung von Pachtzins in Höhe von insgesamt 135.581,23 DM verurteilt. Die Pächterin, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, räumte das Pachtobjekt am 13. Juni 2001 (GA Bl. 296). Mitte Juli 2001 wurde der A. Hof durch die neue Pächterin, die E. GmbH, wieder eröffnet. Mit Schreiben vom 17.04.2001 forderte der Kläger die Beklagte auf, aufgrund der Mietausfallbürgschaft an ihn den bis dahin aufgelaufenen Rückstand der Pachtzinsen in Höhe von 186.413,23 DM zu zahlen (Bl. 114 des Sonderbandes I). Mit Schreiben vom 10.09.2001 (Bl. 120 des Sonderbandes I) teilte der Kläger der Beklagten mit, dass die ausstehenden Pachtzinszahlungen bis zum Räumungsdatum einen Betrag in Höhe von 209.291,39 DM ausmachten und nahm sie aus der Bürgschaft in Anspruch. Mit Schreiben vom 22.11.2001 (Bl. 126 des Sonderbandes I) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass das Tilgungsdarlehen noch in Höhe von 360.000,04 DM und das Abschreibedarlehen noch in Höhe von 195.795 DM valutierte, also Gesamtverbindlichkeiten des Klägers in Höhe von 555.795,04 DM beständen. Sie bot ihm an, gegen Rückführung eines Betrages in Höhe von DM 525.000 die mit ihm geschlossenen Vereinbarungen (Abschreibungsvereinbarung, Tilgungsvereinbarung und Ausfallbürgschaft) aufzuheben. Dieses Angebot lehnte der Kläger mit Schreiben vom 26.11.2001 (Bl. 127 des Sonderbandes I) ab. Mit Schreiben vom 04.12.2001 (Bl. 128 des Sonderbandes I) erklärte die Beklagte, im Hinblick darauf, dass die in den beiden Darlehens- und Getränkebezugsverträgen zugrunde gelegte Umsatzerwartung von mindestens 1.000 Hektolitern Fassbier nicht erreicht worden sei - der Bezug von Fassbier in der Zeit vom 06.07.2000 bis zum 31.12.2000 habe lediglich 171,5 Hektoliter und in der Zeit vom 01.01.2001 bis zum 04.12.2001 lediglich 193,5 Hektoliter Fassbier betragen - mache sie von dem in den Darlehens- und Getränkelieferungsverträgen vereinbarten Teilkündigungsrecht Gebrauch und kündige entsprechend dem Umsatz das Darlehen anteilig. Aufgrund des Minderbezuges würden daher beide Darlehen anteilig zu jeweils 70 % gekündigt. Hieraus resultiere eine Forderung aus dem Abschreibungsdarlehen in Höhe von DM 137.036,20 und aus dem Tilgungsdarlehen in Höhe von DM 252.000,02, insgesamt 389.036,22 DM. Weiter heißt es in dem Schreiben, nach Eingang der gekündigten Darlehensteilbeträge verringere sich die Abnahmeverpflichtung entsprechend auf 300 Hektoliter Fassbier jährlich, und die monatliche Tilgungsrate werde entsprechend prozentual angepasst. 60

Mit Schreiben vom 19.04.2002 erteilte die Beklagte einen Vollstreckungsauftrag betreffend die Urkunde Nr. 0000 wegen einer Teilforderung in Höhe von 25.000,- Euro (GA Bl. 12). Am 26.08.2002 ließ sie dem Kläger durch einen Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde Nr. 00001 ohne Einschränkung der Vollstreckungsklausel auf den von ihr aufgrund der Teilkündigung geltend gemachten Teil des Darlehensrückzahlungsanspruchs zustellen (GA Bl. 302). Gemäß dem Vollstreckungsprotokoll des Obergerichtsvollziehers T.I vom 09.09.2002 (Anlage B 15, Sonderband II der Gerichtsakten) nahm dieser an demselben Tag aufgrund der Urkunde 0001 einen Vollstreckungsversuch in der Wohnung des Klägers wegen der Gesamtforderung in Höhe 205.064, 73 Euro vor. Dass die von dem Kläger auf das Tilgungsdarlehen in Höhe von 400.000,- DM bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Ratenzahlungen von der Gesamtforderung, wegen der der Gerichtsvollzieher den Vollstreckungsversuch unternommen hat, in Abzug gebracht wurden, ergibt sich aus dem Protokoll nicht. Der als Anlage B 16 (GA Bl. 589) vorgelegte Vollstreckungsauftrag der Beklagten vom 22.08.2002 wurde allerdings lediglich in Höhe eines Teilbetrages in Höhe von 128.845,56 Euro erteilt. Der Kläger hatte das "Abzahlungs"-Darlehen in Höhe von 400.000,- DM entsprechend der vertraglichen Vereinbarung durch monatliche Ratenzahlungen in Höhe von 3.333,33DM getilgt, die er auch noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat regelmäßig geleistet hat. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, dass das Darlehen in Höhe von 400.000,- DM aufgrund der bis zum 31.12.2003 erbrachten Tilgungsleistungen des Klägers zu diesem Zeitpunkt noch in Höhe von 141.457,59 Euro und das Darlehen in Höhe von 200.000,- DM nach Abzug der im Wege der "Abschreibung" erfolgten Tilgung ebenfalls zum 31.12.2003 noch in Höhe von 96.412,22 Euro valutierte.

61

Der Kläger hat geltend gemacht, die Parteien seien zwar im Durchschnitt von einem jährlichen Mindestumsatz von 1.000 Hektolitern Fassbier ausgegangen. Diese Basiszahl habe auf dem Vorschlag des damaligen Geschäftsführers der Beklagten, Herrn K., beruht (GA Bl. 286). Zwischen den Parteien habe aber Einigkeit darüber bestanden, dass dieser Bezugswert nicht in der Anlaufphase des Betriebs, mithin den ersten 3 bis 4 Betriebsjahren und schon gar nicht vor Fertigstellung des A. Hof habe erzielt werden können und müssen (GA Bl. 286). Der Beklagten sei bekannt gewesen, dass bei Abschluss der Verträge mit dem Kläger der Umbau des A. Hofes noch nicht fertig gestellt gewesen sei und dies zum Teil noch Jahre in Anspruch nehmen würde (GA Bl. 291). Im Zeitpunkt der Eröffnung am 8. Juli 2000 durch die - nach Absprung des ersten Pachtinteressenten - eingetretenen Pächterin, die A. Hof Betriebs GmbH, vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter P., sei allen Beteiligten, auch der Beklagten, welche in die Vertragsgespräche mit der Pächterin eingebunden gewesen sei, klar gewesen, dass zunächst nur Teile der Restauration mit reduziertem Sitzplatzangebot hätten eröffnet werden können (GA Bl. 291, 292). Insbesondere der geplante Biergarten mit insgesamt bis zu 3.000 Sitzplätzen sei erst mit einem geringen Teil der Plätze (ca. 150 - 300) und einem behelfsmäßigen Verkaufsstand bewirtschaftet gewesen (GA Bl. 293). Die Parteien seien sich darüber einig gewesen, dass gerade ein Großteil des Bierumsatzes, und zwar etwa 70 - 80 %, erst über den mit voller Ausnutzung und Platzzahl bewirtschafteten Biergarten erzielt werden sollte (GA Bl. 293). Vor diesem Hintergrund sei den Parteien klar gewesen, dass die Umsatzerwartung von 1.000 Hektolitern lediglich als Durchschnittswert auf einen Zeitraum von 10 Jahren gerechnet werden könne und eine erste aussagekräftige Zahl erst nach einem Zeitraum von 3 - 4 Jahren in Betracht komme (GA Bl. 293). Dementsprechend habe die Beklagte in der Anfangsphase, in der - unstreitig - Umsätze von Juli 2000 bis Ende Dezember 2000 von 171,5 Hektolitern und von Januar 2001 bis Ende November 2001 von 193,5 Hektolitern erzielt worden seien, keine Bedenken wegen eines zu geringen Bierumsatzes angemeldet (GA Bl. 294). Die Teilkündigung verstoße daher gegen die vertragliche Vereinbarung, dass die

62

Mindestumsatzzahlen erst nach Etablierung des neu gegründeten Betriebs, mithin erst nach einer drei- bis vierjährigen Anfangsphase voll gelten solle (GA Bl. 311). Im Übrigen verstoße die Teilkündigungsklausel gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz (GA Bl. 306 ff.).

Hinsichtlich der Vollstreckung aus der im Zusammenhang mit dem Tilgungsdarlehen in Höhe von 400.000,- DM errichteten Urkunde 0001 hat der Kläger zudem geltend gemacht, der Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta sei durch die monatlichen – zwischen den Parteien unstreitigen – Zahlungen der vereinbarten Raten durch Erfüllung teilweise erloschen; insoweit stehe der Vollstreckung in Höhe der bereits gezahlten Beträge von – unstreitig – insgesamt 37.494,70 Euro die Bereicherungseinrede entgegen. Dies gelte "ausdrücklich auch für die weiteren monatlichen Ratenzahlungen, die er künftig leisten werde" (GA Bl. 304). Der Vollstreckungsgegenklage fehle es insoweit nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. Es seien keine Umstände ersichtlich, aus denen sich in zweifelsfreier Weise ergebe, dass die Beklagte sich in Höhe der Tilgungsleistungen für teilweise befriedigt erkläre und insoweit von Vollstreckungsmaßnahmen absehe. Hiergegen spreche das als Anlage B 15 vorgelegte Vollstreckungsprotokoll vom 09.09.2002. Der Vortrag der Beklagten, ihre Vollstreckungsaufträge bezögen sich nur auf die teilgekündigten Beträge, erweise sich daher nur als "Lippenbekenntnis" (GA Bl. 655). Des weiteren hat der Kläger "hilfsweise" mit seinem angeblichen Anspruch auf Zahlung eines Betrages in Höhe von 200.000 DM nebst Zinsen aus der von der Klägerin übernommenen Bürgschaft die Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch aus dem Tilgungsdarlehen aufgerechnet (GA Bl. 313 ff. sowie Bl. 575 Rückseite).

Der Kläger hat beantragt, 64

1. die Zwangsvollstreckung aus dem notariellen Schuldanerkennnis UR-Nr.: 0000 des Notars Dr. O., vom 10. Juli 2000 für unzulässig zu erklären und die Beklagte zu verurteilen, die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde an ihn herauszugeben, 65

2. die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. O. vom 10. Juli 2000, UR-Nr.: 00001/2000 für unzulässig zu erklären. 66

Die Beklagte hat beantragt, 67

die Klage abzuweisen. 68

Sie hat geltend gemacht, die zwischen den Parteien zustande gekommenen Verträge fielen nicht unter das AGB-Gesetz. Zwar seien die Verträge ursprünglich von ihr, der Beklagten, ausgearbeitet worden (GA Bl. 466). Die Vertragsbedingungen seien jedoch sodann zwischen den Parteien im Einzelnen ausgehandelt und vielfach auf Wunsch des Klägers abgeändert worden (GA Bl. 466 ff.). Die Klausel betreffend die Teilkündigung benachteilige den Kläger nicht unangemessen (GA Bl. 475 ff.). Der Kläger könne aus der Bürgschaft keinerlei Ansprüche herleiten, da er durch seine Aussagen und Zusicherungen bei Vertragsschluss gegenüber ihr, der Beklagten, den Eindruck erweckt habe, sie werde aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen (GA Bl. 481). Der Kläger habe ihr gegenüber zum Ausdruck gebracht, das Objekt A. Hof in eigener Verantwortung führen zu wollen. Betreiber und Pächter des Objekts habe eine GmbH mit dem Kläger und seiner Ehefrau als Mehrheitsgesellschafter sein sollen (GA Bl. 481). Dementsprechend habe der Kläger bereits bei den Vertragsverhandlungen immer wieder beteuert, dass sie, die Beklagte, aus der Bürgschaft niemals in Anspruch genommen werde. Sie sei auch in der Folgezeit davon ausgegangen, dass der Kläger und seine Ehefrau Mehrheitsgesellschafter der Betriebesgesellschaft A. Hof seien. Überdies handele es sich bei der Bürgschaft nicht um eine 69

Bürgschaft auf erstes Anfordern, sondern, wie sich aus der Überschrift ergebe, um eine Ausfallbürgschaft (GA Bl. 482). Der Kläger habe erheblich gegen seine Pflichten im Zusammenhang mit einer Ausfallbürgschaft verstoßen (GA Bl 483). So habe er der Pächterin das Objekt übergeben, ohne zuvor die im Pachtvertrag vorgesehene selbstschuldnerische Bürgschaft und eine Mietgarantie einer Brauerei einzuholen. Hierin liege ein erheblicher Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten, die dem Kläger, ihr, der Beklagten, gegenüber bestanden hätten. Bei einer vorzeitigen fristlosen Kündigung des Pachtvertrages wäre zudem das langwierige Räumungsverfahren über 7 Monate nicht erforderlich geworden. Stattdessen hätte man spätestens nach 1 bis 2 Monaten einen anderen Pächter für das Objekt gefunden (GA Bl. 484). Ein Pachtausfall wäre dann für maximal 1 bis 2 Monate eingetreten. Der Kläger habe ihr, der Beklagten, nicht entsprechend § 4 des Ausfallbürgschaftsvertrages ermöglicht, in den Pachtvertrag einzutreten, weil sie nicht entsprechend dieser Vertragsklausel von der Möglichkeit zur Übernahme des Pachtverhältnisses in Kenntnis gesetzt worden sei (GA Bl. 486).

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 24.01.2003 (GA Bl. 601). 70
Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift vom 4. April 2003 (GA Bl. 613 ff.).

Das Landgericht hat die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden für derzeit unzulässig erklärt 71
und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger halte der Vollstreckung aus den beiden Urkunden zu Recht die Bereicherungseinrede entgegen. Es fehle derzeit an einer materiell-rechtlich berechtigten fälligen Forderung. Aus den Vertragsverhältnissen, die den Schuldanerkenntnissen zugrunde lägen, ergebe sich derzeit kein fälliger Anspruch. Die Darlehensrückzahlungsansprüche seien nicht aufgrund der von der Beklagten ausgesprochenen Teilkündigungen der Darlehens- und Getränkeliieferungsverträge begründet. Die unter Ziffer 1.5 der Darlehens- und Getränkeliieferungsverträge getroffene Regelung sei wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz nichtig. Dies folge daraus, dass bei einer am Prozentsatz der Absatzabweichung orientierten Teilkündigung sich zwar die jährliche Mindestabnahmeverpflichtung des Klägers verringere, jedoch nicht seine Gesamtabnahmeverpflichtung für Bier in Höhe von 10.000 Hektolitern. Die Bierbezugsverpflichtung und die Darlehensgewährung stünden in einem vertraglichen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Für den Fall der Leistungsstörung werde der Beklagten aufgrund der Teilkündigung der Vereinbarung das Recht auf vorzeitige Rückforderung eines erheblichen Teils des Darlehens eingeräumt, während der Darlehensnehmer verpflichtet bleibe, seiner Gesamtabnahmeverpflichtung in vollem Umfang nachzukommen. Der geltend gemachte Herausgabeanspruch sei hingegen unbegründet. Analog § 371 BGB könne der Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung eines gegen ihn gerichteten Titels nur verlangen, wenn der titulierte Anspruch nicht mehr bestehe. Die Ansprüche der Beklagten aus den Schuldanerkenntnissen seien aber nicht auf Dauer entfallen, ihnen könne derzeit lediglich eine Einrede entgegengehalten werden, die nicht dauerhaft sein müsse.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung macht die Beklagte geltend, das AGB- 72
Gesetz sei nicht auf die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge anwendbar, weil der Kläger als Kaufmann und in vertraglichen Dingen erfahrener Geschäftsmann die in Rede stehenden Verträge Punkt für Punkt mit der Beklagten verhandelt habe und die Regelungen, mit denen er nicht einverstanden gewesen sei, einer Änderung zugeführt habe (GA Bl. 757). Die Teilkündigungs-klausel verstoße aber selbst dann, wenn man das AGB-Gesetz anwende, nicht gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz. Es treffe nicht zu, dass auch im Fall einer Teilkündigung eine Gesamtabnahmeverpflichtung von 10.000 Hektolitern vereinbart sei. Geregelt sei

gerade, dass im Fall einer Teilkündigung die Bezugsverpflichtung in entsprechendem Maße reduziert werde (GA Bl. 758). Dass es im Falle einer Teilkündigung dennoch bei einer absoluten Gesamtabnahmeverpflichtung von 10.000 Hektolitern verbleiben solle, sei nirgends geregelt. Soweit in Ziffer 2 der Verträge auf die Mindestabnahme von 10.000 Hektolitern abgestellt werde, handele es sich um das multiplizierte Volumen der 10 jährigen Vertragszeit mit der ursprünglichen jährlichen Lieferverpflichtung von 1.000 Hektolitern, die sich bei einer Teilkündigung entsprechend verringere (GA Bl. 758). Dies sei zumindest im Wege der geltungserhaltenden Reduktion so zu verstehen (GA Bl. 759, 760).

Die Beklagte beantragt, 73

unter teilweise Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 74

Der Kläger beantragt, 75

die Berufung zurückzuweisen. 76

Im Wege der Anschlussberufung beantragt er, 77

das angefochtene Urteil abzuändern und wie folgt neu zu fassen: 78

1. Die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. O. vom 10. Juli 2000, UR-Nr.: 0000/2000 wird wegen eines Betrags in Höhe von 75.911,66 € für unzulässig und wegen des restlichen Betrags in Höhe von 26.346,72 € für derzeit unzulässig erklärt, 79

2. die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der notariellen Urkunde des Notars Dr. O. vom 10. Juli 2000, UR-Nr.: 0001/2000, wird wegen eines Betrags in Höhe von € 95.252,04 für unzulässig und wegen des restlichen Betrags in Höhe von 109.264,71 € für derzeit unzulässig erklärt. 80

Die Beklagte beantragt, 81

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen. 82

Der Kläger macht geltend, das Landgericht habe den dauerhaft wirkenden, materiell-rechtlichen Einwand des Klägers nicht beachtet, dass die den Schuldanerkenntnissen zugrunde liegenden Darlehen von ihm vertragsgemäß durch Leistung der festgelegten Raten bzw. durch Abnahme von Bier – unstreitig - bereits teilweise zurückgezahlt worden seien. Wegen der zwischen den Parteien der Höhe nach unstreitigen Tilgungsleistungen bis zum 31.12.2003 wird auf die Anschlussberufungsbegründung (GA Bl. 781, 783, 784), die modifizierten Anträge des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 28 April 2004 (GA Bl. 829) und auf den in diesem Termin nachgelassenen Schriftsatz der Beklagten vom 30.04.2004 (GA Bl. 831 f.) Bezug genommen. Weiter macht der Kläger geltend, die erstinstanzlich "hilfsweise" erklärte Aufrechnung mit der Forderung in Höhe von 200.000 DM aus dem Bürgschaftsvertrag werde nunmehr "bedingungslos" gestellt (GA Bl. 782, 783). Daher sei der Anspruch auf Rückzahlung des Abschreibedarlehens in Höhe von ursprünglich 200.000 DM = 102.258,38 Euro in Höhe von 5.846,16 € (unstreitige Tilgung bis zum 31.12.2003) + 70.065,50 € (Aufrechnung) endgültig erloschen; in der verbleibenden Höhe sei der Anspruch mangels wirksamer Teilkündigung derzeit unbegründet. Der Anspruch auf Rückzahlung des Tilgungsdarlehens in Höhe von 400.000 DM = 204.516,75 Euro sei in Höhe von 63.059,16 Euro (unstreitige Tilgung bis zu 31.12.2003) + 32.192,88 Euro (Aufrechnung) endgültig erloschen und in Höhe des verbleibenden Betrags mangels 83

wirksamer Teilkündigung nicht fällig. Soweit der Kläger die Zwangsvollstreckung wegen mangelnder Fälligkeit der Darlehensrückzahlungsansprüche für derzeit unzulässig hält, verweist er im Wesentlichen auf sein erstinstanzliches Vorbringen und die Begründung des angefochtenen Urteils. Der Rechtsauffassung der Beklagten, eine unangemessene Benachteiligung entfallende, weil sich neben dem jährlichen Mindestumsatz auch die absolute Gesamtabnahmeverpflichtung anteilig reduziere, tritt er mit Verweis auf den Wortlaut der Verträge entgegen (GA Bl. 803, 804). Dies könne aber auch dahinstehen, da selbst dann, wenn sich auch die Gesamtabnahmemenge anteilig reduziere, es bei der vertraglichen Bindung von 10 Jahren zum exklusiven Bierbezug bei der Beklagten verbleibe. Diese langfristige Bezugsbindung bestehe unabhängig von einer Teilkündigung fort. Allein diese zeitliche Bindung bedeute aber eine unangemessene Benachteiligung (GA Bl. 804, 805).

Hinsichtlich der Anschlussberufung vertritt die Beklagte die Ansicht, diese sei, soweit der Kläger die endgültige Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung wegen der bereits getilgten Beträge begehre, wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses unzulässig, da sie, die Beklagte, insoweit keine Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet habe (GA Bl. 814, 815). Ein Anspruch aus der Ausfallbürgschaft bestehe aus den im ersten Rechtszug dargelegten Gründen nicht (GA Bl. 815, 816).

84

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die jeweiligen Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

85

II.

86

1. Berufung der Beklagten

87

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

88

Soweit die Beklagte die Zwangsvollstreckung aus den beiden streitgegenständlichen vollstreckbaren notariellen Urkunden unter Berufung auf ihre mit Schreiben vom 04.12.2001 ausgesprochene Teilkündigung und die hierdurch ihrer Ansicht nach herbeigeführte Teilfälligkeit der Darlehensrückzahlungsansprüche betreibt, hat das Landgericht die Zwangsvollstreckung zu Recht gemäß § 767 ZPO für derzeit unzulässig erklärt. Denn die Teilkündigung ist unwirksam, die Darlehensrückzahlungsansprüche sind daher nicht in der von der Beklagten geltend gemachten Höhe fällig.

89

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Schuldanerkenntniserklärungen gemäß §§ 767, 794 I Nr. 5, 795 ZPO derzeit unzulässig, weil die Darlehensrückzahlungsansprüche in der von der Beklagten behaupteten Höhe nicht fällig sind. Die in den notariellen Urkunden abgegebenen Schuldanerkenntniserklärungen und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung dienen der Erleichterung der Rechtsverfolgung hinsichtlich der Darlehensrückzahlungsansprüche. Gemäß §§ 812 II, 821 BGB kann der Kläger der Inanspruchnahme aus den Schuldanerkenntniserklärungen daher Einwendungen aus dem Grundgeschäft – Nichtentstehen, Erlöschen, mangelnde Fälligkeit - der durch die Schuldanerkenntnisse gesicherten Schuld – den Ansprüchen auf Rückgewähr der Darlehen - entgegensetzen. Da die Beklagte sich berüht, dass die Darlehensrückzahlungsansprüche infolge ihrer Teilkündigungserklärung teilweise fällig geworden sind und deshalb – wie auch ihre Vollstreckungsaufträge zeigen - jedenfalls in dieser Höhe die Vollstreckung aus den notariellen Urkunden droht, ist die Geltendmachung dieser Einwendungen im Wege der

90

Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) grundsätzlich zulässig.

Die Teilkündigung der Darlehen ist aus mehreren Gründen unwirksam:	91
a)	92
Es ist bereits zweifelhaft, ob die Beklagte, nachdem der Kläger das Objekt A. Hof an die erste Pächterin, die A. Hof Betriebs GmbH, verpachtet und dieser entsprechend der Vereinbarung mit der Beklagten die Getränkebezugsverpflichtung auferlegt hatte, überhaupt Rechte aus der (teilweisen) Nichterfüllung der Bierbezugsverpflichtungen, die der Kläger in den beiden zwischen den Parteien geschlossenen Darlehens- und Getränkebezugsverträgen übernommen hat, gegen diesen geltend machen konnte. Jedenfalls war sie nicht zur Teilkündigung der Darlehensverträge wegen Unterschreitung der jährlichen Mindestabnahmemenge an Bier berechtigt, da die Beklagte gemäß Ziffer 2 des Bürgschaftsvertrags während der Zeit der Verpachtung des Gaststättenbetriebs die Rechte wegen einer Verletzung der Mindestabnahmepflicht nur gegen die Pächterin geltend machen konnte.	93
aa)	94
Die drei von den Parteien am 26.06.2000 abgeschlossenen Verträge (Abschreibungs- und Tilgungsdarlehensverträge sowie Bürgschaftsvertrag) sind als einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB anzusehen.	95
Ob ein einheitliches Rechtsgeschäft anzunehmen ist, hängt nach ständiger Rechtsprechung von dem Einheitlichkeitswillen der Parteien ab. Aus den Erklärungen der Parteien muss sich unter Berücksichtigung der Interessenlage und der Verkehrssitte (§ 157 BGB) der Wille ergeben, dass die - möglicherweise äußerlich getrennten - Rechtsgeschäfte miteinander stehen und fallen sollen (vgl. BGH NJW 1987, 2004, 2007 m. w. Nachw.). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die beiden Darlehens- und Getränkelieferungsverträge sowie die Übernahme der Bürgschaft der Beklagten für die Pachtzinsforderungen, die jeweils mit einer Getränkelieferungsvereinbarung und Bierabnahmepflicht verbunden sind, wurden zwar in drei verschiedenen Urkunden niedergelegt. Dass zwischen diesen vertraglichen Regelungen aber ein objektiver Sinnzusammenhang besteht, ergibt sich bereits daraus, dass die in den drei Verträgen übereinstimmend geregelte Bierbezugsverpflichtung in Höhe von insgesamt 10.000 Hektolitern über einen Zeitraum von 10 Jahren bei einer jährlichen Abnahmepflicht von 1000 Hektolitern nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht dreifach anfallen sollte (also insgesamt 30.000 Hektoliter bzw. 3000 Hektoliter jährlich), sondern nur einmal. Hiervon gehen die Parteien nach ihrem Sachvortrag in diesem Rechtsstreit durchweg aus und haben dies auch im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend bestätigt. Die in den einzelnen Verträgen von der Beklagten übernommenen Leistungspflichten – die Gewährung von zwei Darlehen und die Übernahme einer Bürgschaft für die Pachtzinsforderungen des Klägers - , bilden daher die Gegenleistung für die dem Kläger auferlegte Getränkebezugs- und Mindestabnahmepflicht sowie die langfristige Bezugsbindung. Danach hatte die Beklagte dem Kläger zum einen zwei zinslose Darlehen (in Höhe von 200.000 DM und 400.000 DM) zu gewähren sowie eine Bürgschaft für die monatlichen Pachtzinsen bis zu einem Höchstbetrag von DM 200.000 zu übernehmen. Diese von der Beklagten übernommenen Verpflichtungen waren nach den Vorstellungen der Parteien insgesamt Gegenleistung für die in allen drei Vertragsurkunden niedergelegte, jedoch nach dem Willen der Parteien nur einmal begründete Verpflichtung des Klägers, Bier und nichtalkoholische Getränke über einen Zeitraum von 10 Jahren ausschließlich von der Beklagten zu beziehen und pro Jahr mindestens 1000 Hektoliter Bier abzunehmen. Es ist	96

danach davon auszugehen, dass die in den drei Vertragsurkunden geregelten diesbezüglichen Rechte und Pflichten nach der Vorstellung der Parteien in dem vorstehend ausgeführten Sinne eine Einheit bildeten, dass sie miteinander stehen und fallen sollten.

bb) 97

In dem Bürgschaftsvertrag und den Darlehensverträgen haben die Parteien vereinbart, dass der Kläger berechtigt und verpflichtet sein sollte, die Bezugsbindung und Mindestabnahmepflicht auf jeden Rechtsnachfolger, insbesondere auf einen Pächter des Gaststättenbetriebs zu übertragen. Eine Übertragung auch des darlehensrechtlichen Teils der Vereinbarungen der Parteien war hingegen nicht vorgesehen. Dennoch ist nach Auffassung des Senats in einem Fall, in dem der Darlehensnehmer und Getränkebezugspflichtige von der ihm vertraglich - in Ziffer 2 Abs. 2 des bürgschaftsrechtlichen Teils der vertraglichen Vereinbarungen - eingeräumten Verpflichtung und Berechtigung Gebrauch macht, den getränkebezugsrechtlichen Teil der übernommenen Pflichten dergestalt auf einen Pächter zu übertragen, dass, wie es in dem Bürgschaftsvertrag weiter heißt, "für die Zeit der Verpachtung die Rechte und Pflichten" betreffend den Getränkebezug und die Mindestabnahme "nur gegen die Pächterin geltend gemacht werden können", eine isolierte (Teil-)Kündigung des darlehensrechtlichen Teils der Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen die den Getränkebezug betreffenden Pflichten gegenüber dem Darlehensnehmer ausgeschlossen. 98

Der Bundesgerichtshof erkennt in ständiger Rechtsprechung an, dass Bezugsverpflichtungen in Getränkelieferungsverträgen eine Gegenleistung für die Bereitstellung und Gewährung von Darlehen bilden können und beide Leistungen eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine solche Gegenleistung des Getränkelieferanten in Form eines Darlehens bestimmt bei der Prüfung, ob eine mehrjährige Bezugsbindung gemäß § 138 Abs. 1 BGB oder § 9 AGB-Gesetz alter Fassung wirksam vereinbart ist, im besonderen Maße die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung und damit das Höchstmaß einer zeitlichen Bezugsbindung (vgl. etwa BGH NJW 1972, 1459; NJW 2001, 2331). Dies schließt es allerdings nicht aus, dass Schuldner der Darlehensverbindlichkeit und Schuldner der Getränkeabnahmeverpflichtung auseinander fallen können. Es ist anerkannt, dass eine Trennung der zunächst zusammengefassten darlehens- und bezugsrechtlichen Teile eines Vertrages ohne weiteres möglich ist (BGH NJW-RR 2001, 987). Die Parteien eines kombinierten Darlehens- und Getränkelieferungsvertrages vereinbarten häufig - so auch im Streitfall - eine Rechtsnachfolgeklausel, welche den Darlehensnehmer und Getränkeabnehmer verpflichtet, die Bezugsverpflichtung auf einen Dritten - etwa einen Rechts- oder Geschäftsnachfolger - zu übertragen. So ist auch hier unter Ziffer 6.1 der beiden Darlehens- und Getränkelieferungsverträge die Vereinbarung enthalten, dass der Kläger verpflichtet ist, die Verpflichtungen aus diesen Verträgen, insbesondere hinsichtlich des Getränkebezuges, jedem "mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsnachfolger, seien es Käufer, Pächter, Mieter, ..." aufzuerlegen. Diese Verpflichtung steht im Zusammenhang mit der in Ziffer 2 der "Ausfallbürgschaft mit Getränkelieferungsvereinbarung" enthaltenen Regelung, in der die vorgenannte Verpflichtung zur Übertragung der Getränkebezugspflichten auf die Rechtsnachfolger nochmals wiederholt werden. Entscheidend ist hier der Passus in Ziffer 2 Absatz 2 dieses Vertrages. Hierin heißt es, durch "diese wirksame Übertragung auf die Pächterin kommt Vertragspartner (der Kläger) seiner Verpflichtung zur Weitergabe an den Pächter nach, mit der Folge, dass die C. (die Beklagte) für die Zeit der Verpachtung ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung nur gegen die Pächterin unmittelbar geltend machen kann und nicht gegenüber dem Vertragspartner (dem Kläger)". Diese Regelung ist nach Auffassung des Senats dahin auszulegen, dass bei einer Verpachtung der Gaststätte, 99

bei der der Kläger seiner Verpflichtung, dem Pächter die Getränkebezugsverpflichtung einschließlich der Mindestabnahmepflicht aufzuerlegen, nachkommt, der Pächter - sei es in Form einer Vertragsübernahme oder einer Schuldübernahme – die die Getränkebezugsverpflichtung betreffenden Rechte und Pflichten in der Form übernimmt, dass diese für die Dauer des Pachtvertrages allein den Pächter treffen und während des Bestehens des Pachtvertrags die in den Darlehensverträgen und dem Bürgschaftsvertrag vereinbarten Sanktionen für den Fall einer Unterschreitung der vorgesehene Mindestabnahmemenge von 1000 Hektolitern pro Jahr – Teilkündigung der Darlehen (Ziff. 1.5. der Darlehensverträge) bzw. Zahlung einer Ausfallentschädigung in Höhe von 30,- DM pro zuwenig geliefertem Hektoliter (Ziff. 2.2 des Bürgschaftsvertrags) - nicht gegen den Kläger geltend gemacht werden dürfen. Angesichts des Wortlauts der in dem Bürgschaftsvertrag niedergelegten Regelung und der Einheitlichkeit des Vertragswerks ist von dem Ausschluss der Geltendmachung der "Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung" gegenüber dem Kläger während der Dauer des Pachtverhältnisses auch die als Sanktion an die Unterschreitung der Mindestabnahmemenge anknüpfende Teilkündigung der Darlehen wegen Nichterfüllung der Mindestabnahmepflicht umfasst. Zwar ist die Pächterin, während deren Pachtzeit die in dem Vertragswerk festgelegte Mindestabnahmepflicht nicht erreicht wurde, unstrittig nicht auch in die Darlehensverträge eingetreten. Die Teilkündigung der Darlehen konnte daher nicht gegenüber der Pächterin erfolgen. Die Beklagte hat aber dadurch, dass sie dem Kläger in den mit den Darlehensverträgen in einer rechtlichen Einheit stehenden Bürgschaftsvertrag gestattet und ihn zugleich dazu verpflichtet hat, die Bierbezugsverpflichtung auf den Pächter zu übertragen "mit der Folge, dass die C. für die Zeit der Verpachtung ihre Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung nur gegenüber der Pächterin geltend machen kann", auf die Geltendmachung der vertraglichen Sanktionen für den Fall des Minderbezugs gegen den Kläger verzichtet, sofern dieser auch die Mindestabnahmepflicht wirksam dem Pächter auferlegt. Dass dies hier geschehen ist, ist zwischen den Parteien unstrittig.

Der Senat verkennt nicht, dass eine Auslegung dahin, dass lediglich die in dem Bürgschaftsvertrag geregelten Rechte und Pflichten von der Übertragung auf den Pächter erfasst sind, bei isolierter Betrachtung dieser Vertragsurkunde möglich erscheint. Hierbei würde aber nicht berücksichtigt, dass die Parteien in allen drei Vertragsurkunden eine einheitliche Abnahmepflicht und die Rechtsfolgen im Falle ihrer Verletzung regeln. Die Gestattung (und Verpflichtung), diese Abnahmepflicht – mit für die Dauer des Pachtverhältnisses schuldbefreiender Wirkung – auf einen Pächter zu übertragen, muss dann aber Auswirkungen auf die an anderer Stelle – in den Darlehensverträgen – des einheitlichen Vertragswerks vereinbarten Sanktionsmöglichkeiten für den Fall einer Unterschreitung des jährlichen Mindestbezugs haben. Dafür, dass die aus dem getränkebezugsrechtlichen Teil der Vereinbarungen folgenden Pflichten des Klägers mit Abschluss eines Pachtvertrags vollständig auf den Pächter übertragen werden konnten und mussten, spricht neben dem Wortlaut der einschlägigen Vertragsklausel in Ziffer 2 des Bürgschaftsvertrags auch die Interessenlage der Parteien. Nach Verpachtung der Gaststätte hatte der Kläger, wie den Parteien bei Vertragsschluss bekannt war, keinen Einfluss mehr auf deren Führung und für die Getränke der Beklagten keine Verwendung. Deshalb musste ihm – wie der Beklagten erkennbar war - daran gelegen sein, insoweit von seinen persönlichen Abnahmepflichten der Beklagten gegenüber entpflichtet zu werden. Vor diesem Hintergrund konnte der Kläger aufgrund der vorstehend zitierten Klausel des Bürgschaftsvertrags davon ausgehen, dass er seine auf den Getränkebezug gerichteten vertraglichen Pflichten durch Übertragung auf den Pächter erfüllt hatte und bei einem Vertragsverstoß des Pächters hiermit in Verbindung stehenden Sanktionen nicht ausgesetzt war. Da zu den auf den Pächter zu übertragenden Pflichten auch die – für den Fall einer Unterschreitung der Mindestabnahmemenge alternativ vereinbarte – Verpflichtung zur Zahlung einer Ausfallentschädigung oder die Verlängerung

der Bezugsbindung bis zur Gesamtabnahme von 10.000 Hektolitern gehörte, war die Beklagte für den Fall eines Verstoßes des Pächters gegen die ihm übertragene Bezugsverpflichtung auch nicht rechtlos gestellt. Die in dem Vertragswerk der Parteien vereinbarte Überbürdung des getränkebezugsrechtlichen Teils der Rechte und Pflichten auf einen Pächter betraf allerdings nicht die darlehensrechtlichen Teile der vertraglichen Vereinbarungen. Zu der Rückführung der Darlehen entsprechend den vertraglichen Regelungen blieb der Kläger auch für den Fall einer Verpachtung verpflichtet, wie zwischen den Parteien unstreitig ist. Dies gilt uneingeschränkt für das Tilgungsdarlehen in Höhe von 400.000,- DM, während das Abschreibungsdarlehen insoweit von dem Pächter erfüllt werden sollte, als es durch die Abnahme von Bier getilgt werden konnte. Die Rückzahlungspflicht bezüglich des nach Ablauf von 10 Jahren noch nicht getilgten Betrags, der dann sofort fällig sein sollte, verblieb hingegen bei dem Kläger. Dieses Auseinanderfallen zwischen dem Schuldner der Getränkebezugsverpflichtung und der Darlehensrückzahlungsansprüche bei gleichzeitiger Verknüpfung dieser Verpflichtungen miteinander – die Darlehen bilden ebenso wie die Bürgschaftsübernahme die Gegenleistung für die langjährige und zudem auf einen Mindestabsatz zielende Bezugsbindung, und die Rückführung der Darlehen erfolgt zum Teil durch die Erfüllung der Abnahmepflicht - muss aber, legt man das gesamte Vertragswerk gemäß §§ 157, 133 BGB unter Berücksichtigung der bestehenden Interessenlage und des mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zwecks aus, Auswirkungen auf das in Ziffer 1.5 geregelte Kündigungsrecht betreffend die Darlehen bei einer Unterschreitung der jährlichen Mindestumsatzmenge haben. Eine Auslegung dahin, dass die Kündigung gegenüber dem in die Getränkebezugsverpflichtung eingetretenen Pächter zu erfolgen hat, wie der Kläger erstinstanzlich geltend gemacht hat, kommt zwar nicht in Betracht, da die Pächterin, wie vorstehend ausgeführt, nicht in den Darlehensvertrag eingetreten ist. Die Beklagte war daher für den Fall der Unterschreitung der jährlichen Mindestabsatzmenge darauf beschränkt, die Ausfallentschädigung gegen die Pächterin geltend zu machen oder die Möglichkeit der Verlängerung der Bezugsbindung bis zu einer Mindestabsatzmenge von 10.000 Hektolitern zu wählen. Ein daneben bestehendes Recht zur Teilkündigung der Darlehen gemäß Ziff. 1.5 der Darlehensverträge würde zu einer Kumulierung der Rechte der Beklagte führen. Sie hätte in diesem Fall nicht nur die Möglichkeit, eine hohe Entschädigung geltend zu machen oder auf einer Mindestabnahme von 10.000 Hektolitern Bier zu bestehen, sondern zudem die vorzeitige Rückzahlung eines Teils der Darlehensvaluta zu verlangen. Die Zurverfügungstellung der Darlehen ist aber – neben der Übernahme der Bürgschaft - ihre Gegenleistung für die langjährige Bezugsbindung des Klägers. Die 10jährige Bezugsbindung würde jedoch – insoweit stimmen die Parteien in der Auslegung der Darlehensverträge überein – auch im Fall einer Teilkündigung bestehen bleiben; nach Auffassung der Beklagten hätte die Teilkündigung lediglich die Herabsetzung der jährlichen sowie der Gesamtabnahmemenge zur Folge (letzteres wird von dem Kläger bestritten). Die Unterschreitung der Mindestabnahmemenge wird jedoch bereits durch die im Bürgschaftsvertrag geregelte Ausfallentschädigung - wahlweise durch die Verlängerung der Bezugsbindung bis zur Erreichung der Gesamtabnahmemenge von 10.000 Hektolitern - wirtschaftlich ausgeglichen, so dass kein berechtigtes Interesse der Beklagten daran ersichtlich ist, zusätzlich einen Teil der Darlehensvaluta vorzeitig zurück verlangen zu können. Die Kumulation der Sanktionen würde vielmehr das im Vertragswerk vorgesehene Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Rechte und Pflichten in ein erhebliches Ungleichgewicht zu Lasten des Klägers bringen. Dafür, dass die Parteien dieses Treu und Glauben widersprechende Ergebnis gewollt haben, ist nichts ersichtlich. Bereits nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen spricht daher alles dafür, dass die Regelung der vertraglichen Sanktionen im Fall einer Unterschreitung der jährlichen Mindestabnahme für den – speziell geregelten - Fall der Verpachtung des Objekts und einer Auferlegung der vertraglichen Bezugspflichten auf den Pächter Vorrang vor dem in den Darlehensverträgen

vereinbarten Sanktionssystem haben sollte.

- cc) 101
- Dieses nach Auffassung des Senats bereits aus allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung folgende Ergebnis ergibt sich aber jedenfalls aus § 5 AGBG a.F. Nach dem in dieser Vorschrift normierten Grundsatz, dass Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen, durfte der Kläger im Hinblick auf die nicht miteinander im Einklang stehenden Regelungen des Bürgschaftsvertrags einerseits und den Darlehensverträgen andererseits im Fall einer Unterschreitung der jährlichen Mindestabnahme an Bier davon ausgehen, dass, nachdem er das Objekt A. Hof an die A. Hof Betriebs GmbH verpachtet und dieser die Bezugsverpflichtung übertragen hatte, Sanktionen aus den Darlehens- und dem Bürgschaftsverträgen bei einem Verstoß gegen die Mindestabnahmepflicht allein gegen die Pächterin geltend gemacht werden konnten. 102
- Die Sanktionsmöglichkeiten sind in den Darlehensverträgen und dem Bürgschaftsvertrag widersprüchlich geregelt. Während es in dem Bürgschaftsvertrag heisst, dass entweder eine Ausfallentschädigung in Höhe von 30,- DM pro nicht abgenommenem Hektoliter zu zahlen ist oder sich das Lieferverhältnis bis zur Abnahme von 10.000 Hektolitern verlängert, sehen die Darlehensverträge das Recht zur Teilkündigung vor und – in Ziffer 2 der Darlehensverträge – eine ohne weiteres (insbesondere ohne die Alternative der Zahlung einer Ausfallentschädigung) eintretende Verlängerung der Bezugsbindung bis zur Gesamtabnahme von 10.000 Hektolitern. In diesem Sinne versteht auch die Beklagte die ihrem Wortlaut nach eindeutige Klausel in Ziffer 2 der Darlehensverträge, wie sie auf Nachfrage des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich dargelegt hat. Diese "automatisch" eintretende Verlängerung könnte in Fällen wie dem hier vorliegenden bei einer erheblichen Unterschreitung der jährlichen Mindestabsatzmenge zu einer fast unabsehbaren Bezugsbindung, die ein Mehrfaches der in Aussicht genommenen 10 Jahre erreichen kann, führen. In dem Bürgschaftsvertrag ist hingegen keine ohne weiteres eintretende Verlängerung der Bezugsbindung vorgesehen; diese kann vielmehr durch die Zahlung der Ausfallentschädigung abgewendet werden. Dies zeigt, dass die vertraglichen Sanktionsmöglichkeiten, wie sie in den Darlehens- und in dem Bürgschaftsvertrag aufgenommen sind, wegen ihrer Widersprüchlichkeit nicht nebeneinander Bestand haben können. 103
- Jedenfalls bei der an die Verletzung der Mindestbezugspflicht anknüpfenden Teilkündigungsklausel (Ziffer 1.5 der Darlehensverträge) und der Klausel betreffend die Verlängerung der Bezugsbindung bis zum Erreichen einer Mindestabsatzmenge von 10.000 Hektolitern (Ziffer 2 der Darlehensverträge) handelt es sich um AGB im Sinne des § 1 ABG-Gesetz, welche die Beklagte dem Kläger gestellt hat. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die "Darlehens- und Getränkelieferungsverträge" ursprünglich von der Beklagten für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen darstellen. Dass diese Vertragsbedingungen im einzelnen zwischen den Parteien ausgehandelt wurden und daher eine Individualvereinbarung vorliegt, kann jedenfalls bezüglich der vorgenannten Klauseln aufgrund des Vortrags der Beklagten und des Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht festgestellt werden. 104
- Sind Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und daher die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 AGBG erfüllt, so unterliegen sie gleichwohl den Schranken des AGB-Gesetzes nicht, wenn sie zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind und daher Individualabreden darstellen. "Aushandeln" setzt nach der Rechtsprechung des BGH mehr als "Verhandeln" voraus. Der Verwender muß den in seinen 105

AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellen und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumen (vgl. z. B. BGH WM 1995, 1455, 1456).

Vertragsbedingungen können auch dann "im einzelnen ausgehandelt" sein, wenn sie unverändert in der von der einen Vertragspartei vorformulierten Form - also ohne äußerlich sichtbare Änderung oder Ergänzung - in den Vertrag aufgenommen worden sind. Dies wird aber nur in ganz besonderen Fällen und nur dann angenommen, wenn der Verwender sich zur Abänderung bereit erklärt hat und der Vertragspartner sich dessen bei Vertragsabschluß bewußt gewesen ist, der Verwender also die vorformulierte Vertragsbedingung deutlich erkennbar inhaltlich zur Disposition gestellt hat (BGH NJW 1992, 2283, 2285).

106

Wenn es zu Verhandlungen über Teilaspekte des Vertrags gekommen ist, z. B. wenn die Parteien bei Vertragsabschluß über den Preis oder über einzelne Vertragsbedingungen verhandelt haben, ist die Frage problematisch, ob eine bestimmte andere, unverändert in den Vertrag übernommene Vertragsbedingung als "im einzelnen ausgehandelt" angesehen werden kann. Auszugehen ist hierbei von dem in § 1 Abs. 2 AGBG a.F. normierten Grundsatz, dass Vertragsbedingungen nur dann als Individualabreden anzusehen sind, soweit sie im einzelnen ausgehandelt sind. Grundsätzlich ist daher für jede einzelne Klausel festzustellen, ob die Voraussetzungen des Abs. 2 gegeben sind oder nicht. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass die streitige Vertragsbedingung klar und verständlich formuliert ist und daß der Vertragspartner des Verwenders, soweit das nicht der Fall ist, über ihren Inhalt und ihre rechtliche Tragweite im einzelnen aufgeklärt wurde. Hinzu kommen muß aber weiterhin, dass der Kunde erkannt hat oder erkennen konnte, dass zwischen der streitigen Vertragsbedingung und dem Verhandlungsergebnis und zu den übrigen Vertragsbedingungen ein Zusammenhang besteht, der die Annahme rechtfertigt, dass auch die unverändert übernommene Bedingung Verhandlungsgegenstand war. So liegt es etwa dann, wenn die eine Vertragspartei, um eine von ihr vorformulierte Vertragsbedingung unverändert durchzusetzen, Preiszugeständnisse gemacht hat (Münchener Kommentar-Basedow, BGB, 4. Aufl. 2001, § 1 AGBG, Rdnr. 39 f.).

107

Ausgehend von diesen Grundsätzen stellen die hier fraglichen Klauseln keine Individualvereinbarung dar. Dass gerade auch die Kündigungsregelung in Ziffer 1.5 sowie die Verlängerung der Bezugsbindung in Ziffer 2 der Darlehens- und Getränkelieferungsverträge zwischen den Parteien im Sinne des § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz ausgehandelt wurden, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt und bewiesen. Sie hat bezüglich einiger Regelungen – insbesondere der Mindestabnahmepflicht von 1000 Hektolitern pro Jahr, die zuvor mit 1.800 Hektolitern zugrundegelegt worden war - zwar vorgetragen, dass auf Wunsch des Klägers Änderungen der vorformulierten Vertragsbedingungen erfolgt sind. Hinsichtlich der Teilkündigungsregelung hat sie hingegen vorgetragen, dass es sich bei dieser Regelung um einen "für die Beklagte ganz wesentlichen und unabdingbaren Vertragsbestandteil" gehandelt habe (GA Bl. 479). Bereits dieser Vortrag spricht dagegen, dass diese Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt wurde. Dass der Widerspruch zwischen der im Bürgschaftsvertrag wahlweise zur Verlängerung der Bezugsbindung geregelten Ausfallentschädigung einerseits und der in den Darlehensverträgen vorgesehenen Teilkündigungsregelung sowie der danach gemäß Ziffer 2 automatisch eintretenden Vertragsverlängerung andererseits Gegenstand der Verhandlungen der Parteien waren und dieser Widerspruch dahin aufgelöst worden sei, dass die Teilkündigungsregelung bei Absatzabweichungen von mehr als 20 % Vorrang haben sollte, hat die Beklagte zwar behauptet (GA BL. 479), aber nicht bewiesen. Die mit der Erstellung der Vertragsentwürfe befasste, früher bei der Beklagten beschäftigte Zeugin B. hat dies nicht bestätigt. Sie hat die Vertragsentwürfe vorgelegt, in denen nach ihrer Aussage die

108

gelb markierten Passagen die Änderungen gegenüber dem üblicherweise verwendeten Mustervertrag enthalten (GA Bl. 614, 615 u.). Wie sich hieraus (insbes. GA Bl. 633) ergibt, entspricht die Teilkündigungsregelung bei Absatzabweichungen ab 20 % den Musterverträgen der Beklagten und wurde auch nicht als besonderer Verhandlungsgegenstand markiert. Individuell ausgehandelt wurde insoweit nur die jährliche Mindestumsatzmenge (1000 l statt 1800 l, vgl. GA Bl. 634). Dass in diesem Zusammenhang auch konkret über die Teilkündigung gesprochen wurde, etwa in der Weise, dass die Herabsetzung der Mindestabnahmemenge vereinbart wurde, um die Teilkündigungsklausel unverändert in dem vorformulierten Vertragswerk zu belassen, hat die Beklagte nicht konkret behauptet. Auch die Zeugin B. hat dies nicht bekundet. Aus ihrer Aussage ergibt sich auch nicht, dass das Verhältnis zwischen dem Recht zur Teilkündigung und dem in dem Bürgschaftsvertrag geregelten Anspruch auf Zahlung einer Ausfallentschädigung im Verlauf der Vertragsverhandlungen thematisiert worden ist. Der auf Seiten des Klägers an den Vertragsverhandlungen beteiligte Zeuge P. hat ausgesagt, dass bis auf "technische Einzelheiten" wie etwa Mengen und die Übernahme einer zusätzlichen Bürgschaft durch die Firma HB die von der Beklagten übersandten Vertragstexte "nicht verhandelbar" gewesen seien; diese habe sich sogar geweigert, eine in dem Bürgschaftsvertrag enthaltene Klausel, die seiner Ansicht nach nicht in die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen "passte" abzuändern, und zur Begründung ausgeführt, das sei "ihr" Vertrag, den schließe sie immer so ab.

Die Unklarheitenregel des § 5 AGB-Gesetz alter Fassung greift auch dann ein, wenn sich – wie hier - Klauseln innerhalb eines AGB-Werkes widersprechen und sich der Widerspruch nicht bereits durch den Vorrang der spezielleren vor der allgemeineren Regel auflösen lässt. Der Widerspruch lässt sich hier, wie vorstehend ausgeführt, beseitigen, wenn man die im Bürgschaftsvertrag niedergelegten Rechte der Beklagten für den Fall des Minderbezugs zumindest dann als spezieller und damit vorrangig ansieht, wenn das Obejekt verpachtet wurde und der Pächter die den Getränkebezug betreffenden Rechte und Pflichten übernommen hat. Legt man die Klauseln nicht in diesem Sinne aus, bleibt der Widerspruch bestehen, so dass gemäß § 5 AGBG a.F. grundsätzlich von der Unbeachtlichkeit derjenigen Klausel auszugehen ist, die sich für den Kunden ungünstiger auswirkt. Dies sind hier im Hinblick auf den Widerspruch zwischen der in dem Bürgschaftsvertrag enthaltenen Klausel, dass wegen Verletzung der Abnahmepflichten Rechte im Fall einer wirksamen Übertragung der Getränkebezugspflichten nur gegenüber dem Pächter geltend gemacht werden können, und dem in den Darlehensverträgen enthaltenen, an eine Verletzung der Mindestabnahmepflicht anknüpfenden Sanktionssystem, welches unabhängig von der Übertragung der Rechte und Pflichten auf den Pächter unmittelbar gegenüber dem Kläger eingreifen soll, die letztgenannte Klauseln.

b) 110

Der Senat ist – ebenso wie das Landgericht - überdies der Auffassung, dass das Teilkündigungsrecht gemäß Ziffer 1.5 in Verbindung mit der in Ziff. 2 der "Darlehens- und Getränkelieferungsverträge" normierten Bezugsbindung den Vertragspartner der Beklagten im Sinne von § 9 I AGBG a.F. unangemessen benachteiligt. 111

Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen im Sinne des § 9 Abs. 1 AGBG, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung mißbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (st.Rspr. vgl. BGHZ 143, 103, 113) m.w.Nachw.). 112

Für Bierlieferungsverträge mit individuell ausgehandelten Laufzeiten hat der BGH eine Festlegung auf höchstzulässige Bezugsbindungen stets vermieden und darauf hingewiesen, daß es einer unter Berücksichtigung von Inhalt, Motiv und Zweck des jeweiligen Vertrages vorzunehmenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall bedürfe. Die Dauer der zulässigen Bezugsbindung hängt daher wesentlich von Art und Umfang der von der Brauerei erbrachten Gegenleistung sowie von dem sachlichen Umfang der Bindung ab (BGH WM 1984, 88). 113

Soweit - wie im vorliegenden Fall - die Laufzeit der Bierbezugsverpflichtung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart worden ist, benachteiligt eine zehnjährige Bindungsdauer den Gastwirt, der den Bierlieferungsvertrag als Kaufmann (bzw. Unternehmer, § 24 AGBG) abgeschlossen hat, nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls im Regelfall nicht unangemessen. Da dem Gastwirt im Zusammenhang mit einem derartigen Bierlieferungsvertrag regelmäßig ein Darlehen zur Verfügung gestellt wird, das dem Aufbau oder der Fortführung der Gastwirtschaft dient und das durch den kontinuierlichen Getränkebezug amortisiert wird, ist eine solche Bindung unter Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 24 S. 2, 2. HS AGBG) sowie der beiderseitigen Interessen und Bedürfnisse der Parteien hinzunehmen. 114

Im Streitfall wurde die Dispositionsfreiheit des Klägers durch die zehnjährige Bezugsverpflichtung mit Ausschließlichkeitsvereinbarung eingeschränkt. Da die Bezugsbindung die Gegenleistung des Klägers für die Zurverfügungstellung der Darlehen in Höhe von insgesamt 600.000 DM und die Übernahme der Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 200.000 DM durch die Beklagte darstellte, ist im Anschluss an die vorstehend dargelegte Rechtsprechung davon auszugehen, dass in der enge Bindung des Klägers an die Beklagte grundsätzlich keine unangemessene Benachteiligung des Klägers liegt, wenn die Verträge wie vorgesehen ausgeführt werden. 115

Etwas anderes gilt aber im Falle einer vorzeitigen Teilkündigung der Darlehen gemäß Ziff. 1.5. Nach der Vorstellung der Parteien sollten während der zehnjährigen Bezugsbindung die Darlehen getilgt werden. Dies ergibt sich hinsichtlich des "Abschreibungsdarlehens" aus den Modalitäten der Rückzahlung, der Verrechnung mit den bezogenen Hektolitern Bier (10,- DM pro hl, was bei Einhaltung der jährlichen Umsatzmenge von 1000 hl pro Jahr allerdings nur zu einer Tilgung in Höhe von 100.000,- DM geführt hätte, jedoch ist insoweit auch die in Ziffer 2.3 vereinbarte Rückvergütung zu berücksichtigen). Die Raten des "Tilgungsdarlehens" in Höhe von 400.000,- DM (3.333,33 DM monatlich) sind exakt so berechnet, dass nach 10 Jahren das Darlehen getilgt ist ($12 \times 3.333,33 \times 10$). Dies spricht dafür, dass die Parteien die – zinsfreie - Zurverfügungstellung der Darlehensvaluta über die gesamte Zeit der Bezugsbindung als Äquivalent für die Ausschließlichkeitsbindung angesehen haben. Dieses Äquivalenzverhältnis wird empfindlich gestört, wenn infolge einer von der Beklagten ausgesprochenen Teilkündigung die Darlehen vorzeitig zurückzuzahlen sind, ohne dass sich die Bezugsbindung auch zeitlich reduziert. Die Bezugsbindung von 10 Jahren soll aber, wie die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt hat, auch bei einer Teilkündigung der Darlehen Bestand haben. Sie hat geltend gemacht, die Teilkündigungsklausel sei dahin zu verstehen, dass sich im Fall einer Teilkündigung nicht nur die jährliche Abnahmemenge reduziere, sondern auch die Gesamtabnahmemenge von 10.000 Hektolitern Bier, die zeitliche Bezugsbindung, die sich nicht nur für Bier, sondern auch auf nicht alkoholische Getränke bezieht, soll dagegen uneingeschränkt erhalten bleiben . 116

Der Senat hat bereits erhebliche Zweifel daran, ob dieser Auslegung betreffend die Reduzierung der Gesamtabnahmemenge von 10.000 hl bei einer Teilkündigung der Darlehen 117

im Hinblick auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion von allgemeinen Geschäftsbedingungen gefolgt werden kann. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Rückführung unwirksamer Klauseln auf ihren zulässigen Inhalt auch im kaufmännischen Geschäftsverkehr grundsätzlich ausgeschlossen; dazu gehört insbesondere die Beschränkung ihrer Anwendbarkeit auf einen Bereich, in dem sie der Inhaltskontrolle standhalten würden (vgl. BGH NJW-RR 1998, 126, 1427; NJW 1982, 2309; NJW 1985, 319; NJW 1986, 1610; NJW 1996, 1407).

Ziffer 1.5 der Verträge normiert als Rechtsfolge der Teilkündigung der Darlehen ausschließlich die Verringerung des "jährlichen Mindestumsatzes", abschließend heißt es in der Klausel: "Ansonsten bleibt die in diesem Vertrag vereinbarte Bezugsvereinbarung hiervon unberührt". Unmittelbar nachfolgend wird in Ziffer 2 des Vertrages die Bezugsbindung von 10 Jahren sowie die Gesamtmindestabnahmemenge von 10.000 hl Bier geregelt, bis zu deren Erreichen sich die Bezugsbindung nach dem Wortlaut dieser Klausel sogar automatisch verlängern soll ("mindestens jedoch so lange, bis bei der C. 10.000 Hektoliter abgenommen worden sind"), wenn nach 10 Jahren diese Menge noch nicht bezogen worden ist. Nach Wortlaut und Regelungszusammenhang von Ziffer 1.5, letzter Absatz und Ziffer 2 der Verträge erscheint es daher fast zwingend, dass die Gesamtabnahmemenge von 10.000 Hektolitern Bier unabhängig von einer Teilkündigung der Darlehensverträge Bestand haben sollte. Da es in diesem Fall bei einer auf eine Minderabnahme von mehr als 20 % gestützten Teilkündigung und gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Gesamtabnahmepflicht von 10.000 Hektolitern zu einer zeitlich unabsehbaren, den ursprünglich vorgesehenen Zeitraum von 10 Jahren eventuell erheblich überschreitenden Bindung des Gastwirts kommen würde, der wegen der Verpflichtung zur vorzeitigen Darlehensrückzahlung kein ausreichendes Äquivalent gegenübersteht, ist, wenn man die Klauseln entsprechend ihrem Wortlaut und systematischen Stellung auslegt, eine unangemessene Benachteiligung des Gastwirts ohne weiteres zu bejahen.

118

Aber selbst wenn man davon ausgeht, dass die Parteien eine Anpassung der Gesamtabnahmemenge im Falle einer Teilkündigung versehentlich übersehen hätten und nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung annähme, dass sich diese ebenfalls entsprechend der Regelung zur jährlichen Mindestabsatzmenge reduzieren würde, bliebe, wie die Beklagte nicht in Abrede stellt, die zeitliche Ausschließlichkeitsbindung über 10 Jahre, die sich nicht nur auf Bier, sondern auch auf alle nichtalkoholischen Getränke bezieht, von der Teilkündigung unbeeinflusst. Der Vertragspartner der Beklagten als Verwenderin wäre daher langfristig in seiner Dispositionsbefugnis eingeschränkt, ohne dass ihm das vertraglich vorausgesetzte Äquivalent – die zinslose Zurverfügungstellung der gesamten Darlehensvaluta über den Zeitraum der Bezugsbindung - verbleibt. Da nach den eingangs wiedergegebenen Grundsätzen die Angemessenheit einer langjährigen ausschließlichen Bezugsbindung aber von der Gegenleistung des Lieferanten – der Gewährung von Darlehen – abhängt, ist in einer Kündigungsregelung, die an eine Unterschreitung des Mindestumsatzes anknüpft, dann eine unangemessene Benachteiligung des Bezugsverpflichteten zu sehen, wenn nach der betreffenden Klausel die Kündigung ausschließlich die vorzeitige Fälligkeit der Darlehen zur Folge hat, nicht aber gleichzeitig die Bezugsbindung angepasst wird. Denn wenn wie hier ein erheblicher Teil der Darlehen vorzeitig zurückzahlen ist, die Bindungsdauer der Getränkebezugsverpflichtung aber nicht verringert wird, wird die erhebliche Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Bezugsverpflichteten über einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren nicht mehr in hinreichender Weise durch die Gegenleistung des Berechtigten - die Zurverfügungstellung der Darlehensbeträge während der Vertragslaufzeit – ausgeglichen. Hierin liegt nach Auffassung des Senats eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die zum

119

ersatzlosen Wegfall der Teilkündigungsklausel führt.

Eine teilweise Aufrechterhaltung des Klauselwerks mit einem den Kläger weniger belastenden Inhalt, etwa einer geringeren als der in der Klausel vorgesehenen Bezugsdauer für den Fall der Teilkündigung des Darlehns, widerspräche dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener AGB und kommt deshalb nicht in Betracht. Für Bierlieferungsverträge mit individualvertraglich vereinbarter Laufzeit entspricht es allerdings der Rechtsprechung des BGH, dass Verträge die allein ihrer übermäßig langen Laufzeit wegen sittenwidrig sind, mit einer kürzeren, dem tatsächlichen oder zu vermutenden Parteiwillen entsprechenden Laufzeit aufrechterhalten werden können (z.B. BGH NJW-RR 1990, 816).

Im Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes ist eine solche Rückführung einer übermäßig langen Vertragsdauer auf ein angemessenes Maß dagegen nicht zulässig (BGH NJW 2000, 1110, 1113 m. w. Nachw.). Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, für eine den Gegner des Klauselverwenders unangemessen benachteiligende und deshalb unwirksame Klausel eine Fassung zu finden, die einerseits dem Verwender möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist (BGH, a.a.O.). Dies würde dem Ziel des AGB-Gesetzes zuwiderlaufen, auf einen angemessenen Inhalt der in der Praxis verwendeten oder empfohlenen AGB hinzuwirken und den Kunden die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihnen aus dem vorformulierten Vertrag erwachsenden Rechte und Pflichten zu verschaffen. Sie würde dem Klauselverwender die Möglichkeit eröffnen, bei der Aufstellung seiner Konditionen unbedenklich über die Grenze des Zulässigen hinauszugehen, ohne mehr befürchten zu müssen, als dass die Benachteiligung seines Geschäftspartners durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Maß zurückgeführt wird (BGH, a.a.O.).

Die Teilkündigungsklausel in Verbindung mit der zehnjährigen Laufzeit der ausschließlichen Bezugsbindung kann auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf eine die im Fall einer Teilkündigung angemessene Laufzeit herabgesetzt werden. Eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke, die durch die Unwirksamkeit einer der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterliegenden Klausel entstanden ist, setzt voraus, dass der Regelungsplan der Parteien infolge der Lücke einer Vervollständigung bedarf (BGH, a.a.O.). Das ist nur dann anzunehmen, wenn dispositives Gesetzesrecht zur Füllung der Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet (BGH, a.a.O.).

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Der ersatzlose Wegfall der Teilkündigungsklausel stellt die Beklagte für den Fall einer Unterschreitung der vorgesehenen Abnahmemenge nicht rechtlos. Ein Ausgleich für ihre mit der Zurverfügungstellung der Darlehen verbundenen Gewinnerwartung durch den Absatz einer bestimmten Menge an Bier wird ihr im Fall einer Unterschreitung des jährlichen Mindestabsatzes durch die in dem bürgschaftsrechtlichen Teil des Vertragswerks geregelten Anspruch auf Zahlung einer Ausfallentschädigung für jeden nicht bezogenen Hektoliter Bier, wahlweise zu einer Verlängerung der Bezugsbindung bis zum Erreichen einer Gesamtabnahmemenge von 10.000 Hektolitern gewährt. Ob diese Klausel einer ggf. nach § 9 AGBG vorzunehmenden Inhaltskontrolle standhält, hatte der Senat nicht zu prüfen. Selbst wenn diese Klausel ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung für den Vertragspartner bedeuten sollte, ändert dies nichts an der Unwirksamkeit der Teilkündigungsklausel aus den dargestellten Gründen. Ein etwa notwendiger Interessenausgleich kann eventuell nach den vorstehend ausgeführten Grundsätzen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der

Ausfallentschädigungsklausel erreicht werden.

2. Berufung des Klägers	124
Die Anschlussberufung des Klägers ist zulässig und begründet.	125
a)	126
Der Kläger macht mit seiner form- und fristgerecht eingereichten Anschlussberufung- neben der Berufung auf die Teilerfüllung der Darlehensforderungen durch die Tilgungsleistungen bis zum 31.12.2003 – die erstinstanzlich "hilfsweise" erklärte Aufrechnung mit seinem Anspruch auf Zahlung der Bürgschaftssumme nunmehr als "Hauptaufrechnung" geltend. Bei der "hilfsweise geltend gemachten Aufrechnung handelt es sich allerdings nicht um eine – hilfsweise – Aufrechnung mit einer Gegenforderung im Sinne des § 322 II ZPO, sondern um eine Einwendung des Klägers gegen den sich aus der vollstreckbaren Urkunde ergebenden Anspruch im Sinne des § 767 ZPO. Daher steht hier nicht der Übergang von einer Hilfsaufrechnung zur Hauptaufrechnung in der Berufungsinstanz, sondern ein Fall der Klageänderung in Frage (vgl.: Zöller - Herget, ZPO 24. Aufl., § 767 Rdnr. 22). Das Auswechseln oder Nachschieben von Einwendungen ist daher gemäß § 533 Nr. 1 ZPO nur zulässig, wenn die Beklagte einwilligt oder der Senat die Klageänderung für sachdienlich hält (Zöller- Herget, a.a.O.). Im übrigen ist die Klageänderung nach § 533 Nr. 2 ZPO nur zulässig, wenn diese außerdem auf Tatsache gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Da bereits das Landgericht die Parteien auf die vorgeschilderte Rechtslage hätte hinweisen können und müssen (§ 139 ZPO), liegen zunächst die Voraussetzungen des § 533 Nr. 2, 529, 531 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vor.	127
Der Senat hält die Erweiterung der Vollstreckungsgegenklage auf den Einwand der Aufrechnung im übrigen für sachdienlich, da der gesamte erstinstanzliche Vortrag der Parteien sich bereits mit der Aufrechnung befasst hat und eine Entscheidung hierüber einen ansonsten zu erwartenden neuen Prozess vermeiden kann.	128
Die Darlehensrückzahlungsansprüche sind nach der Maßgabe der nachfolgenden Berechnung durch die von dem Kläger erklärte Aufrechnung mit der Bürgschaftsforderung in Höhe von 200.000,- DM (= 102.258,38 Euro) gemäß § 389 BGB erloschen, so dass den notariellen Schuldanerkenntniserklärungen insoweit dauerhaft die Bereicherungseinrede (§ 821 BGB) entgegensteht und die Zwangsvollstreckung aus den vollstreckbaren Urkunden insoweit in der von dem Kläger geltend gemachten Höhe endgültig unzulässig ist.	129
Die Beklagte kann dem aufgrund des Bürgschaftsvertrags aus § 765 BGB begründeten Anspruch auf Zahlung von 200.000,- DM wegen der nicht erfüllten Pachtzinsforderungen nicht entgegenhalten, der Kläger habe gegen seine Sorgfaltspflichten verstoßen, indem er der Pächterin, der A. Betriebs- GmbH das Objekt übergeben habe, ohne sich die im Pachtvertrag vereinbarten Sicherheiten einräumen zu lassen.	130
Die Beklagte leitet diese Einwendung aus der Bezeichnung der Bürgschaft als "Ausfallbürgschaft" in der Überschrift der Bürgschaftsvereinbarung her. Insoweit handelt es sich aber nach Auffassung des Senats um eine bloße Falschbezeichnung , durch welche die in der Bürgschaftsvereinbarung ausdrücklich übernommenen Verpflichtungen der Beklagten, unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage auf "erstes Anfordern" zu leisten, nicht eingeschränkt werden sollten.	131

Eine Bürgschaft kann in der Weise gegeben werden, dass der Bürge nur für den Ausfall des Gläubigers haftet, mit der Folge, daß er nur dann an den Gläubiger leisten muß, wenn dieser weder vom Hauptschuldner noch durch Verwertung anderer Sicherheiten eine Befriedigung für seine Forderung erlangen kann (BGH NJW 1979, 646). Der Ausfallbürge wird dann von seiner Leistungspflicht frei, wenn der Gläubiger den Ausfall selbst durch Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Überwachung und Verwertung von Sicherheiten verschuldet hat. Die Haftung des Ausfallbürgen ist dabei nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur auf den objektiven Ausfall, sondern darüber hinaus auf das beschränkt, was der Gläubiger trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt - je nach den vertraglichen Vereinbarungen insbesondere durch rechtzeitige Zwangsvollstreckung und durch Verwertung anderer Sicherheiten - vom Hauptschuldner nicht erlangen kann. Die darin liegende Einschränkung der Bürgenhaftung geht weiter und ist rechtlich etwas anderes als das allgemein für den Gläubiger geltende, aus § 242 BGB folgende Gebot, bei seinem Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner die Interessen des Bürgen nicht in treuwidriger Weise zu verletzen. Bei der Ausfallbürgschaft begrenzt die durch eigene Nachlässigkeit des Gläubigers bewirkte Herbeiführung des Ausfalls den Anspruch aus der Bürgschaft als solchen. Dieser hängt damit bereits in seiner Entstehung davon ab, daß der Gläubiger bei dem Versuch, die Forderungen gegen den Schuldner durchzusetzen, mit der auch im Interesse des Bürgen erforderlichen Sorgfalt vorgeht. Beruft sich der Ausfallbürge auf ein nachlässiges Verhalten des Gläubigers bei der Verwirklichung des verbürgten Anspruchs, so macht er deshalb keinen diesen ausschließenden Ausnahmetatbestand geltend, sondern er leugnet damit eine der den Anspruch begründenden Voraussetzungen und damit den Anspruchstatbestand selbst. Daraus ergibt sich, dass der Gläubiger nicht nur den Verlust nachweisen muß, den er objektiv erlitten hat; seine Sache ist es vielmehr auch, darzulegen und zu beweisen, dass der Ausfall trotz Einhaltung der bei der Verfolgung des verbürgten Anspruchs gebotenen Sorgfalt eingetreten ist oder daß er auch eingetreten wäre, wenn er diese Sorgfalt angewandt hätte (BGH NJW 1999, 1467, 1470). 132

Trotz der Bezeichnung in der Überschrift kann hier nicht festgestellt werden, dass eine derartige Einschränkung der Bürgschaftsverpflichtung von den Parteien gewollt war. Die Bezeichnung der Bürgschaft als Ausfall- oder Schadlosbürgschaft genügt zwar in der Regel, um den auf Übernahme einer entsprechend bedingten Bürgschaft gerichteten Willen zum Ausdruck zu bringen (Münchener Kommentar-Habersack, BGB, 4. Aufl. 2003, § 765, Rdnr. 106). Hier ist aber aus der Bürgschaftsurkunde der Beklagten nicht einmal ersichtlich, welche ihrer Bürgschaft vorausgehende Sicherheit für die Pachtzinsforderungen Bedingung für ihre Inanspruchnahme sein sollten. 133

Der Auslegung als Ausfallbürgschaft, welche den Kläger verpflichtete, vor der Inanspruchnahme der Beklagten zunächst auf andere Sicherheiten (welche?) zurückzugreifen, steht die im Vertragstext ausdrücklich erklärte Verpflichtung der Beklagten entgegen, auf "erste Anforderung" an den Kläger zu leisten sowie der darin enthaltene Verzicht auf die Einreden aus §§ 770, 771 BGB. Es handelt sich daher nach dem klaren Wortlaut der Vereinbarung um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, die gerade keine vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners und erst recht nicht einer anderen Sicherheit voraussetzt. 134

Bei der Inanspruchnahme einer Bürgschaft "auf erstes Anfordern", wie sie die Beklagte hier nach dem klaren Wortlaut des Bürgschaftsvertrags übernommen hat, braucht der Gläubiger nicht einmal schlüssig darzulegen, dass die gesicherte Hauptforderung besteht; denn die Bürgschaft auf erstes Anfordern soll dazu dienen, anstelle des früher gebräuchlichen Bardepots dem Gläubiger sofort liquide Mittel zuzuführen. Dieser Zweck wird nur erreicht, 135

wenn alle Streitfragen tatsächlicher und rechtlicher Art, die die Begründetheit der Hauptforderung betreffen, in den Rückforderungsprozeß verwiesen werden, sofern nicht ausnahmsweise klar auf der Hand liegt, dass der Gläubiger eine formale Rechtsstellung mißbraucht (BGH NJW 1994, 380, 381 m.w.Nachw.). Nach der Rechtsprechung des BGH (BGH ZfBR 2002,193) sind Einwände des Bürgen gegen den Anspruch allerdings ausnahmsweise schon im Erstprozeß beachtlich, sofern sich deren Berechtigung aus dem unstreitigen Sachverhalt oder dem Inhalt der Vertragsurkunden ohne weiteres ergibt.

Dies ist im Streitfall nicht ersichtlich. Die Beklagte wendet ein, der Kläger habe ihr gegenüber bestehende Sorgfaltspflichten verletzt, indem sie dem Pächter das Objekt übergeben habe, ohne zuvor die in dem Pachtvertrag vereinbarten Sicherheiten einzuholen. Es ist zum einen bereits nicht erkennbar, aus welchem Rechtsgrund der Kläger der Beklagten gegenüber zur Einholung anderer Sicherheiten verpflichtet gewesen sein sollte, da dies im Bürgschaftsvertrag gerade nicht erwähnt wird. Allein die Verwendung des Wortes Ausfallbürgschaft in der Überschrift reicht hierzu angesichts der klaren Regelung in Ziffer 1 des Vertrags nicht aus. Denn die Vereinbarung, dass die Beklagte auf erste Anforderung zu leisten habe, steht hierzu gerade im Widerspruch. Dass in dem nach Zustandekommen der Bürgschaftsvereinbarung abgeschlossenen Pachtvertrag, aus dem die hieran nicht beteiligte Beklagte unmittelbar keine Rechte herleiten kann, zwischen dem Kläger und der Pächterin die Stellung einer Kautions- und einer Mietgarantie vereinbart wurden, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass dies zuvor zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits vereinbart war und diese Sicherheiten der Bürgschaft der Beklagten vorgehen sollten. 136

Das gleiche gilt, soweit die Beklagte einwendet, der Kläger habe ihr versichert, sie werde aus der Bürgschaft nicht in Anspruch genommen, da er über eine mit seiner Ehefrau zu gründende GmbH das Objekt selbst betreiben werde. Falls sie hiermit eine Abrede geltend machen will, die von der schriftlichen Bürgschaftsvereinbarung abweicht, ist ihr Vortrag angesichts der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde nicht hinreichend substantiiert. Sie hat nicht nachvollziehbar erläutert, warum die Parteien eine Bürgschaftsvereinbarung mit zahlreichen Nebenabreden getroffen haben, wenn ihre Inanspruchnahme hieraus nicht ernstlich gewollt war. 137

Dem Kläger steht nach alledem ein Anspruch in Höhe von 200.000,00 DM = 102.258,38 € aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrag zu, welche er wegen seiner - zwischen den Parteien unstreitigen - Pachtzinsausfälle in dieser Höhe geltend gemacht hat. Mit diesem Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrag hat der Kläger wirksam die Aufrechnung gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch betreffend das Abschreibedarlehen in Höhe von 70.065,50 € sowie gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch betreffend das Tilgungsdarlehen in Höhe von 32.192,88 € erklärt. Da gemäß Ziff. 1.4 der beiden Darlehensverträge Sondertilgungen jederzeit gestattet sind, waren die Darlehensrückzahlungsansprüche erfüllbar, so dass diese in der vorgenannten Höhe erloschen sind (§ 387 BGB). In dieser Höhe kann der Kläger den Schuldanerkenntnissen daher gemäß § 821 BGB das Erlöschen der Grundforderungen entgegensetzen, so dass eine Zwangsvollstreckung aus den Urkunden insoweit endgültig nicht mehr zulässig ist. 138

b) 139

Das gleiche gilt, soweit der Kläger die endgültige Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung im Hinblick auf die - hinsichtlich der Höhe zwischen den Parteien unstreitige - teilweise Tilgung der Darlehen begehrt. 140

Die Vollstreckungsgegenklage ist auch insoweit zulässig. Zwar hat die Beklagte die von dem Kläger vorgetragene Tilgungsleistungen nicht in Abrede gestellt und unwidersprochen vorgetragen, sie beabsichtigt nicht die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden, soweit die Darlehen getilgt worden seien. Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage ist aber immer dann gegeben, wenn eine Zwangsvollstreckung ernstlich droht (Zöller-Herget, ZPO, 24. Aufl., § 767, Rdnr. 8 m.w.N.). Die Vollstreckungsgegenklage ist daher grundsätzlich zulässig, bis der Titel dem Schuldner ausgehändigt ist (BGH MDR 1992, 960). Ausnahmen lässt die Rechtsprechung allerdings bei Titeln auf wiederkehrende Leistungen zu. Bei diesen kann eine Vollstreckungsabwehrklage dann mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein, wenn nach erfolgter Erfüllung für den in Betracht kommenden, zurückliegenden Zeitraum unzweifelhaft keine Vollstreckung mehr droht. Bei Titeln, die auf eine nur einmalige Leistung gerichtet sind, wird angenommen, dass die Vollstreckungsabwehrklage nur dann unzulässig ist, wenn eine Vollstreckung gar nicht mehr drohen kann. Dieser Fall tritt erst mit der Herausgabe des Titels an den Schuldner ein. Solange sich der Titel noch in der Hand des Gläubigers befindet, vermag deshalb selbst ein Verzicht des Gläubigers auf die Zwangsvollstreckung oder eine Einigung von Gläubiger und Schuldner darüber, dass eine Zwangsvollstreckung nicht mehr in Betracht komme, das Rechtsschutzinteresse für eine Vollstreckungsabwehrklage des Schuldners nicht zu beseitigen (BGH NJW 1984, 2826, 2827 m.w.N.). Diese Grundsätze können jedoch nicht ohne weiteres auf den Fall übertragen werden, dass sich die Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Titel auf wiederkehrende Leistungen richtet. Einen derartigen Titel gibt der Gläubiger nicht an den Schuldner heraus, wenn dieser die Leistung für einen bestimmten Zeitraum erbracht hat. Er benötigt den Titel vielmehr noch für die erst künftig fällig werdenden Ansprüche. Dass der Gläubiger den Titel in der Hand behält, begründet daher anders als bei Titeln auf einmalige Leistungen nicht schon für sich allein die Besorgnis, er werde daraus trotz bereits eingetretener Erfüllung noch einmal gegen den Schuldner vollstrecken. Deshalb erscheint es sachgerecht, gegenüber einem Titel auf wiederkehrende Leistungen, solange der Gläubiger diesen erst für künftig fällig werdende Leistungen noch benötigt, das Rechtsschutzinteresse für die Klage nach § 767 ZPO bereits dann zu verneinen, wenn eine Zwangsvollstreckung nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht mehr droht (BGH a.a.O.).

Nach Auffassung des Senats lassen sich diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall übertragen. Die hier in Streit stehenden vollstreckbaren Urkunden betreffen zwar keine Titel auf wiederkehrende Leistungen, sondern dienen der vereinfachten Durchsetzung der Darlehensrückzahlungsansprüche. Zumindest konkludent liegt der Erteilung dieser Urkunden aber die Abrede zugrunde, hiervon solange keinen Gebrauch zu machen, wie die Darlehen vereinbarungsgemäß getilgt werden und der Anspruch daher nicht insgesamt fällig wird. Ihrer vertraglichen Zweckbestimmung entsprechend kann die Beklagte sie daher nicht im Rahmen der hier monatlich erfolgenden einzelnen Tilgungsleistungen herausgeben, auch wenn sie insoweit keine Zwangsvollstreckung beabsichtigt. 142

Gleichwohl besteht ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers, die von ihm erhobene Vollstreckungsgegenklage auch auf die – endgültige - die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Höhe der inzwischen erbrachten Tilgungsleistungen zu erstrecken. Denn insoweit konnte er nicht davon ausgehen, dass eine Zwangsvollstreckung nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht mehr droht. Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie dem Gerichtsvollzieher nur beschränkte Vollstreckungsaufträge in Höhe der Forderungen erteilt hat, die ihrer Ansicht nach infolge der Teilkündigung fällig geworden sind. Denn aus dem Vollstreckungsprotokoll des Gerichtsvollzieher vom 09.09.2002 ergibt sich, dass mit der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde Nr. 0001 eine 143

Vollstreckung der Gesamtforderung versucht wurde. Dies liegt darin begründet, dass sich die Beklagte - wie sie nicht in Abrede gestellt hat - eine vollstreckbare Ausfertigung über die Gesamtforderung erteilen und dem Kläger durch den Gerichtsvollzieher zustellen ließ. Unter diesen Umständen war für den Kläger nicht erkennbar, dass nur ein beschränkter Vollstreckungsauftrag erteilt wurde und eine Zwangsvollstreckung wegen der bereits getilgten Darlehensteile nach den Umständen des Falles unzweifelhaft nicht drohte. Hierauf hätte die Beklagte sich dann berufen können, wenn sie sich eine vollstreckbare Ausfertigung nur für den ihrer Ansicht nach fällig gewordenen Teil der titulierten Ansprüche hätte erteilen und diese dem Kläger zustellen lassen. Die Beschränkung einer vollstreckbaren Ausfertigung auf einen Teil des Anspruchs ist ohne weiteres möglich und hat dann auch in der vollstreckbaren Ausfertigung zum Ausdruck zu kommen (vgl. BGH NJW 1995, 1162, 1163). Infolge der Zustellung der den Gesamtanspruch umfassenden vollstreckbaren Ausfertigung hat sie gegenüber dem Kläger nicht hinreichend deutlich gemacht, dass sie wegen der bereits getilgten Darlehensforderungen endgültig keine Vollstreckung mehr beabsichtigte. Der Kläger hat deshalb ein berechtigtes Interesse daran, im Wege der Vollstreckungsgegenklage klarstellen zu lassen, dass in dieser Höhe keine Vollstreckung mehr zulässig ist

Wegen der unstreitigen bis zum 31.12.2003 Tilgungsleistungen in Höhe von 63.059,16 € 144
(Tilgungsdarlehen) sowie 5846,16 € (Abschreibungsdarlehen) ist die Zwangsvollstreckung aus den beiden Urkunden daher auch insoweit für endgültig unzulässig zu erklären.

Die Addition von Aufrechnung und Tilgung führt zu dem in die Urteilsformel aufgenommenen 145
Zahlenwerk zur endgültigen Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung:

Darlehen 1617: $32.192,88 \text{ €} + 63.059,16 \text{ €} = 95.252,04 \text{ €} = 186.926,80 \text{ DM}$ 146

Darlehen 1616: $70.065,50 \text{ €} + 5.846,16 \text{ €} = 75.911,66 \text{ €} = 148.470,30 \text{ DM}$ 147

Die dort erwähnten restlichen Beträge errechnen sich mit der Differenz aus dem 148
Darlehensbeträgen und den endgültig für unvollstreckbar erklärten Beträgen wie folgt:

Darlehen 1617: $400.000 \text{ DM} - 186.296,80 \text{ DM} = 213.703,20 \text{ DM} = 109.264,71 \text{ €}$ 149

Darlehen 1616: $200.000 \text{ DM} - 148.470,30 \text{ DM} = 51.529,70 \text{ DM} = 26.346,72 \text{ €}$ 150

3. 151

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur 152
vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert für die erste Instanz wird auf die Streitwertbeschwerde der Beklagten vom 153
21.05.2003 in Abänderung der Streitwertfestsetzung im angefochtenen Urteil auf bis zu 130.000,00 € festgesetzt. Das Landgericht, das den Streitwert auf 320.000 Euro festgesetzt hat, hat insoweit nicht berücksichtigt, dass sich die Beklagte erstinstanzlich nur mit der Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung gewendet hat, dass die titulierten Ansprüche wegen der Unwirksamkeit der Teilkündigung derzeit nicht fällig seien. Zwar sind die erstinstanzlich gestellten Anträge des Klägers auf eine uneingeschränkte Unzulässigkeitsklärung der Zwangsvollstreckung gerichtet. Aus der Klagebegründung ergibt sich aber, dass sich die Vollstreckungsgegenklage in erster Linie auf die mangelnde Fälligkeit der Darlehensrückzahlungsansprüche wegen Unwirksamkeit der Teilkündigung stützte, hinsichtlich des Tilgungsdarlehens ist auch der Einwand der teilweisen Erfüllung geltend gemacht worden. Hinsichtlich des Abschreibungsdarlehens ist zwar zunächst die

Aufrechnung mit einem Teilanspruch aus der Bürgschaft in Höhe von 25.000 Euro erklärt worden, dieser Einwand ist aber, wie sich aus der Sitzungsniederschrift vom 25.11.2002 (GA Bl. 575 R.) ergibt, nicht mehr weiter verfolgt worden. Im übrigen ist die Aufrechnung mit der Bürgschaftsforderung nur "hilfsweise" für den Fall geltend gemacht worden, dass das Landgericht die Teilkündigung für wirksam hält. Das Landgericht hat die Anträge dahin verstanden, dass sich der Kläger nur gegen die Zwangsvollstreckung wendet, soweit diese aufgrund der Teilkündigung der Darlehen droht. Es hat deshalb die Zwangsvollstreckung nur für "derzeit" unzulässig erklärt, die Vollstreckungsklage jedoch im übrigen nicht abgewiesen. In den Entscheidungsgründen heißt es nämlich, dass die "geltend gemachten Vollstreckungsabwehransprüche" begründet seien. Eine Abweisung der Klage ist nur insoweit erfolgt, als der Kläger auch Herausgabe der vollstreckbaren Urkunde verlangt hat. Soll aber mit einer Vollstreckungsgegenklage die Vollstreckung – wie es im Streitfall dem Begehren des Klägers bezüglich des ganz überwiegenden Teils der vollstreckbaren Ansprüche entsprach - nur auf unbestimmte Zeit für unzulässig erklärt oder nur eine vereinbarte Fälligkeitsbestimmung durchgesetzt werden, ist bei der Streitwertfestsetzung nicht der Nennbetrag des vollstreckbaren Anspruchs in Ansatz zu bringen, vielmehr ist das Abwehrinteresse des Klägers gemäß § 3 ZPO zu schätzen (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 24. Aufl., § 3, Stichwort "Vollstreckungsabwehrklage"). Zusätzlich war hier die zur "endgültigen" Unzulässigkeitsklärung der Zwangsvollstreckung führende Einwendung der teilweisen Erfüllung des Tilgungsdarlehens in Ansatz zu bringen, über die zwar im erstinstanzlichen Urteil nicht ausdrücklich entschieden worden ist, die aber für einen Teilbetrag in Höhe von 37.494,70 Euro (GA Bl. 303) geltend gemacht worden ist. Insgesamt bemisst der Senat den Streitwert für die erste Instanz auf bis zu 130.000,00 Euro.

Der Streitwert für die Berufungsinstanz beträgt, da nunmehr – neben dem Einwand mangelnder Fälligkeit - weitere Tilgungsleistungen und die Aufrechnung mit der Bürgschaftsforderung geltend gemacht worden sind - bis zu 260.000 Euro. 154

Ein begründeter Anlass, die Revision zuzulassen, ist nicht gegeben. 155