

---

**Datum:** 12.04.2000  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 5. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 5 U 145/99  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2000:0412.5U145.99.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 25 O 456/97

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 25. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 02.06.1999 - 25 O 456/97 - wird zurückgewiesen. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens - einschließlich des für erledigt erklärten Teils - zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistungen in Höhe von 18.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Klägerin wird gestattet, eine Sicherheitsleistung auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer bundesdeutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.

---

**Tatbestand:**

Der Beklagte war Pächter der Gaststädte "H. F." in L.. Verpächter und Eigentümer der Immobilie war zunächst eine Frau F., nachfolgend der T. L. e.V..

Unter dem 15.12.1997 erklärte dieser die außerordentlich fristlose Kündigung des Pachtvertrages aus wichtigem Grund zum 31.12.1997. Der Beklagte setzte sich gegen diese fristlose Kündigung nicht zur Wehr.

Die Gaststädte "H. F." wurde weiterbetrieben. Konzessionsträger ist seit 1990 Herr E. P., Lebensgefährte des Beklagten. Die entsprechende Gewerbeanmeldung weist als Betreiber Herrn P. in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Herrn S. L. aus.

1

2

3

4

5

Die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits haben mehrere Verträge geschlossen, insbesondere am 06.12.1989 einen - so bezeichneten - Darlehens- Kauf- und Bierlieferungsvertrag.

In diesem Vertrag heißt es unter Ziffer 1. "Kaufvertrag" wie folgt:

"Die Brauerei verkauft und übergibt Herrn P. als Inventar für die Gaststätte im Haus B. L., L. die aus der Anlage zu diesem Vertrag ersichtlichen Gegenstände. Der Kaufpreis beträgt ca. 120.000,00 DM + 14% Mehrwertsteuer 16.800,00 DM, insgesamt 136.800,00 DM.

Der Verkauf des Inventars erfolgt unter Eigentumsvorbehalt. Das Eigentum an den Gegenständen geht auf den Darlehensnehmer erst dann über, wenn alle Verpflichtungen aus diesem Vertrag einschließlich der Getränkebezugsverpflichtung restlos erfüllt sind. Bis dahin haftet der Darlehensnehmer als Entleiher.

Sobald der Pachtvertrag über die oben angeführte Gaststätte sein Ende gefunden hat, ist die Brauerei berechtigt, das Inventar an den Nachfolgepächter unter Berücksichtigung einer Abschreibung von 0,84% monatlich vom Kaufpreis für jeden angefangenen Monat der Inventarbenutzung zu verkaufen und diesen Verkaufserlös mit den übrigen Forderungen aus diesem Vertrag sowie aus dem Pachtvertrag zu verrechnen ...".

Zusätzlich gewährte die Klägerin dem Beklagten in dem Vertrag ein Bardarlehen in Höhe von 13.200,00 DM und vereinbarte mit ihm, dass der Kaufpreis für das Inventar in ein Darlehen umgewandelt werden sollte, so dass der Darlehensgesamtbetrag 150.000,00 DM betragen sollte.

Die Darlehenstilgung sollte dergestalt erfolgen, dass ein Aufschlag je hl bezogenen Bieres, mindestens jedoch monatlich 1.250,00 DM an die Klägerin zu zahlen waren, beginnend mit dem 01.03.1990. Ferner verpflichtete sich der Beklagte für die Dauer von 10 Jahren, d. h. vom 01.03.1990 bis 28.02.2000 vertraglich im einzelnen aufgeführte Biersorten ausschließlich und ununterbrochen bei der Klägerin, einer ihrer Vertriebsstellen oder einer ihrer selbständigen Verleger zu beziehen sowie zum Ausschank und Verkauf zu bringen, wobei eine Mindestabnahmepflicht von 4000 hl vereinbart war.

Durch weitere Verträge vom 19.02.1990, vom 23.07.1990 und vom 12.09.1994 gewährte die Klägerin dem Beklagten 3 weitere Darlehen in Höhe von insgesamt weiteren 70.022,52 DM.

Im einzelnen wird auf die diversen schriftlich fixierten Vereinbarungen der Parteien Bezug genommen.

Ab Ende Oktober 1997 erfolgte der Bierbezug für H. F. nicht mehr von der Klägerin, sondern vielmehr von der D.. Die auf die Klägerin hindeutende Außenwerbung an der Gaststätte wurde durch entsprechende der D. ersetzt.

Die Klägerin hat daraufhin gegen den Beklagten ein einstweiliges Verfügungsverfahren angestrengt (25 O 452/97 Landgericht Köln) mit dem Ziel der Unterlassung anderweitigen Bierbezuges und gleichzeitig die vorliegende Hauptsacheklage erhoben.

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren ist durch Urteil des Landgerichts vom 17.12.1997 dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsgeld untersagt worden, nicht von der Klägerin bezogenes Bier zum Ausschank zu bringen.

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

16

17

Den diesbezüglichen Vollstreckungsantrag der Klägerin hat das Landgericht nach Vernehmung von Zeugen durch Beschluss vom 03.06.1998 zurückgewiesen, weil nicht feststehe, dass der Beklagte überhaupt noch Betreiber der Gaststätte sei. Vielmehr spreche das Ergebnis der Beweisaufnahme dafür, dass Betreiber nur die eingangs genannten Herrn P. und L. seien. Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde der Klägerin hat der erkennende Senat durch Beschluss vom 28.09.1998 - 5 W 54/98 - unter Bestätigung der landgerichtlichen Beweiswürdigung zurückgewiesen.

Im vorliegenden Hauptsacheverfahren hat die Klägerin zunächst ebenfalls Unterlassung anderweitigen Bierbezugs bis zum Ende der vertraglichen Laufzeit - 28.02.2000 - begehrt und weiterhin zusätzlich Schadensersatz wegen bereits erfolgten anderweitigen Bierbezuges geltend gemacht. 18

Sie hat das Verhalten des Beklagten als Vertragsverstoß gewertet und hierzu die Ansicht vertreten, der Beklagte habe schuldhaft gegen seine vertraglich vereinbarte Pflicht zu 10jährigen Bierbezug ausschließlich von der Klägerin verstoßen. Tatsächlich sei er nach wie vor Betreiber der Gaststätte. Ihr sei durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten und die damit verbundene Absatzeinbuße von 33,22 hl ein Rohgewinn in Höhe von 236,00 DM pro hl, also monatlich 7.839,92 DM entgangen, den sie zunächst für den Zeitraum vom 1. November 1997 bis zum 31.05.1998 in Höhe von 54.879,44 DM geltend macht, hilfsweise für die Zeit ab 1. Juni 1998 bis Vertragsende. 19

Die Klägerin hat beantragt, 20

1. den Beklagten zu verurteilen, es bis zum 28.02.2000 zu unterlassen, in dem Gaststättenobjekt B. L., L. (Gaststätte nebst Biergarten zur Zeit "H. F." genannt) Fass- und Flaschenbier zum Ausschank und Verkauf zu bringen, welches nicht nach Weisung der Klägerin von ihr direkt oder einer ihrer Vertriebsstellen bzw. ihrer selbständigen Verleger bezogen wurde, 21
2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 54.979,44 DM zu zahlen, nebst 7% Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit.

Der Beklagte hat beantragt, 22

die Klage abzuweisen. 23

Er hat die Ansicht vertreten, der Darlehens- Kauf- und Bierlieferungsvertrag sei nach § 34 GWB bzw. auch nach § 138 BGB unwirksam. Was den Unterlassungsanspruch anbetreffe, könne er diesem gar nicht nachkommen, weil er die Gaststätte schon seit geraumer Zeit aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr betreibe. Er habe demzufolge keinen Vertragsverstoß begangen, sondern sich aus gesundheitlichen Gründen aus dem Betrieb der Gaststätte zurückgezogen. 24

Durch Urteil vom 02.06.1999, auf das wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem Beklagten sei schon nicht durchsetzbar, weil er selbst die Gaststätte nicht mehr betreibe; im übrigen sei die vereinbarte Bezugsbindung auch unwirksam. Der zwischen den Parteien geschlossene Kauf- und Bierlieferungsvertrag sei nämlich wegen Verstoßes gegen das Schriftformgebot nach § 34 GWB gemäß § 125 BGB 25

nichtig.

Gegen dieses am 17.06.1999 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 14.07.1999 Berufung eingelegt und diese am 16.08.1999 - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 16.09.1999 - begründet. 27

Mit ihrer Berufung, mit der sie zunächst ihre beiden erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt hat, wiederholt und vertieft die Klägerin zunächst ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht ferner geltend, der Beklagte betreibe offenen und vorsätzlichen Vertragsbruch; sein Verhalten sei rechtsmissbräuchlich. Der Bierlieferungsvertrag sei nicht unwirksam, verstoße insbesondere nicht gegen § 34 GWB. Schutzzweck des § 18 GWB und damit des § 34 GWB sei nicht die Inhaltskontrolle des Vertrages als solche im zivilrechtlichen Sinne, sondern nur die Kontrolle von dessen Auswirkungen auf den Markt und im Hinblick auf den Wettbewerb unter konkurrierenden Unternehmen. Die hier streitige Regelung des § 1 des Vertrages vom 06.12.1989 falle nicht in diesen Regelungsbereich. 28

Hinsichtlich des Unterlassungsanspruches sei der Beklagte passivlegitimiert, da er nach wie vor faktischer Betreiber der Gaststätte sei. 29

Im Hinblick auf den zwischenzeitlichen Ablauf der Vertragsdauer beantragt die Klägerin nunmehr nur noch, 30

den Beklagten zu verurteilen, an sie 54.979,44 DM nebst 4% Zinsen ab Rechtshängigkeit zu zahlen, 32

hilfsweise ihr Vollstreckungsschutz zu gewähren und ihr die Erbringung einer Sicherheitsleistung auch durch Bankbürgschaft zu gestatten. 34

Den Unterlassungsanspruch erklärt die Klägerin für erledigt und beantragt, 35

dem Beklagten die Kosten des erledigten Teils des Rechtsstreits aufzuerlegen. 37

Der Beklagte beantragt, 38

die Berufung zurückzuweisen. 40

Im übrigen schießt er sich der teilweisen Erledigungserklärung der Klägerin an und beantragt, 41

auch insoweit der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. 43

Auch der Beklagte wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und macht ergänzend geltend: Der fragliche Vertrag sei nicht nur wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis gemäß § 34 GWB unwirksam, sondern auch wegen der ihm auferlegten Bindung an die Bezugsverpflichtung über den Zeitpunkt der Darlehenstilgung 44

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| hinaus, ferner auch im Hinblick auf seine im Vertrag statuierte Pflicht als Darlehensnehmer zur Weitergabe der Bezugsverpflichtung auf einen evtl. Nachfolger sowie wegen übermäßiger Sicherung des Darlehensgebers.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |    |
| Im übrigen sei er seit 1998 nicht mehr Betreiber der Gaststädte und sei der Pachtvertrag seitens des Verpächters wirksam gekündigt worden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 45 |
| Der behauptete Schaden sei nicht nachvollziehbar dargetan. Da die Klägerin nach eigenem Vortrag schon seit Jahren nicht mehr von ihrer Schwesterfirma, sondern von einer Drittfirma Bier beziehen müsse, sei von einem höheren als dem ursprünglich an die Schwesterfirma gezahlten und der Schadensberechnung zugrunde gelegten Einstandspreis auszugehen mit der Folge einer geringeren als der behaupteten Gewinnspanne.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 46 |
| Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die beiderseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 47 |
| Laut eigener Erklärung der Klägerin im Termin vor dem Senat vom 01.03.2000 war die Darlehensrückzahlung im 7. Jahr der Laufzeit im wesentlichen erledigt. Im Jahr 1997 ist hiernach der Schuldsaldo bis auf einen Betrag von 3.711,14 DM zurückgeführt worden und hat sich nachfolgend auch nicht nennenswert erhöht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 48 |
| <b>E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 49 |
| Die zulässige Berufung der Klägerin ist in der Sache nicht gerechtfertigt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 50 |
| 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 51 |
| Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zu. Sie kann vom Beklagten nicht Ersatz des ihr deshalb entgangenen Gewinns verlangen, weil sich der Beklagte geweigert hat, ab 1. November 1997 bis 31. Mai 1998 und fortdauernd, auf letzteres wird der Anspruch hilfsweise gestützt, von ihr zwecks Ausschanks Fassbier abzunehmen. Ein solcher Anspruch folgt weder aus § 326 BGB noch aus schuldhafter Vertragsverletzung. Der Beklagte war nämlich jedenfalls für den streitigen Zeitraum nicht mehr gemäß § 4 des Vertrages vom 6. Dezember 1989 verpflichtet, von der Klägerin nach Maßgabe des dort Niedergelegten Bier zu beziehen. Diese Klausel ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 52 |
| a)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 53 |
| Die Bierbezugsverpflichtung ist als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von §§ 1, 2 AGBG Vertragsinhalt geworden. Es handelt sich ersichtlich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die die Klägerin gegenüber ihren Geschäftspartnern, den Gastwirten, verwendet. Dass die Klausel in Bezug auf die Laufzeit mit einem ausfüllungsbedürftigen Leerraum versehen war, ändert an der rechtlichen Einordnung im Streitfall nichts. Denn der Beklagte hatte als Kunde nicht die Möglichkeit, die Lücke als Ergebnis eines individuellen Aushandelns durch Einsetzung einer bestimmten Laufzeit zu füllen. Er hatte vielmehr die von der Klägerin als für Verträge des konkret vereinbarten Inhalts regelmäßig und typischerweise vorgegebene Laufzeit hinzunehmen. Anderes wird von den Parteien nicht vorgetragen. Dann handelt es sich aber um AGB (vgl. BGH NJW 1998, 2815; 1999, 2180). Dafür spricht im übrigen auch § 8 des Vertrages, worin unter der Überschrift Besondere Vereinbarungen niedergelegt ist, dass über im einzelnen dort aufgeführte Punkte nach besonderer Erörterung eine Einigung erzielt worden sei. Die in Rede stehende Laufzeit ist darin aber nicht enthalten. | 54 |

Schließlich steht auch § 8 AGBG einer Inhaltskontrolle nicht entgegen. Laufzeitregelungen sind kontrollfähig (vgl. BGH NJW 1997, 1849). 55

b) 56

§ 9 AGBG verbietet eine mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbare unangemessene Benachteiligung von einigem Gewicht. Beurteilungsmaßstab sind die beiderseitigen Rechte und Pflichten, wie sie sich ohne die Klausel darstellen würden. Wird durch die Klausel davon abweichend ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der Rechte und Pflichten zu Lasten des Kunden bewirkt, kommt § 9 AGBG zum Zuge, wobei insbesondere die Eigenart des Vertrages zu beachten und der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen ist (vgl. zum Ganzen Palandt-Heinrichs, 59. Aufl., § 9 AGBG Randnoten 6 - 10). 57

Im Gaststättengewerbe sind Bierlieferungsverträge mit auch langjähriger Bezugsbindung unter Einschluss einer Ausschließlichkeitsvereinbarung bekanntermaßen durchaus nicht unüblich. Sie bietet der Brauerei eine sichere Absatzmöglichkeit mit den sich daraus ergebenden vielfältigen Vorteilen und gibt auch dem Abnehmer Sicherheit für den Geschäftsbetrieb und vor allem die Möglichkeit, bei Vertragsabschluss erhebliche Starthilfen zu erlangen, ohne die eine Aufnahme des Betriebs häufig gar nicht in Betracht kommen würde. Insofern bestehen im Grundsatz gegen solche Vereinbarungen keine Bedenken. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, dass eine insbesondere viele Jahre andauernde Bindung die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Gastwirts nicht unerheblich einengt, was im Extremfall sogar zum Ruin führen kann. Er kann sich weder auf einen sich etwa ändernden Publikumsgeschmack einstellen noch bleiben ihm nennenswerte Spielräume in der Preisgestaltung, was seine Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt. Häufig ist er gezwungen, einen Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten, obwohl er sich als längerfristig unrentabel erweist. Deshalb bedürfen sehr langfristige Bezugsbindungen unter dem Gesichtspunkt des § 9 AGBG (aber auch des § 138 BGB) nach Ansicht des Senats einer besonderen Rechtfertigung, das heißt den evidenten Nachteilen des Gastwirts müssen angemessene Gegenleistungen der Brauerei gegenüberstehen bzw. ihnen muss durch von ihr zu gewährende Vorteile jedenfalls angemessen Rechnung getragen werden. Das ist in der Rechtsprechung auch seit langem anerkannt (vgl. nur BGH NJW 1978, 1519; 1985, 2693). Schließlich sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine formularmäßig festgesetzte Laufzeit dem in Artikel 8 I c) d) der Verordnung Nr. 1984/83 der EG-Kommission vom 22.06.1993 (abgedruckt bei Paulus, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Brauerei- und Gaststättenrecht, 9. Aufl., Seite 208/209) zum Ausdruck kommenden Gedanken, langjährige Bindungen insbesondere auch aus Wettbewerbsgründen einzuschränken, ohnehin auf 5 bzw. 10 Jahren zu beschränken ist (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O., Randnote 70). 58

Die Prüfung des gesamten Vertragsinhalts führt im Streitfall zu einer unangemessenen Benachteiligung des Beklagten. 59

Die zehnjährige Bezugsbindung sah für den Beklagten keinerlei Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung vor. Weder die Rückzahlung des Darlehens noch die Kündigung des Pachtvertrags seitens des Verpächters noch sonstige, auch unverschuldet eintretende Umstände, die ihm die Fortführung der Gaststätte unmöglich machten, boten die Möglichkeit der vorzeitigen Laufzeitbeendigung. Eine Kündigung etwa wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus in der Person des Beklagten liegendem wichtigen Grund müsste daran scheitern, dass diese in dessen Risikobereich fallen. Aus § 5 des Vertrages ergibt sich - unbeschadet der Frage seiner Wirksamkeit - nichts anderes. Falls es dem 60

Beklagten nämlich im Falle der Geschäftsaufgabe gelungen wäre, einen der Klägerin (und dem Verpächter) genehmen Nachfolger zu finden, würde er gleichwohl weiterhin für die Erfüllung der Bezugsverpflichtung einzustehen haben.

Darüber hinaus ist die Bezugsbindung mit einer Mindestabnahmepflicht von immerhin 4.000 Hektolitern und einer Ausschließlichkeitsklausel verbunden, so dass der Beklagte nicht in der Lage war, durch Ausweitung der im Ausschank zu bringenden Biersorten eine Umsatz- und Gewinnsteigerung zu erzielen. Ferner ist beachtlich, dass der Beklagte die von der Klägerin jeweils festgesetzten Bierabnahmepreise hinzunehmen hatte, wobei nicht abzusehen war, ob diese konkurrenzfähig sein würden. Daran ändert die vereinbarte Rückvergütung je Hektoliter verkauften Bieres nichts. Sie bedeutet lediglich, dass sich aus der Differenz zwischen Abgabe und Rückvergütung der "wahre" Kaufpreis ergibt. Ein echter Vorteil ergäbe sich daraus nur, wenn vergleichbaren anderen Gastwirten eine solche Rückvergütung nicht gewährt würde, was indessen nicht behauptet wird. 61

Der Beklagte war durch die Bezugsverpflichtung in ihrer konkreten Ausgestaltung von vornherein erheblich benachteiligt. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die ihm ansich zustehende wirtschaftliche Dispositionsfreiheit als auch insbesondere im Verhältnis zur Klägerin. Ihm war sehr langfristig die Möglichkeit genommen, auf die abzunehmende Ware, deren Preis und die sonstigen Lieferkonditionen durch Verhandlungen mit der Klägerin Einfluss zu nehmen und/oder sonstige Vorteile zu erlangen, die im Handelsgewerbe seitens des Produzenten/Verkäufers häufig gewährt werden. 62

c) 63

Die in der zehnjährigen Bindung liegende erhebliche Benachteiligung ist im Streitfall unangemessen, denn sie ist weder durch die Darlehensgewährung noch anderweitige Vorteile gerechtfertigt bzw. ausgeglichen. 64

Es soll nicht verkannt werden, dass die Hingabe eines ungesicherten Darlehens ein nicht unerhebliches Risiko darstellen kann, dass eine angemessene Gegenleistung rechtfertigt. Das in Höhe von 150.000,00 DM zur Verfügung gestellte Darlehen war indessen nur zu einem Teil von 38.000,00 DM ungesichert, der Rest ist zur Begleichung des Kaufpreises für das anzuschaffende Inventar verwendet worden und war durch die Sicherungsübereignung gesichert. Darüber hinaus war der Beklagte der Klägerin seit mehr als 20 Jahren als solventer und seriöser Geschäftspartner bekannt, wie der Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat. Es mag sein, dass Gaststätteninventar relativ rasch an Wert verliert, insbesondere wenn es zu einem Pächterwechsel kommt. Davon war im Streitfall indessen jedenfalls für einen überschaubaren Zeitraum nicht auszugehen. Darüber hinaus hat die Klägerin das Inventar mit 0,84 % monatlich steuerlich abgeschrieben, einen etwaigen Verlust also stetig ausgeglichen. Ferner hat sie sich 8 % Zinsen jährlich ausbedungen, eine Verzinsung, die ihr problemlos eine Refinanzierung gestattete und - wenn überhaupt - nur geringfügig unter dem marktüblichen Zins lag, den der Beklagte anderweitig zu zahlen gehabt hätte. Im übrigen muss das Argument, das Inventar habe nach Einbringen in der Gaststätte rasch an Wert verloren, auch für den Beklagten gelten. 65

Die Darlehensgewährung war unter Beachtung aller Umstände keine angemessene Gegenleistung für eine langjährige Bezugsbindung. Der Beklagte hatte 8 % Zinsen jährlich zu zahlen und musste sogar mit einer Erhöhung der Zinsen nach Maßgabe von § 9 des Vertrages rechnen. Nach vertragsgemäßer Rückführung des gesamten Darlehens sollte er das Eigentum am Inventar erwerben, das nach der Behauptung der Klägerin dann kaum noch einen Wert besaß. Zudem war er verpflichtet, das ihm bis dahin leihweise überlassene 66

Inventar zu versichern sowie auf eigene Kosten Instand zu halten. Er hat also im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung keinen Vorteil erlangt, den er nicht zu vergüten verpflichtet war.

Nach allem erscheint es im Hinblick auf die Darlehensgewährung nur gerechtfertigt, der Klägerin einen Ausgleich dafür zu gewähren, dass der Rückzahlungsanspruch ungesichert war und dem Beklagten deshalb Nachteile zuzumuten, weil ihm durch die Darlehensgewährung die Aufnahme des Geschäftsbetriebes erst ermöglicht wurde. Dem Interesse der Klägerin wäre nach Ansicht des Senates zum einen dadurch genügt gewesen, dass der Beklagte im Rahmen der Vereinbarung so lange an die Bezugspflicht gebunden geblieben wäre, bis das Darlehen zurückgezahlt war. Das erscheint nach dem Vertrag geboten, weil die kontinuierliche Rückführung des Darlehens an den Hektoliterumsatz gekoppelt ist. Zum anderen wäre eine Mindestlaufzeit vorzusehen gewesen, die der Beklagte auch bei vorzeitiger Rückzahlung etwa bereits nach ein, zwei oder drei Jahren einzuhalten gehabt hätte, weil die Klägerin als Bierproduzent/Bierverkäufer naturgemäß am Absatz ihrer Produkte/Waren verdienen wollte und Darlehen gerade deshalb gewährte. Wegen der überaus großen Bedeutung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit hätte diese Mindestlaufzeit aber im konkreten Fall nicht mehr als fünf Jahre betragen dürfen. Eine feste Bezugsbindung von zehn Jahren ohne Rücksicht auf die Tilgung des gewährten Darlehens stellt sich dagegen als im Streitfall eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Beklagten dar. Damit ist die Klausel unwirksam.

Auf die später getroffenen Vereinbarungen kommt es nicht an. Maßgebender Beurteilungszeitraum ist der Vertragsschluss (vgl. Palandt-Heinrichs, a.a.O., Randnote 2). Im übrigen rechtfertigen die Nachträge vom 19. Februar 1990, 23. Juli 1990 und 12. September 1994 auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht den Einwand missbräuchlichen Verhaltens. Die Darlehenserhöhungen vom 19.02. und 23.07.1990 waren im wesentlichen durch eine Eigentümergrundschild gedeckt, die Gewährung von weiteren 10.000,00 DM im Jahre 1994 fällt ersichtlich nicht ins Gewicht und wurde zudem durch die Einbehaltung der Rückvergütung getilgt.

d) 69

In Folge der Unangemessenheit der Klausel fällt diese vollständig und ersatzlos weg. Eine geltungserhaltende Reduktion kommt nicht in Betracht (vgl. BGH NJW 2000, 1110, 1113). 70

Im Streitfall scheidet auch eine der Klägerin möglicherweise günstige Herabsetzung der Laufzeit im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus. Zwar ist anzunehmen, daß die Lücke mangels dispositiven, den beiderseitigen Interessen gerecht werdenden Gesetzesrechts keine angemessene Lösung bietet, so daß jedenfalls die Klägerin eine andere Vereinbarung gewollt hätte und der Beklagte sich dem sicher nicht hätte verschließen können. Eine Vertragsauslegung scheitert aber daran, daß mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten (vgl. hierzu BGH a.a.O.). Denkbar ist die Vereinbarung einer Laufzeit von 10 Jahren verbunden mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nach Ablauf einer Mindestzeit von vielleicht 5 Jahren für den Fall der vollständigen Darlehensrückzahlung, wobei bei diesem Modell wiederum verschiedene Regelungen vorstellbar sind, z. B. in Bezug auf Zeitpunkt und Fristen der Kündigung. Denkbar ist aber auch eine an die Laufzeit des Darlehens gekoppelte Bezugspflicht mit sonstigen Zusatzvereinbarungen wie Mindest- und Höchstlaufzeiten, Optionen u.a.. 71

2. 72



|                                                                                                                                                                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Ob die Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wie der Beklagte meint, oder nach §§ 34 GWB a.F., 125 BGB unwirksam ist, wie das Landgericht angenommen hat, kann nach allem dahinstehen.                                                        | 73 |
| 3.                                                                                                                                                                                                                                                                       | 74 |
| Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 a, 97, 708 Ziffer 10, 711 ZPO.                                                                                                                                                                                    | 75 |
| Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs übereinstimmend für erledigt erklärt haben, sind der Klägerin die Kosten aufzuerlegen, weil insoweit ihre Klage von Anfang an unbegründet war. Das folgt aus den vorstehenden Ausführungen. | 76 |
| Wert der Beschwer der Klägerin: über 60.000,00 DM.                                                                                                                                                                                                                       | 77 |

---