
Datum: 09.01.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 158/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0109.3U158.05.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 3 O 537/03
Schlagworte: Deckungsbeitragsausgleich für Mindermengen einer Bierbezugsverpflichtung als Schadensersatz
Normen: BGB §§ 138, 305, 309 Nr. 5, 310 Abs. 1

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Beklagten zu 2) gegen das am 10.8.2005 verkündete Zweite Teil-Versäumnisurteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bonn (3 O 537/03) wird dieses teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Einspruch des Beklagten zu 2) gegen den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Euskirchen vom 12.9.2003, Az.: 03.2834319-2-5 wird insoweit verworfen, als der Beklagte zu 2) zur Zahlung von 28.589,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14.8.2003 verurteilt wurde. Im Übrigen wird der Vollstreckungsbescheid aufgehoben und die Klage gegen den Beklagten zu 2) abgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten zu 2) zu 80 % und der Klägerin zu 20 % auferlegt. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung der Schlussentscheidung des Landgerichts vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

GRÜNDE:

I.

Am 13.8.1996 erwarben die Beklagten das Grundstück C. Str 17 in B.; die auf diesem Grundstück gelegene Gaststätte hatten sie bereits seit 1995 angepachtet. Am 5.12.1996 schlossen die Parteien sodann einen Darlehens- und Bierlieferungsvertrag. Die Klägerin gewährte den Beklagten ein Darlehen in Höhe von 80.000,-- DM für die Gaststätte "Haus T.", C. Str. 17. Die Beklagten verpflichteten sich gemäß § 4 des Vertrages im Rahmen einer Bezugsverpflichtung, bestimmte Mengen an Dom-Kölsch-Fassbier und Bitburger Pils zu den jeweils gültigen Preisen bei der Klägerin abzunehmen. Für den Fall der Nichtabnahme vereinbarten die Parteien in § 5 des Vertrages eine Verpflichtung der Beklagten, pro minder abgenommenem Hektoliter 25 % des jeweils für sie geltenden Biereinkaufspreises an die Klägerin als Deckungsbeitragsausgleichszahlung zu leisten, wobei eine Nachtragsvereinbarung die Möglichkeit für die Beklagten eröffnete, eventuelle Mindermengen vorzutragen und eine Verlängerung des Vertrages zu verlangen. Die Tilgung des Darlehens sollte in monatlichen Raten von jeweils 700,-- DM erfolgen. Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen wird auf die zu den Akten gereichten Ablichtungen des Vertrages vom 5.12.1996 und der Nachtragsvereinbarung vom gleichen Tage, Bl. 24 – 28 und 31 GA, Bezug genommen.

Die Klägerin verlangt, nachdem sie im März 2003 das Darlehen unter Bezugnahme auf § 6 des Bierlieferungsvertrages fällig gestellt hatte, die gemäß § 5 des Vertrages vereinbarten Deckungsbeitragsausgleichszahlungen für den Zeitraum 1996 – 2002. Sie berechnet diesen Betrag unter Zugrundelegung der jeweils gültigen Preislisten einschließlich Mehrwertsteuer auf insgesamt 35.522,13 €. Wegen der Einzelheiten der Berechnung, insbesondere wegen der jeweils zugrunde gelegten tatsächlichen Abnahmemengen und Preise wird auf die Berechnung in der Klagebegründung, Bl. 22 GA Bezug genommen.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe 1996 – 1998 insgesamt 147,60 hl, 1999 – 2000 insgesamt 236,63 hl, 2001 150 hl und 2002 149,50 hl zu wenig abgenommen.

Die Beklagten haben behauptet, die Berechnung sei hinsichtlich der Mengen fehlerhaft. Auch die angesetzten Preise seien ab 1998 fehlerhaft, denn die Beklagten hätten keiner Preiserhöhung zugestimmt. Sie hätten außerdem den in § 4 festgelegten Umsatzerwartungen nicht zugestimmt. Die Beklagten haben schließlich die Ansicht vertreten, bei § 5 des Bierlieferungsvertrages handele es sich um eine unzulässige verdeckte Vertragsstrafe.

Nachdem der Beklagte zu 2) (das Verfahren gegen die Beklagte zu 1) ist wegen eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen unterbrochen) im Termin zur Verhandlung über den Einspruch gegen den vom Amtsgericht Euskirchen auf Antrag der Klägerin erlassenen Vollstreckungsbescheid nicht ordnungsgemäß vertreten war, verwarf das Landgericht den

Einspruch im Wege des 2. Teil-Versäumnisurteils.

Hiergegen wendet sich der Beklagte zu 2) mit seiner Berufung. Unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen behauptet der Beklagte zu 2), der vertraglich vorausgesetzte Umsatz habe unter keinen Umständen erzielt werden können. 8

Der Beklagte zu 2) beantragt, 9

unter Aufhebung des 2. Teilversäumnisurteils des Landgerichts Bonn vom 10.8.2005 sowie des Vollstreckungsbescheids des Amtsgerichts Euskirchen vom 12.9.2003, Az.: 03-2834319-2-5, die Klage gegen ihn abzuweisen.

Ergänzend beantragt er, 11

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und den Rechtsstreit nach dort zu verweisen. 12

Die Klägerin beantragt, 13

die Berufung des Beklagten zu 2) zurückzuweisen. 14

Die Klägerin verteidigt die angefochtene Entscheidung. Ihre Gestellungskosten ohne Berücksichtigung der Generalkosten hätten sich bis Rampe Abfüller in den Jahren 1997 auf 44,16 DM und 1998/1999 auf 49,81 DM belaufen, so dass die Deckungsbeitragsausgleichszahlungen keinesfalls überhöht seien. Der vertraglich vereinbarte Mindestabsatz von 150 hl Bier/Jahr sei auch nicht übersetzt gewesen, denn die Beklagten hätten bereits im Jahre 1995 143,74 hl und bis zum 31.8.1996 weitere 139,96 hl in der gleichen Gaststätte abgesetzt. Einen Zusammenbruch des Umsatzes habe es auch seit 2000 nicht gegeben. Zwar sei seit diesem Zeitpunkt der Absatz jährlich um rund 5 % zurückgegangen. Einen derartigen Umsatzrückgang hätte die Klägerin jedoch auch ohne weiteres akzeptiert. Er könne daher bei der Berechnung der geschuldeten Deckungsbeitragsausgleichszahlung berücksichtigt werden. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Schriftstücke Bezug genommen. 16

II. 17

Die formell einwandfreie, insgesamt zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg. 18

Nachdem in erster Instanz der Einspruch des Beklagten zu 2) gegen den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Euskirchen vom 12.9.2003 verworfen wurde, kann trotz des Prüfungsumfangs des § 514 Abs.2 ZPO die Berufung darauf gestützt werden, die Klage sei nicht schlüssig (vgl. BGH, Beschl. v. 6.5.1999, V ZB 1/99, NJW 1999, 2599; OLG Hamm Urt. v. 10.9.2001- 8 U 180/00, OLGR Hamm 2002, 38). 19

Die Berufung ist danach begründet, soweit in dem Vollstreckungsbescheid mehr als 20
28.589,45 € nebst anteiliger Zinsen titulierte worden sind.

Die Verpflichtung zur Abnahme bestimmter Mindestmengen in § 4 des zwischen den Parteien geschlossenen Darlehens- und Bierlieferungsvertrags vom 5.12.2004 begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. 21

Insbesondere ist die Bierbezugsverpflichtung über einen Zeitraum von 10 Jahren unter gleichzeitiger Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge nicht wegen Sittenwidrigkeit gemäß §§ 134, 138 BGB unwirksam.

Die Vereinbarung einer Bezugsdauer von 10 Jahren ist als Gegenleistung zur Gewährung eines Darlehens durch die Brauerei regelmäßig nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urt. v. 25.4.2001, VII ZR 135/00, NJW 2001, 2331). Auch die Koppelung der Bierbezugsdauer mit einer Mindestabnahmemenge von 150 hl / Jahr ist zulässig. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die festgelegte Mindestabnahmemenge realistisch von den Beklagten nicht zu erreichen gewesen wäre, wofür aber entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2) nichts ersichtlich ist. Denn der Beklagte zu 2) war gemeinsam mit der Beklagten zu 1) bereits seit Anfang 1995 Pächter der Gaststätte. 1995 wurden vom Beklagten zu 2) und seiner Ehefrau ein Umsatz von 143,75 hl, also annähernd ein Absatz in Höhe der Mindestabnahmemenge erreicht. 1996 wurde dann bereits in den ersten 8 Monaten ein Absatz von 139,96 hl, also ein durchschnittlicher monatlichen Absatz von 17,5 hl erreicht, der für das Gesamtjahr 1996 sogar einen Umsatz von rund 210 hl erwarten ließ. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2) nichts dafür ersichtlich, dass bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Parteien erkennbar gewesen sein könnte, dass sich der vorausgesetzte Absatz nicht dauerhaft würde erzielen lassen. Es trifft angesichts dessen, dass der Beklagte zu 2) die Gaststätte bereits seit 1 ¾ Jahr als Pächter betrieb, auch nicht zu, dass aufgrund der Übernahme der Gaststätte durch die Beklagten, welche afghanischer Abstammung sind, ein massiver Umsatzeinbruch zu erwarten war. Im Gegenteil war die Übernahmephase, in der allgemein mit Anlaufverlusten zu rechnen ist, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits beendet. Der Beklagte zu 2) konnte daher auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses realistisch einschätzen, ob der vorausgesetzte Umsatz erzielbar war. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Umsatzentwicklung letztlich einen gänzlich anderen Verlauf nahm. Denn einerseits ist unklar, worauf der ganz besonders starke Umsatzeinbruch in der streitgegenständlichen Gaststätte beruht, der durch die allgemeine negative wirtschaftliche Entwicklung nur schwer zu erklären ist. Zum anderen gehörten aber eben diese Unwägbarkeiten der künftigen Entwicklung des Bierabsatzes zu dem von den Beklagten übernommenen unternehmerischen Risiko.

Die in § 5 des Vertrages vereinbarte Deckungsbeitragsausgleichszahlung, die in Höhe von 25 % des jeweiligen Biereinkaufspreises für den Fall fällig sein sollte, dass die Beklagten die Mindestabsatzmenge gemäß § 4 des Vertrages nicht erreichen, ist im Ergebnis ebenfalls nicht zu beanstanden. Dies gilt auch dann, wenn man in der Regelung eine allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. §§ 305 ff BGB sieht.

§ 5 des Vertrages enthält entgegen der Auffassung des Beklagten zu 2) kein Vertragsstrafeversprechen, sondern die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes. Von einem Vertragsstrafeversprechen ist auszugehen, wenn die Vereinbarung hauptsächlich darauf abzielt, die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit als Zwangsmittel zu sichern und daneben im Falle der Leistungsstörung den Schadensnachweis entbehrlich zu machen, während die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes lediglich der Vereinfachung der Beweisführung im Falle der Nichterfüllung dient (vgl. Palandt, BGB, 65.A., 2006, § 276, Rdnr.26). Hieran gemessen stellt sich § 5 des Bierlieferungs- und Darlehensvertrages als Regelung eines pauschalierten Schadensersatzes dar, denn auch wenn allein das Bestehen der Regelung faktisch einen gewissen Druck zur Erreichung der Mindestabnahmemengen erzeugen dürfte, steht im Vordergrund deutlich die Pauschalierung des Schadensersatzes für den Fall, dass die Beklagten ihrer Abnahmeverpflichtung nicht oder nicht vollständig nach kommen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Mindermengen

jeweils am Jahresende festgestellt und abgerechnet werden sollten und ein weiterer Schadensersatzanspruch darüber hinaus nicht mehr bestand, wie sich bereits aus der Bezeichnung der fälligen Zahlung als "Deckungsbeitragsausgleichszahlung" ergibt. Aus dem Vorstehenden ergibt sich auch, dass entgegen der Auffassung der Klägerin § 5 keinen Erfüllungsanspruch begründet. Die von der Klägerin zur Stützung dieser Auffassung zitierte Entscheidung des BGH (Urt. v. 6.12.1989, VII ZR 310/88, NJW 1999, 567) betrifft einen nicht mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt vergleichbaren Fall, in dem die Parteien die Höhe des Pachtzinses an die Bierabnahmemengen gebunden und für Mindermengen einen Pachtzinszuschlag vereinbart haben. Vorliegend haben die Parteien aber eine Ausgleichszahlung, nämlich eine "Deckungsbeitragsausgleichszahlung" für den Fall vereinbart, dass die Beklagten ihrer Abnahmeverpflichtung nicht nachkommen. Diese hat die Rechtsnatur eines pauschalierten Schadensersatzes, weil hiermit die Nachteile der Klägerin durch die Abnahme einer geringeren als der vorausgesetzten Menge Bier, also den insoweit der Klägerin entstandenen Schaden, ausgeglichen werden sollten.

Die Regelung ist auch angesichts dessen, dass es nicht fern liegt, sie als allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 ff. BGB bzw. des inzwischen aufgehobenen AGBG zu betrachten, wirksam. Insbesondere ergibt sich eine Unwirksamkeit der Regelung nicht im Hinblick auf § 309 Nr.5 b) BGB. 26

Gemäß Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB sind die nunmehr in das BGB integrierten Regelungen zur Beurteilung der Wirksamkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen anwendbar. Zwar handelt es sich bei dem in Rede stehenden Bierlieferungsvertrag um ein Schuldverhältnis, welches vor dem 1.1.2002 begründet wurde, so dass gemäß Art.229 § 5 S.1 EGBGB an sich das AGB-Gesetz Anwendung fände. Gemäß Art. 229 § 5 S.2 EGBGB gilt diese Regelung allerdings für Dauerschuldverhältnisse wie den hier in Rede stehenden Bierlieferungsvertrag, nicht. Ab dem 1.1.2003 sind insoweit die Regelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes anwendbar. 27

§ 309 Nr.5 b) BGB, der die Unwirksamkeit einer allgemeinen Geschäftsbedingung anordnet, die einen pauschalierten Schadensersatz vorsieht und dem Schuldner nicht ausdrücklich den Nachweis gestattet, dass ein geringerer Schaden eingetreten ist, gilt gemäß § 310 Abs.1 BGB zwischen den Parteien nicht unmittelbar, denn der Beklagte zu 2), der die streitgegenständliche Gaststätte bereits bei Vertragsschluss betrieb, war bereits zum damaligen Zeitpunkt Unternehmer i.S.d. § 14 BGB, denn der Bierlieferungsvertrag wurde im Rahmen seiner gewerblichen Betätigung als Gastwirt geschlossen. Es ist aber anerkannt, dass gemäß § 307 BGB dennoch eine grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift auch bei gegenüber Unternehmern verwandten allgemeinen Geschäftsbedingungen zu bejahen ist, wobei es diesen gegenüber aber ausreicht, wenn der Gegenbeweis eines niedrigeren Schadens nicht explizit ausgeschlossen wird; die ausdrückliche Zulassung des Beweises eines niedrigeren Schadens ist nicht erforderlich (vgl. Palandt, BGB, 65.A., 2006, § 309, Rdnr.32). 28

Hieran gemessen ist die Klausel nicht zu beanstanden, denn sie lässt den Nachweis eines geringeren Schadens durch die Beklagten unberührt. 29

Der Höhe nach besteht der Anspruch der Klägerin aber nur in dem tenorierten Umfang. 30

Es ist zwar von den seitens der Klägerin schlüssig vorgetragenen Abnahmemengen auszugehen; der Beklagte zu 2) hat nicht dargelegt, dass er darüber hinaus weitere Mengen abgenommen hat. 31

Der Anspruch der Klägerin ist aber zunächst um die Mehrwertsteuer von **4.899,60 €** zu kürzen, denn der der Klägerin zustehende Schadensersatzanspruch unterliegt nicht der Mehrwertsteuerpflicht.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin den Beklagten auch für den Fall einer streitigen Entscheidung des Rechtsstreits eine Reduzierung des vertraglich vereinbarten Mindestabsatzes von 5 % beginnend ab dem Jahre 2000 zugestanden hat, weil der Absatz ihres Bieres allgemein ab 2000 jährlich in dieser Höhe gesunken ist.

Es sind daher noch folgende Beträge in Abzug zu bringen:

1)

2000 : 7,5 hl (150 hl – 5 % = 142,5 hl) x 25 % von 350,-- DM = 656,25 DM = **335,54 €**

2)

2001 : 14,625 hl (150 hl – 5 % = 142,5 hl – 5 % = 135,375 hl) x 25 % von 350,-- DM

= 1.279,69 DM = **654,29 €**

3)

2002 : 21,40 hl (135,375 – 5 % = 128,60) x 25 % von 195 € = **1.043,25 €**

Insgesamt ergibt sich damit ein Abzug von **2.033,08 €**.

Der Anspruch der Klägerin ist daher insgesamt um 6.932,69 € zu kürzen, so dass sich insgesamt ein Schadensersatzanspruch von **28.589,45 €** ergibt

Weitere Abzüge sind nicht erforderlich. Insbesondere durfte die Klägerin bei der Berechnung des zu zahlenden Schadensersatzes die jeweils gültigen Preise zugrunde legen, denn § 5 des Vertrages sieht eine Abrechnung nach dem jeweiligen Biereinkaufspreis – Preisliste Gastronomie – vor. Gegen die Wirksamkeit dieser Preisanpassungsklausel hat der Beklagte zu 2) Einwendungen nicht erhoben, sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs.1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Ein Anlass, gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht.

Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Streitwert für das Berufungsverfahren:

35.522,13 €