



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

XII ZR 145/19

Verkündet am:  
7. Oktober 2020  
Fahrner,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB §§ 307 Abs. 1 Bm, Cl, 580 a Abs. 1

- a) Ob eine formularmäßige Vertragsklausel zur Mindestlaufzeit eines Automaten-aufstellvertrags den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, die alle Umstände des Einzelfalls und insbesondere das Wechselspiel mit anderen Vertragsklauseln und sonstigen Umständen berücksichtigt, wie etwa die gleichzeitige Gewährung eines Darlehens oder von Zuschüssen an den Gastwirt und die Ausgestaltung der Beteiligung des Gastwirts am Einspielerlös (im Anschluss an BGH Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - NJW 1985, 53 und vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - NJW 1983, 159).
- b) Die Kündigungsfrist eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen Automaten-aufstellvertrags richtet sich nach § 580 a Abs. 1 BGB.

BGH, Urteil vom 7. Oktober 2020 - XII ZR 145/19 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2020 durch die Richter Guhling, Prof. Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Nedden-Boeger und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. November 2019 wird auf Kosten der Klägerin zu 2 zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Gegenstand des Revisionsverfahrens ist eine Schadenersatzforderung der Klägerin zu 2 gegen den Beklagten zu 2 aus einem Automatenaufstellvertrag für den Zeitraum von Mai bis einschließlich Dezember 2017.
- 2 Der vormalige Kläger zu 1 verpachtete mit unbestimmter Laufzeit ab 1. Januar 2013 eine Gaststätte an den vormaligen Beklagten zu 1, die dieser mit entsprechender Erlaubnis ab 1. Januar 2013 an den Beklagten zu 2 unterverpachtete. Der Beklagte zu 2 schloss mit der Klägerin zu 2 einen Vertrag über die Aufstellung von Automaten in der Gaststätte ab 1. Januar 2013. In dem von der Klägerin zu 2 vorformulierten und gestellten Vertragstext war eine feste Laufzeit bis 31. Dezember 2017 vorgesehen. Für den Fall, dass er die Gaststätte vor Ablauf

der Vertragslaufzeit aufgibt, war der Beklagte zu 2 nach den Vertragsbedingungen grundsätzlich zu Schadenersatz in Höhe von 30 % des um die Vergnügungssteuer verminderten Bruttoeinspielerlöses verpflichtet.

3 Mit Schreiben vom 30. November 2016 kündigte der Beklagte zu 2 den Automatenaufstellvertrag außerordentlich zum 31. Dezember 2016, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Termin. Den Betrieb der Gaststätte gab er zum 31. Dezember 2016 auf. Seitdem betreibt der vormalige Beklagte zu 1 die Gaststätte. Die in der Gaststätte aufgestellten Automaten holte die Klägerin zu 2 nach entsprechender Aufforderung am 28. April 2017 ab.

4 Das Landgericht hat den Beklagten zu 2 zur Zahlung von Schadenersatz in Höhe von 13.321,68 € (nebst Zinsen) an die Klägerin zu 2 verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten zu 2 hat das Oberlandesgericht das Urteil dahingehend abgeändert, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision strebt die Klägerin zu 2 die Wiederherstellung der Entscheidung des Landgerichts an.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

6 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Schadenersatzklausel des Automatenaufstellvertrags sei zwar wirksam, der Beklagte zu 2 habe aber die Gaststätte nicht vor Ablauf der Vertragszeit aufgegeben.

7 Zwar sei die außerordentliche Kündigung nicht wirksam gewesen, weil dem Beklagten zu 2 kein entsprechender Kündigungsgrund zugestanden habe.

Jedoch habe die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung den Automatenaufstellvertrag zum 28. Februar 2017 wirksam beendet.

- 8 Bei der vertraglichen Regelung der Laufzeit bis zum 31. Dezember 2017 handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB. Die Klausel, die eine vertragliche Erstlaufzeit von fünf Jahren vorsehe, sei gemäß § 307 BGB unwirksam, da sie den Beklagten zu 2 unangemessen benachteilige. Bei der Abwägung seien das Leitbild des Automatenaufstellvertrags als eines Gestattungsvertrags mit mietvertraglichen Elementen und personenbezogenen Merkmalen ebenso zu berücksichtigen wie die unterschiedlichen Risikobeteiligungen des Aufstellers und des Wirts. Zu beachten sei aber auch die Verpflichtung des Automatenaufstellers, der sich eines Formularvertrags bediene, schon bei der Vertragsgestaltung die Interessen des Gastwirts angemessen zu berücksichtigen. Dabei sei insbesondere auch die hohe Fluktuation bei diesem Gaststättentyp zu beachten, der häufig von Ungelernten geführt werde und damit ein Scheitern und die Entstehung von Schadenersatzverpflichtungen erwarten lasse. Der langen Bindung von fünf Jahren stünden auch keine sich aus der Interessenlage der Klägerin zu 2 ergebenden nachvollziehbaren Gründe gegenüber. Weder habe die Klägerin zu 2 dem Gastwirt ein Darlehen zur Ausstattung der Gastwirtschaft gewährt noch verlange die Amortisation der Geräte eine entsprechende Vertragsdauer. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur zulässigen Laufzeit eines Bierlieferungsvertrags könne nicht entsprechend herangezogen werden. Aufgrund der Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung der Laufzeit gelte der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen mit dem Recht zur ordentlichen Kündigung. Für die Kündigungsfrist sei auf die gesetzliche Regelung des § 580 a BGB zurückzugreifen, weil es sich bei dem Automatenaufstellvertrag um einen typengemischten Vertrag handele, bei dem insoweit die mietvertraglichen Gesichtspunkte im Vordergrund stünden. Nach § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB sei die ordentliche Kündigung spätestens am dritten

Werktag eines Kalendermonats zum Ablauf des übernächsten Monats zulässig, wenn - wie hier - die Miete nach Monaten bemessen sei.

9                    2. Dies hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass der Klägerin zu 2 kein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 für den Zeitraum von Mai bis einschließlich Dezember 2017 zusteht.

10                   a) Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem - im Gesetz nicht gesondert geregelten - Automatenaufstellvertrag um einen Gestattungsvertrag eigener Art handelt, der durch mietrechtliche Elemente charakterisiert wird (vgl. BGH Urteile vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - NJW 1983, 159, 160; BGHZ 71, 80 = NJW 1978, 1155, 1156 und BGHZ 47, 202 = NJW 1967, 1414, 1415; vgl. auch Senatsurteil vom 17. Juli 2002 - XII ZR 86/01 - NJW 2002, 3322, 3323), aber auch eine besondere personenbezogene Prägung aufweist (vgl. BGH Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - NJW 1985, 53, 54 und vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - NJW 1983, 159, 160).

11                   b) Anders als die Revision meint, ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Mindestlaufzeit des Automatenaufstellvertrags von fünf Jahren aufgrund der Umstände des vorliegenden Einzelfalls als unangemessene Benachteiligung des Beklagten zu 2 im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB gewertet hat.

12                   Die Revision stellt nicht in Frage, dass es sich bei der Regelung der Mindestlaufzeit des Vertrags um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt. Da Gastwirte, die einen Automatenaufstellvertrag schließen, als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB anzusehen sind, richtet sich die Inhaltskontrolle der Klausel des Automatenaufstellvertrags hier nach §§ 310,

307 Abs. 1 und 2 BGB. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen.

13           aa) Die Frage, ob und inwieweit Klauseln des Automatenaufstellers über Mindestlaufzeiten des Vertrags den Gastwirt unangemessen benachteiligen, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Dabei wird vor allem danach differenziert, ob der Automatenaufsteller dem Gastwirt zugleich ein Darlehen oder einen Zuschuss gewährt und in welchem Umfang der Gastwirt an dem Einspielerlös beteiligt wird.

14           (1) So kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine zehnjährige Laufzeit im Einzelfall nicht als unangemessen zu beanstanden sein, wenn zu dem Automatenaufstellvertrag ein wirtschaftlich erhebliches Darlehen oder eine wirtschaftlich erhebliche Gewinnbeteiligung des Gastwirts (30-40 % des Bruttoeinspielerlöses) gewährt werden (vgl. BGH Urteile vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 350/82 - NJW 1985, 53, 55 und vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - NJW 1983, 159, 161). Dementsprechend ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung unter diesen Umständen eine fünfjährige Laufzeit erst recht nicht beanstandet worden (vgl. OLG Frankfurt OLGR 1994, 169, 170). Teilweise werden Bindungsfristen als nicht unangemessen bewertet, die in ein Verhältnis zur Dauer der Tilgung des Darlehens gesetzt werden, und zwar in der Weise, dass der Vertrag auf die doppelte Frist der vorgesehenen Tilgungszeit geschlossen wird, höchstens aber auf fünf Jahre (Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt AGB-Recht 12. Aufl. „Automatenaufstellverträge“ Rn. 3 mwN in Fn. 8). Dagegen wurde eine Laufzeit von neun Jahren in Verbindung mit Darlehen, die nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sind, als unangemessen angesehen (LG Konstanz NJW-RR 2005, 991, 992).

- 15           Erfolgt keine Darlehensvergabe, wird andererseits eine Laufzeit von bis zu drei Jahren als nach § 307 Abs. 1 BGB vertretbar angesehen (vgl. BGH Urteil vom 21. März 1990 - VIII ZR 196/89 - NJW-RR 1990, 1076, 1077; Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt AGB-Recht 12. Aufl. 2016 „Automatenaufstellverträge“ Rn. 3; LG Magdeburg Urteil vom 24. November 1993 - 8 O 420/93 - juris Rn. 15), teilweise aber auch eine Laufzeit von fünf (LG Mainz Urteil vom 21. Juni 2002 - 1 O 430/01 - juris Rn. 23) oder auch von 10 Jahren (Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 7. Aufl. Klauseln [A] Rn. 310).
- 16           (2) Hinsichtlich der Höchstlaufzeit eines Automatenaufstellvertrags verbieten sich schematische Aussagen und Verallgemeinerungen, vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (Staudinger/Bieder BGB [2019] Anhang zu §§ 305-310 Rn. E 11; Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke [Stand: November 2019] „Automatenaufstellvertrag“ Rn. 11).
- 17           Ob eine formularmäßige Vertragsklausel zur Mindestlaufzeit eines Automatenaufstellvertrags den Vertragspartner des Verwenders im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt, ist danach im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, die alle Umstände des Einzelfalls und insbesondere das Wechselspiel mit anderen Vertragsklauseln und sonstigen Umständen berücksichtigt, wie etwa die gleichzeitige Gewährung eines Darlehens oder von Zuschüssen an den Gastwirt und die Ausgestaltung der Beteiligung des Gastwirts am Einspielerlös. Zudem ist zu berücksichtigen, dass beim Automatenaufstellvertrag das vertragstypische Risiko sehr unterschiedlich verteilt ist, weil die Gewinnerzielung durch die Automaten für deren Aufsteller den Kern der unternehmerischen Tätigkeit bildet, für deren Vertragspartner hingegen lediglich eine Nebenerwerbschance eröffnet (vgl. BGH Urteil vom 6. Oktober 1982 - VIII ZR 201/81 - NJW 1983, 159, 160). Ob eine formularmäßige Mindestlaufzeit

eines Automatenaufstellvertrags unangemessen ist, ist daher mit Hilfe einer umfassenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall festzustellen.

18           bb) Hiervon ausgehend ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die Laufzeit des Automatenaufstellvertrags von hier fünf Jahren als unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB bewertet hat, weil der Einschränkung des Beklagten zu 2 in seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit vorliegend keine kompensierenden Vorteile gegenüberstehen. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Interessenabwägung lässt keine Rechtsfehler erkennen.

19           (1) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin zu 2 über den Automatenaufstellvertrag hinaus dem Beklagten zu 2 weder ein Darlehen noch einen sonstigen Zuschuss gewährt. Auch andere berücksichtigungsfähige Vorteile auf Seiten des Beklagten zu 2 hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

20           (2) Soweit die Revision erstmals geltend macht, dass dem Beklagten zu 2 nach dem Automatenaufstellvertrag ungewöhnlich hohe Beteiligungen an den Einspielerlösen zugeflossen seien, kann dieser Vortrag gemäß § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht berücksichtigt werden.

21           Das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin zu 2 ist weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlich. Die Revision hat auch nicht aufgezeigt, dass das Berufungsgericht entsprechenden Sachvortrag der Klägerin zu 2 verfahrensfehlerhaft übergangen hätte.

22           Zwar wird die Vorschrift des § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO einschränkend dahingehend ausgelegt, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die erst



während des Revisionsverfahrens oder nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eingetreten sind, im Revisionsverfahren berücksichtigt werden können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu berücksichtigen ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (vgl. Senatsurteil vom 14. Oktober 2009 - XII ZR 146/08 - NJW 2009, 3783 Rn. 27). Die von der Revision vorgebrachten Tatsachen, aus denen sich die Berechnung des dem Beklagten zu 2 nach dem Vertrag zustehenden Anteil des Einspielerlöses ergibt, haben sich indessen nicht erst während des Revisionsverfahrens oder nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ereignet. Sie sind nur von der Klägerin zu 2 erstmals im Revisionsverfahren vorgetragen worden. Ein solcher Vortrag von Tatsachen, die bereits bei Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz vorlagen, kann im Revisionsverfahren aber nicht berücksichtigt werden.

23           (3) Dass eine Laufzeit von fünf Jahren etwa zur Amortisation der aufgestellten Automaten erforderlich sein sollte, hat die Klägerin zu 2 selbst ebenso wenig behauptet wie sie sonstige nachvollziehbare Gründe für eine langjährige Vertragslaufzeit vorgebracht hat. Auch die Revision kann insoweit beachtliche Gründe nicht darlegen.

24           (4) Dagegen weist das Berufungsgericht zu Recht darauf hin, dass eine Laufzeit des Automatenaufstellvertrags, die möglicherweise über eine Aufgabe der Gaststätte hinausgeht, von vornherein nicht im Interesse des Gastwirts liegt.

25           c) Die Unangemessenheit der Mindestlaufzeit nach Ziffer 2 a Satz 1 des Automatenaufstellvertrags hat zur Folge, dass diese Regelung vollständig und ersatzlos entfällt (vgl. etwa BGHZ 224, 370 = NJW 2020, 1507 Rn. 43). Damit ist

zugleich auch der in Ziffer 2 a Satz 2 des Automatenaufstellvertrags vorgesehene Klausel die Grundlage entzogen, wonach sich der Vertrag jeweils um ein weiteres Jahr verlängert, wenn er nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB sind deshalb vorrangig die gesetzlichen Vorschriften als eine konkrete Ersatzregelung in Betracht zu ziehen (vgl. Senatsurteil vom 14. März 2012 - XII ZR 44/10 - NJW 2012, 2501 Rn. 25), was hier dazu führt, dass sich die Kündigungsfrist nach § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB richtet.

26           aa) Zwar findet die Vorschrift des § 580 a BGB auf das Vertragsverhältnis zwischen einem Automatenaufsteller und einem Gastwirt keine unmittelbare Anwendung, weil es sich bei Automatenaufstellverträgen um Gestattungsverträge eigener Art handelt. Da jedoch mietvertragliche Elemente für den Automatenaufstellvertrag charakteristisch sind, ist es sachgerecht, auf mietrechtliche Vorschriften zurückzugreifen, um die Lücke zu schließen, die durch die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Klausel entstanden ist.

27           Das Berufungsgericht hat hier auch zutreffend die für Mietverhältnisse über Räume, die keine Geschäftsräume sind und bei denen die Miete nach Monaten oder längeren Zeitabschnitten bemessen ist, geltende Bestimmung des § 580 a Abs. 1 Nr. 3 BGB entsprechend herangezogen (vgl. Staudinger/Emmerich BGB [2018] Vorbemerkung § 535 BGB Rn. 44; Guhling/Günter/Makowski Gewerberaummieta 2. Aufl. vor § 535 BGB Rn. 73; Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke [Stand: November 2019] „Automatenaufstellvertrag“ Rn. 13). Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Kündigungsfrist müsse sich bei Unwirksamkeit der vertraglichen Bestimmung nach der Regelung des § 580 a Abs. 2 BGB für Mietverhältnisse über Geschäftsräume richten.

28           Der Automatenaufstellvertrag wird wesentlich dadurch geprägt, dass der Automat in den gewerblichen Betrieb eines anderen zum gemeinsamen Nutzen

beider Vertragspartner eingegliedert wird (BGHZ 47, 202 = NJW 1967, 1414, 1415; BGH Urteil vom 15. März 1978 - VIII ZR 254/76 - NJW 1978, 1155, 1156; vgl. auch Senatsurteil vom 17. Juli 2002 - XII ZR 86/01 - NJW 2002, 3322, 3323). Bereits dies hebt ihn deutlich von dem speziellen Fall der Geschäftsraummiete ab, bei der es regelmäßig allein um die Überlassung einer Fläche an einen anderen zu dessen allein verantwortlichem Geschäftsbetrieb geht.

29                Zudem sind die mit der Einführung von § 580 a Abs. 2 BGB durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 29. Oktober 1993 (BGBl. I S. 1838) verbundenen gesetzgeberischen Zwecke für den Automatenaufstellvertrag nicht einschlägig. Der Gesetzgeber sah eine Frist von drei Monaten als für den Mieter von Geschäftsraum zu kurz an. Dieser müsse neue Räumlichkeiten für seinen Betrieb suchen, wobei die Standortanalyse sowie die Ermittlung des örtlichen Markts in der Regel mehr als drei Monate in Anspruch nehmen werde. Zudem müsse er regelmäßig die neuen Geschäftsräume durch Renovierungen oder bauliche Veränderungen erst seinen Bedürfnissen anpassen und möglicherweise parallel einen Ausverkauf an seinem alten Standort organisieren. Auch solle ihm mit der Verlängerung der Kündigungsfrist genügend Zeit verschafft werden, seine Kundschaft auf die Ortsveränderung hinzuweisen und für den neuen Standort zu werben. Finde er keinen neuen Standort, sei zu berücksichtigen, dass er sich nicht immer kurzfristig von seinen Mitarbeitern trennen könne (vgl. BT-Drucks. 12/3339 S. 4). All diese Gesichtspunkte treffen auf die Situation des Automatenaufstellers, dem der Gastwirt den Automatenaufstellvertrag kündigt, nicht zu.

30                bb) Auf die von der Revision aufgeworfene Frage, inwieweit die Laufzeit des Vertrags im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf eine angemessene Laufzeit herabgesetzt werden könnte, kommt es mithin nicht an. Denn eine

ergänzende Vertragsauslegung wird erst relevant, wenn die durch die Unwirksamkeit einer Klausel entstandene Vertragslücke nicht - wie im vorliegenden Fall - gemäß § 306 Abs. 2 BGB durch den Rückgriff auf gesetzliche Regelungen geschlossen werden kann (vgl. Senatsurteil vom 14. März 2012 - XII ZR 44/10 - NJW 2012, 2501 Rn. 31 mwN).

31 d) Mithin hat die Kündigung des Beklagten zu 2 vom 30. November 2016 das Vertragsverhältnis zum Ablauf des 28. Februar 2017 beendet, so dass für den streitgegenständlichen Schadensersatz kein Raum ist.

Guhling

Klinkhammer

Schilling

Nedden-Boeger

Krüger

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 07.03.2019 - 11 O 192/17 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 28.11.2019 - 2 U 111/19 -