

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 15/79

URTEIL

Verkündet am
2. Juni 1980
Schorm,
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Fred S [REDACTED],
G [REDACTED] platz [REDACTED], M [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Hermann F [REDACTED],
M [REDACTED] Straße [REDACTED], M [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1980 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Krohn, Dr. Tidow, Dr. Peetz und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Dezember 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger vermittelt und organisiert gewerbliche Unterhaltungsveranstaltungen. Der Beklagte veranstaltet Frauenboxkämpfe.

Durch Vertrag vom 25. Mai 1977 (sog. Berlin-Vertrag) verpflichtete sich der Beklagte gegenüber dem Kläger, ihm ein Veranstaltungsprogramm "Frauen-Boxen oben ohne" für drei Vorführungen in Berlin in der Zeit vom 1. bis 3. September 1977 zu stellen. Auf die vereinbarte Gesamtgage von 18.000 DM leistete der Kläger eine Anzahlung in Höhe von 4.500 DM. In Ziffer 6 des Vertrages ist u.a.

- 3 -

bestimmt, daß im Falle des Vertragsbruchs der schuldige Teil eine Konventionalstrafe in Höhe der genannten Gage zu entrichten hat.

Am 31. Mai 1977 schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag über die Durchführung von mindestens 20 Veranstaltungen im gesamten Bundesgebiet in der Zeit vom 9. September bis 10. Dezember 1977 (sog. Deutschland-Vertrag). Nach Ziffer 3 des Vertrages hatte der Kläger auf die Gesamtgage eine Anzahlung von 25 % zu leisten; hiervon waren ein Betrag von 20.000 DM am 1. Juli 1977 und der Rest am 1. August 1977 fällig.

Im Juni 1977 fanden aufgrund eines früheren Vertrages der Parteien Frauenbox-Veranstaltungen in Straubing und Ruhstorf statt. Unter Berufung auf angebliche Vertragsverletzungen des Klägers anlässlich dieser beiden Veranstaltungen (insbes. unzureichende Werbemaßnahmen, eigenmächtige Entnahme eines Betrages von 1.000 DM aus der Abendkasse) kündigte der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 13. Juni 1977 den Berlin-Vertrag fristlos und widerrief sein - in Wahrheit bereits angenommenes - "Vertragsangebot" vom 31. Mai 1977. Vorsorglich erklärte er (für den Fall des Vertragsabschlusses) auch die fristlose Kündigung des Deutschland-Vertrages. Mit Anwaltsschreiben vom 14. Juni 1977 (es hat sich offenbar mit dem Schreiben der gegnerischen Anwälte vom Vortage gekreuzt) verlangte der Kläger von dem Beklagten die Einhaltung des Berlin-Vertrages sowie des Deutschland-Vertrages und drohte ihm an, daß er den am 1. Juli 1977 fälligen Betrag von 20.000 DM auf einem Anderkonto seiner Anwälte hinterlegen werde, bis der Beklagte seinerseits seinen Pflichten aus den



beiden Verträgen (u.a. Abschluß einer Veranstalter-Haftpflichtversicherung) nachgekommen sei. Am 22. Juni 1977 nahm der Beklagte im Einverständnis mit dem Kläger die Kündigung der beiden Verträge zurück.

Am 30. Juni 1977 bot der Kläger dem Beklagten statt der im Deutschland-Vertrag vorgesehenen Zahlung in Höhe von 20.000 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft eines Dritten an; diese wies der Beklagte zurück.

Mit Schreiben vom 27. Juli 1977 teilte der Kläger dem Beklagten u.a. mit, daß er aus den für die Deutschlandtournee vorgesehenen Orten eine Reihe von Absagen erhalten habe; er schlage vor, den Deutschland-Vertrag "durch Einzelverträge für die tatsächlich feststehenden Termine zu ersetzen". Zugleich forderte der Kläger den Beklagten auf, ihm bis spätestens zum 5. August 1977 den Abschluß einer Veranstalter-Haftpflichtversicherung nachzuweisen.

Der Beklagte sprach mit Schreiben vom 2. August 1977 erneut die fristlose Kündigung des Berlin-Vertrages aus. Er stützte sich dabei zunächst auf die Gründe, die er schon bei der ersten Kündigung angeführt hatte, und berief sich ferner darauf, daß der Kläger den Deutschland-Vertrag nicht eingehalten habe ("keine Termine, keine Bar-Sicherheitsleistung wie vereinbart etc." ...). Der Beklagte führte die Veranstaltungen in Berlin auf eigene Rechnung durch. Die Deutschland-Tournee fiel aus.

Der Kläger hält die erneute Kündigung für ungerechtfertigt und begehrt mit seiner Klage die Rückerstattung der aufgrund des Berlin-Vertrages geleisteten Anzahlung

und die Entrichtung der in diesem Vertrag vorgesehenen Vertragsstrafe. Er hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 22.500 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und den Standpunkt vertreten, daß seine Kündigung vom 2. August 1977 durchgreife; hilfsweise hat er mit behaupteten Schadensersatzforderungen und Gegenansprüchen auf Zahlung einer Konventionalstrafe aus beiden Verträgen aufgerechnet.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Rückerstattung der Anzahlung von 4.500 DM nebst Zinsen verurteilt; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien, soweit sie unterlegen waren, Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf das Rechtsmittel des Klägers den Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrages von 16.810,03 DM (18.000 DM Vertragsstrafe abzüglich einer hilfsweise zur Aufrechnung gestellten unstreitigen Gegenforderung von 1.189,97 DM) verurteilt.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsurteil kann keinen Bestand haben.

I.

Zu Unrecht bezweifelt die Revision allerdings die Sachbefugnis des Klägers mit dem Vorbringen, dieser habe die Klageforderung - was der Beklagte erst im Laufe des Revisionsrechtszuges erfahren habe - schon vor Einleitung des Rechtsstreits an einen Dritten abgetreten. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vortrag des Beklagten, die Abtretungsurkunde sei "nunmehr aufgefunden" worden, geeignet ist, eine Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b ZPO zu begründen, und daher noch in der Revisionsinstanz berücksichtigt werden müßte. Jedenfalls hat der Kläger dargetan, daß nur eine stille Sicherungszession vorliegt und er von dem Zessionar ermächtigt worden ist, die Forderung im eigenen Namen geltend zu machen und auf Leistung an sich zu klagen (vgl. BGH NJW 1978, 698, 699).

II.

1. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß der Beklagte nicht befugt war, den Berlin-Vertrag durch die am 2. August 1977 ausgesprochene fristlose (außerordentliche) Kündigung aus wichtigem Grund zu beenden. Demgegenüber stellt die Revision die Frage zur Nachprüfung, ob nicht ein gesellschaftsartiges oder gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis der Parteien gege-

ben war, das nach § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB jederzeit auch ohne wichtigen Grund kündbar gewesen sei. Diese Frage ist indes zu verneinen. Dabei kann offenbleiben, ob hier (soweit es um den Berlin- und den Deutschland-Vertrag geht) überhaupt von einem gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnis gesprochen werden kann. Denn auch auf ein derartiges Rechtsverhältnis kann die Vorschrift des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB nur entsprechend angewendet werden, wenn eine jederzeitige Kündigung dem Vertragszweck und dem Parteiwillen entspricht (BGH Urteil vom 21. Mai 1959 - II ZR 188/57 = LM § 723 BGB Nr. 6). Für ein solches Verständnis gibt der Vertragswortlaut nichts her; er legt eher die gegenteilige Deutung nahe. Die Revision zeigt auch nicht auf, daß der Beklagte in den Tatsacheninstanzen Umstände, die für eine jederzeitige Kündbarkeit im obigen Sinne sprechen könnten, vorgetragen hat.

2. Das Landgericht hat den Berlin-Vertrag als Dienstvertrag eingeordnet und die Berechtigung der fristlosen Kündigung vom 2. August 1977 anhand des § 626 BGB geprüft. Das Berufungsgericht neigt hingegen dazu, die für die Kündbarkeit von Dauerschuldverhältnissen entwickelten Grundsätze anzuwenden; solche Verträge können, insbesondere wenn sie ein persönliches Zusammenwirken der Parteien voraussetzen, aus wichtigem Grund gekündigt werden, wenn die Durchführung des Vertrages gefährdet und daher dem Kündigenden ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist (BGHZ 41, 104, 108 m.w.Nachw.; 51, 79, 82).

Auch der erkennende Senat kann die Frage offenlassen, ob der Berlin-Vertrag als Dienstvertrag (§ 611 BGB) oder - was näher liegen dürfte - als Dienstverschaffungs-

vertrag, der einen Vertrag eigener Art bildet (vgl. dazu etwa Esser/Weyers, Schuldrecht II Teilbd. 1., 5. Aufl. § 27 II 3 e S. 232; Larenz, Schuldrecht II 11. Aufl. § 52 I S. 236; Soergel/Wlotzke/Volze BGB 10. Aufl. Rdn. 55, 56 vor § 611), zu qualifizieren ist. Nach den gesamten Umständen erscheint die Annahme eher fernliegend, daß der Beklagte die Darbietungen schuldete mit der Maßgabe, daß er sie (abweichend von der dispositiven Regelung des § 613 Satz 1 BGB) durch die Boxtruppe ausführen lassen durfte. Dagegen spricht mehr dafür, daß der Beklagte die Verpflichtung übernahm, dem Kläger die Dienste der - unter einem eigenen Namen auftretenden - Frauenboxtruppe zu verschaffen. Die Frage bedarf jedoch hier keiner Entscheidung, da sich im Streitfall für die Kündigung des Berlin-Vertrages (auch im Blick auf § 626 Abs. 2 BGB) nach dem derzeitigen Sachstand keine rechtserheblichen Unterschiede ergeben.

Es bestehen keine Bedenken, die Rechtsbeziehungen der Parteien, auch wenn sie durch mehrere Verträge geregelt waren, als Dauerschuldverhältnis einzustufen. Die Geschäftsbeziehung der Parteien war auf eine gewisse Dauer angelegt und setzte ein persönliches und vertrauensvolles Zusammenwirken zur Erreichung des Vertragszwecks voraus. Daher kann sich der Beklagte für die fristlose Kündigung des Berlin-Vertrages auch auf Verletzungen des Deutschland-Vertrages und der früheren Abmachungen berufen, sofern derartige Verstöße auch ein Festhalten am Berlin-Vertrag als unzumutbar erscheinen lassen.

3. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte habe seine fristlose Kündigung vom 2. August 1977 nicht mehr auf Vorgänge stützen dürfen, die bereits Gegenstand -

der einvernehmlich zurückgenommenen - Kündigung vom 13. Juni 1977 gewesen seien. Diese Auffassung begegnet Bedenken. Es ist anerkannt, daß im Falle der Kündigung nach § 626 BGB auch verwirkte und verfristete Kündigungsgründe unter bestimmten Voraussetzungen (innerer Zusammenhang, "Glied in einer Kette des Gesamtverhaltens") für eine neue fristlose Kündigung unterstützend herangezogen werden dürfen (BAG AP § 626 Nr. 11, AP § 626 - Ausschlußfrist - Nr. 4, 7; Staudinger/Neumann BGB 12. Aufl. § 626 Rdn. 65, 88, 89; vgl. auch BGH Urteil vom 24. Januar 1976 - II ZR 3/74 = WM 1976, 379, 380). Dieser Grundsatz dürfte auf eine zurückgenommene Kündigung, und zwar auch eine solche im Falle eines Dauerschuldverhältnisses, auszudehnen sein.

Die Frage kann jedoch letztlich auf sich beruhen. Denn nach der vom Berufungsgericht gegebenen Hilfsbegründung hat die Beweisaufnahme im wesentlichen die Haltlosigkeit der Vorwürfe ergeben, auf welche die Kündigung vom 13. Juni 1977 gestützt war, oder zumindest die Richtigkeit dieser Vorwürfe nicht bestätigt.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision müssen erfolglos bleiben.

Die erneute Vernehmung der vom Landgericht gehörten Zeugen M. und K. stand im Ermessen des Berufungsgerichts (§§ 523, 398 Abs. 1 ZPO). Die Revision zeigt nicht auf, daß das Berufungsgericht sein Ermessen pflichtwidrig ausgeübt hat. Das Berufungsgericht hätte allerdings die Zeugen nochmals selbst vernehmen müssen, wenn es ihre Glaubwürdigkeit anders beurteilt hätte als das Landgericht (BGH Urteil vom 4. Oktober 1978 - VIII ZR 259/77 m.w.Nachw. = LM § 398 ZPO Nr. 9 = MDR 1979, 310).

Dieses hatte jedoch die Aussagen der beiden Zeugen überhaupt nicht gewürdigt. In diesem Falle ist eine erneute Vernehmung der Zeugen durch das Berufungsgericht grundsätzlich nicht geboten (vgl. BGH Urteil vom 28. Februar 1972 - V ZR 183/69 = LM § 391 ZPO Nr. 2 = NJW 1972, 584).

Das Berufungsgericht hat aufgrund der Aussagen der Zeugen M. und K., die nicht in allen Punkten übereinstimmen, für bewiesen gehalten, daß der Kläger die ihm vertraglich obliegenden Werbemaßnahmen für die Veranstaltungen in Ruhstorf und Straubing durchgeführt hat. Diese Würdigung ist möglich und verletzt weder den Grundsatz der freien Beweiswürdigung noch sonstige anerkannte Beweisgrundsätze. Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Revision den Zeugen Klinger nicht für unglaubwürdig gehalten, sondern seine Aussagen aus Sachgründen nicht für geeignet erachtet, die Bekundungen des Zeugen M. über den Umfang der Plakatwerbung zu widerlegen oder ihren Beweiswert entscheidend zu mindern. Das ist aus Rechtsgründen um so weniger zu beanstanden, als der Zeuge M. - im Gegensatz zu dem Zeugen K. - die ganze Strecke, an der Plakatwerbung betrieben werden sollte, eigens abfuhr, um sich von der Anbringung der Plakate zu überzeugen. Soweit die Revision die Bekundungen der Zeugen anders verstehen will als das Berufungsgericht, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

Das Berufungsgericht hat sich nicht davon überzeugen können, daß der Kläger gegen seine Vertragspflichten verstieß, als er sich anlässlich der Veranstaltung in Ruhstorf aus der Abendkasse den Betrag von 1.000 DM gegen Quittung von dem Zeugen M. aushändigen ließ, wie

dieser bekundet hat. Die Umstände und Hintergründe dieser Auszahlung hat das Berufungsgericht nicht aufklären können. Dagegen, daß das Berufungsgericht keine Vertragsverletzung festzustellen vermochte, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben; das gilt um so mehr, als die Parteien nach dem Vortrag der Revision damals noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildeten und nicht ersichtlich ist - jedenfalls weist die Revision keinen entsprechenden Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen nach -, daß der Kläger, der keineswegs heimlich vorging, das Einverständnis des Beklagten benötigt hätte, ehe er sich das Geld auszahlen ließ. Soweit das Berufungsgericht aufgrund der Beweisaufnahme davon ausgeht, die Zahlung von 1.000 DM aus der Abendkasse habe mit einem Darlehen in Zusammenhang gestanden, handelt es sich nur um eine zusätzliche, für das gewonnene Ergebnis nicht ausschlaggebende Erwägung. Demnach ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte sei für den Vorwurf eigenmächtiger Geldentnahme durch den Kläger beweisfällig geblieben, letztlich aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts rechtfertigen auch die vom Kläger in seinem Schreiben vom 2. August 1977 zusätzlich angeführten Gründe nicht die fristlose Kündigung des Berlin-Vertrages. Die hierzu vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen sind indes von Rechtsirrtum beeinflusst.

Das Berufungsgericht geht zwar - insoweit zutreffend - davon aus, daß der Kläger die nach dem Deutschland-

Vertrag geschuldete und am 1. Juli 1977 fällige Baranzahlung von 20.000 DM nicht geleistet, sondern dem Beklagten lediglich die - in ihrem Wert umstrittene - Bürgschaftserklärung eines Dritten angeboten hat, nachdem er zuvor angekündigt hatte, er werde den Betrag von 20.000 DM auf dem Anderkonto seiner Anwälte hinterlegen. Die Überlegungen, mit denen das Berufungsgericht annimmt, der Beklagte könne aus diesem Verhalten des Klägers keinen Grund zur fristlosen Kündigung herleiten, halten jedoch der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht meint, dem Kläger sei die Entrichtung der Baranzahlung nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten gewesen, nachdem der Beklagte selbst kurz zuvor, am 13. Juni 1977, den Berlin-Vertrag aus von ihm nicht beweisbaren Gründen gekündigt und zugleich wahrheitswidrig behauptet habe, der Deutschland-Vertrag sei noch gar nicht zustande gekommen. Dabei verkennt das Berufungsgericht aber, daß der Beklagte am 22. Juni 1977 im Einverständnis mit dem Kläger die Kündigung des Berlin-Vertrages und des Deutschland-Vertrages wieder zurückgenommen hatte. Dieses Verhalten der Vertragspartner legt die Annahme nahe, daß sie damit das Kündigungsschreiben des Beklagten, auf das vom Berufungsgericht maßgeblich abgehoben wird, als gegenstandslos betrachteten und auf den Boden der am 25. und 31. Mai 1977 getroffenen vertraglichen Abmachungen zurückkehrten. In diesem Falle wäre der Kläger verpflichtet gewesen, die Baranzahlung von 20.000 DM zum 1. Juli 1977 zu leisten, sofern ihm nicht aufgrund nach dem 22. Juni 1977 eingetretener Umstände die Befugnis zugestanden hätte, diese Zahlung zu verweigern.

Zwar haben, worauf der Kläger in der Revisionsbeantwortung vom 21. März 1980 hinweist, die Anwälte des Beklagten noch mit (einem vom Berufungsgericht nicht gewürdigten) Schreiben vom 23. Juni 1977 den Standpunkt aufrechterhalten, der Deutschland-Vertrag sei nicht zustande gekommen. Dieses Schreiben war aber ersichtlich durch die am Vortage von den Parteien erzielte Einigung überholt. Das hat der Beklagte im Berufungszug auch geltend gemacht. Die Anwälte des Beklagten waren damals von der Einigung der Parteien offensichtlich noch nicht unterrichtet (vgl. auch das Schreiben vom 30. Juni 1977, in dem die Anwälte den Kläger um Information über die von den Parteien persönlich geführten Verhandlungen bitten). Dem entspricht es, daß der Kläger in der Berufungsinstanz die Befugnis, die Baranzahlung von 20.000 DM zurückzuhalten, daraus hergeleitet hat, daß der Beklagte ihn auch in der Zeit vom 22. Juni bis 1. Juli 1977 und danach aus den Verträgen habe herausdrängen und die geplanten Aufführungen mit anderen Veranstaltungen habe durchführen wollen. Das Berufungsgericht hat damit letztlich auf ein von dem Kläger überhaupt nicht vorgetragenes Recht zur Leistungsverweigerung abgestellt.

2. Hiernach läßt sich die Auffassung des Berufungsgerichts, die unterlassene Entrichtung der Baranzahlung von 20.000 DM rechtfertige nicht die am 2. August 1977 von dem Kläger erklärte fristlose Kündigung, mit der im Berufungsurteil gegebenen Begründung nicht halten. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Daher muß es aufgehoben und die Sache zu erneuter tatrichterlicher Würdigung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

3. Für die weitere Sachbehandlung wird auf folgendes hingewiesen:

a) Das Berufungsgericht hat Gelegenheit, die Frage zu prüfen, ob der Berlin-Vertrag etwa nach Art. 1 § 9 Nr. 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. August 1972 (BGBl I S. 1393) unwirksam ist (vgl. dazu BGHZ 75, 299 = NJW 1980, 452; BAG BB 1977, 945 und NJW 1979, 2636). Das würde allerdings u.a. voraussetzen, daß der Beklagte Arbeitgeber der "Boxerinnen" war.

b) Falls unter diesem Gesichtspunkt gegen die Gültigkeit des Vertrages keine durchgreifenden Bedenken bestehen, kommt es darauf an, ob die fristlose Kündigung des Beklagten vom 2. August 1977 im Blick auf die zusätzlich angeführten Kündigungsgründe berechtigt war. Wenn dem Beklagten die Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit dem Kläger nicht mehr zumutbar war, so bedurfte es grundsätzlich keiner Abmahnung vor dem Ausspruch der fristlosen Kündigung (vgl. Senatsurteil vom 10. November 1977 - III ZR 39/76 = NJW 1978, 947). Bei der Prüfung, ob der Kläger befugt war, von der Leistung der vereinbarten Baranzahlung Abstand zu nehmen, werden die von ihm unter Beweisanztritt aufgestellten Behauptungen über das vertragswidrige Verhalten des Beklagten nach dem 22. Juni 1977 Bedeutung erlangen.

Für die Frage, ob dem Beklagten ein wichtiger Grund für die Auflösung des Vertrages zur Seite stand, kann das beiderseitige Verhalten erheblich sein; in diesem Zusammenhang kann auch der Inhalt des Schreibens des Klägers vom 27. Juli 1977 relevant werden. Ferner kann für die Beurteilung bedeutsam sein, ob der vom Kläger vorge-

legte Tournee-Plan ernstgemeint war und nach dem damaligen Stand der Vorbereitungen hätte eingehalten werden können. Die fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund ist grundsätzlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn beide Parteien durch ihr Verhalten das Vertrauensverhältnis zerstört haben (BGH Urteil vom 14. Juni 1972 - VIII ZR 153/71 = DB 1972, 2054 m.w.Nachw.; s. auch MünchKomm-Emmerich Rdn. 268 vor § 275 und § 326 Rdn. 71).

c) Der Beklagte kann seine in der Revisionsinstanz erhobenen Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Vertragsstrafeversprechens im Blick auf § 11 Nr. 6 AGB (in den Vorinstanzen sind die Parteien allerdings offenbar von einer Individualvereinbarung ausgegangen) und die vorsorglichen Ausführungen zur Herabsetzung der Vertragsstrafe nunmehr dem Berufungsgericht unterbreiten. Mög-

licherweise wird dabei zu prüfen sein, ob auch das Verhalten des Klägers zu dem Ereignis mit beigetragen hat, das zur etwaigen Verwirkung der Vertragsstrafe durch den Beklagten geführt hat (vgl. dazu BGB-RGRK 12. Aufl. § 343 Rdn. 12).

Nußgens

Krohn

Tidow

Peetz

Boujong