

II ZR 281/55

Verkündet
laut Protokoll
am 31. Januar 1957

Braun, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Vereinigten V [REDACTED] GmbH
in [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. [REDACTED] in [REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Curt M [REDACTED] in O [REDACTED],
[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Kuhn, Dr. Nörr und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 26. Oktober 1955 wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Fatbestand:

Der Kläger bot der Beklagten durch Schreiben vom 11. September 1953 "die gelegentliche Zusammenarbeit" durch Vermittlung von Druckaufträgen u.a. für Zeitschriften gegen 5 % Provision an. Bei gedruckten Preisen sah er eine Sondervereinbarung vor Auftragsannahme vor. In ihrem Antwortschreiben vom 18. September 1953 erklärte sich die Beklagte mit den Vorschlägen des Klägers, darunter dem Verlangen nach Kundenschutz und mit den Provisionsansprüchen einverstanden, wies jedoch darauf hin, man müsse sich bei Großaufträgen jeweils über den Provisionssatz unterhalten, da erfahrungsgemäß 5 % Provision nicht immer durchzubringen seien. Der Kläger schlug darauf mit Schreiben vom 20. September 1953 eine Besprechung vor; unabhängig hiervon "möchte ich Ihnen, nachdem sie die Annahme meiner Ansprüche bestätigten, eine Eilanfrage" über die Zeitschrift "Das Zelt" unterbreiten. Dieser Auftrag wurde unter Gewährung einer 5 %igen Provision ausgeführt. Am 23. September 1953 fragte der Kläger die Beklagte nach ihren "äußersten Preisen unter Zugrundelegung seiner Bedingungen" für den Druck der Kundenzeitschrift "Tschibo". Anschließend wurde über die Höhe der Provision des Klägers für diesen Auftrag verhandelt. Mit Schreiben vom 10. Oktober 1953 bestätigte der Kläger ein Telefongespräch mit der Beklagten vom 8. Oktober 1953. Danach sei der Beklagten der ganze Komplex - es handelte sich gleichzeitig noch um die Zeitschrift "Das Zelt" klar, bis auf die Höhe der Vergütung. Mit der von ihr vorgeschlagenen Provisionsregelung - Senkung der 5 %igen Provision für die ersten beiden Tschibo-Hefte auf 2 % - sei er nicht einverstanden. Im Antwortschreiben vom 14. Oktober 1953 nahm die Beklagte diesen Standpunkt des Klägers hinsichtlich seiner Provision zur Kenntnis und erklärte, sie versuche inzwischen neue Überlegungen anzustellen, die es ihr ermöglichen, die Provision auch in der Anlaufzeit voll

auszuzahlen. Nach weiterem Briefwechsel teilte die Beklagte dem Kläger am 22. Oktober 1953 mit, der vom Kläger für möglich gehaltene Preis von 6,8 Pf pro Heft sei sehr scharf kalkuliert, biete immerhin eine "reale Möglichkeit, den Auftrag mit Verantwortung" durchzuführen. Ein Abkommen über eine längere und engere Zusammenarbeit ohne Sondervereinbarung für gedruckte Preise und Großaufträge, das der Kläger zu derselben Zeit erstrebte, kam nicht zustande. Die Beklagte schloß den Druckauftrag für die Tschibo-Hefte mit dem vom Kläger vermittelten Verleger. Sie bezahlte dem Kläger für das erste Heft Nr 19 5 %, für die Hefte 20 - 24 2 1/2 %, für die Nummern 25 - 29 2 % und für die restlichen Nummern bis 32 noch keine Provision. Der Kläger beansprucht die Differenz zwischen der erhaltenen Provision und einer Provision von 5 %, da nach seiner Auffassung eine Vereinbarung über eine Provisionsgewährung von 5 % zustande gekommen sei.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Nach ihrer Ansicht hätte, da es sich um einen Großauftrag zu gedruckten Preisen gehandelt habe, eine Sondervereinbarung getroffen werden müssen. Da diese nicht zustande gekommen sei, könne der Kläger nur eine angemessene Provision in Höhe von 2 % fordern. Zudem sei, selbst wenn eine Vereinbarung vorgelegen hätte, die Geschäftsgrundlage hierfür, nämlich die Erzielung eines Preises von 6,8 Pf pro Heft, weggefallen. Der Kläger habe außerdem seit Mai 1955 seine Provisionsansprüche verwirkt, da er versucht habe, den Auftraggeber zu einer anderweiten Auftragserteilung zu bewegen.

Das Landgericht hat die Beklagte entsprechend dem Antrag des Klägers, der zunächst nur einen Teilbetrag für die Hefte Nr 20 - 22 eingeklagt hatte, zur Zahlung von 1.677,67 DM verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten



und die Anschlußberufung des Klägers, der seine Klage um die Provision für die Hefte bis einschließlich Nr 27, fürsorglich für die Hefte Nr 28 bis Nr 32, auf insgesamt 8.595,40 DM erweiterte, wurde die Beklagte unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils durch Teilurteil zur Zahlung von 8.496,75 DM verurteilt. Wegen eines Teilbetrags von 98,75 DM, dem, wie die Beklagte behauptet, einer Rückvergütung entsprechenden Teil der Provision, ist das Verfahren noch in zweiter Instanz anhängig. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, während der Kläger die Zurückweisung der Revision begehrt.

Entscheidungsgründe:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der vom Kläger erstrebte Rahmenvertrag, der keinen Vorbehalt einer Sondervereinbarung bei Großaufträgen und bei Aufträgen zu gedruckten Preisen enthalten sollte, nicht zustande gekommen. Unabhängig hiervon hatten die Parteien jedoch für die abgewickelten Aufträge, also für die Aufträge auf Drucklegung der Zeitschrift "Das Zelt" und, was hier in Frage kommt, der Kundenzeitschrift "Tschibo" eine Sondervereinbarung des Inhalts getroffen, daß der Kläger aus diesen Aufträgen eine Provision von 5 % erhalten sollte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stimmten die Parteien, was auch von der Revision nicht bezweifelt wird, insoweit überein, als dem Kläger eine Normalprovision von 5 % zustehen und als bei gedruckten Preisen entsprechend dem Vorschlag des Klägers in seinem Schreiben vom 11. September 1953 eine Sondervereinbarung getroffen werden sollte. Keine Einigung bestand insoweit, als die Beklagte den in dem erwähnten Schreiben enthaltenen Vorschlag des Klägers nur mit dem

Vorbehalt angenommen hat, daß man sich bei Großaufträgen jeweils über den Provisionssatz unterhalten müsse. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, der Kläger sei in seinem den Auftrag zum Druck des Tschibo-Hefts betreffenden Schreiben, insbesondere der ersten Anfrage vom 23. September 1953, davon ausgegangen, daß es sich hierbei um eine normale Provision, also um eine Provision in Höhe von 5 % handle. Es hat im einzelnen nicht weiter dargelegt, welche Stellungnahme die Beklagte zu diesen Vorschlägen zunächst eingenommen hat. Aus dem sog. Bestätigungsschreiben des Klägers vom 10. Oktober 1953 ergibt sich jedoch, daß die Beklagte mit der Höhe der Vergütung für diesen Auftrag nicht einverstanden war. Sie wollte für die erste Nummer eine Provision von lediglich 2 % gewähren, für die späteren Hefte sollte der Kläger die normale Provision erhalten. Damit war der Antrag des Klägers, er wolle einen Druckauftrag gegen eine Vergütung von 5 % vermitteln, abgelehnt. Der Kläger hat darauf mit dem vorerwähnten Schreiben vom 10. Oktober 1953 erklärt, daß er mit einer Herabsetzung der Provision nicht einverstanden gewesen sei, "und auch heute noch nach reiflicher Überlegung ... das gleiche Ergebnis bekanntgeben müsse". Er bitte um Bestätigung seiner Provisionsansprüche in der vereinbarten Höhe. Das Berufungsgericht ist, allerdings ohne diesen rechtlichen Gesichtspunkt deutlich hervorzuheben, davon ausgegangen, daß der Kläger in diesem Schreiben erneut den Antrag auf Vermittlung gegen eine Provision von 5 % gestellt hat. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1953 hat die Beklagte den "Standpunkt des Klägers bezüglich seiner Provision zur Kenntnis" genommen und weiter ausgeführt, "sie wolle versuchen, weitere Überlegungen anzustellen, die es ihr ermöglichten, die Provision auch in der Anlaufzeit des Auftrags voll auszubahlen". Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe

mit diesem Schreiben nicht in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht, daß sie jetzt noch einen anders gerichteten Willen habe. Da ihr durch das Schreiben des Klägers genau bekannt gewesen sei, daß dieser ausdrücklich auf seiner Provision von 5 % bestehe, hätte sie entweder eine ausdrückliche Herabsetzung erwirken oder den Auftrag gegenüber dem Verleger ablehnen müssen. Dazu sei sie um so mehr verpflichtet gewesen, als ihr als Kaufmann bekannt gewesen sei, daß im Handel ein Schweigen leicht nachteilige Folgen haben könne. Deshalb sei sie zur Zahlung einer 5 %igen Provision verpflichtet. Mit der Wendung, die Beklagte habe ihren andersgerichteten Willen nicht in erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht, wollte das Berufungsgericht offensichtlich darlegen, es lege das Verhalten der Beklagten dahin aus, daß sie den im Schreiben vom 10. Oktober 1953 enthaltenen Vertragsantrag auf Vermittlung gegen eine 5 %ige Provision angenommen habe. Wenn die Revision meint, dieses Ergebnis bedeute, daß der erstrebte Rahmenvertrag mit dem geplanten Wegfall der Provisionsbeschränkung schon wirksam geworden sei, so übersieht sie dabei, daß das Berufungsgericht ausdrücklich von dem Nichtzustandekommen dieses Vertrags ausgegangen ist und unabhängig davon den Abschluß einer Sondervereinbarung hinsichtlich der Tschibo-Hefte festgestellt hat. Es liegt auch insoweit kein Fehler des Berufungsgerichts vor, als es nicht darauf eingegangen ist, ob es sich bei diesem Auftrag um gedruckte Preise im Sinne des ursprünglichen Angebots des Klägers gehandelt hat. Es konnte diesen Umstand dahingestellt sein lassen, da es auf Grund des Briefwechsels und des Verhaltens der Beklagten das Zustandekommen einer Sondervereinbarung angenommen hat, wie sie nach dem Vorschlage des Klägers bei gedruckten Preisen gerade getroffen werden sollte. Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Verhalten der Be-

klagten gegenüber dem im Schreiben vom 10. Oktober 1953 enthaltenen Antrag auf Gewährung einer 5 %igen Provision hat zuteil werden lassen, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision weist darauf hin, es habe sich bei dem vom Berufungsgericht als Bestätigungsschreiben bezeichneten Schreiben von diesem Tag nicht um ein echtes Bestätigungsschreiben gehandelt. Daher könne in dem Schweigen hierauf keine Annahme des Verlangens des Klägers gesehen werden. In diesem Sinne hat das Berufungsgericht den von ihm gebrauchten Begriff Bestätigungsschreiben in vorliegendem Falle nicht verstanden, denn es hat ausdrücklich betont, daß der Kläger in diesem Schreiben die Ablehnung einer Herabsetzung seiner Provisionsansprüche wiederholte, daß demnach das "Bestätigungsschreiben" die gegensätzliche Auffassung offen zum Ausdruck gebracht hat. Demnach wollte das Berufungsgericht mit der Wendung "Bestätigungsschreiben" nur zum Ausdruck bringen, daß, wie die Eingangsworte des Schreibens lauten, der Kläger lediglich das Telefongespräch bestätigte, in dem sich die mangelnde Übereinstimmung der Parteien über die Provision ergeben habe.

Wie die Urteilsgründe im Zusammenhange ergeben, hat das Berufungsgericht auch nicht, was allerdings bei dieser Sachlage nicht gerechtfertigt wäre, eine vertragliche Vereinbarung deshalb angenommen, weil die Beklagte auf das im Schreiben vom 10. Oktober 1953 liegende Verlangen einer 5 %igen Provision überhaupt geschwiegen habe. Es hat vielmehr auf positive Handlungen abgestellt, nämlich das Antwortschreiben der Beklagten vom 14. Oktober 1953 und die Annahme des Auftrags gegenüber dem Verleger in Kenntnis des Provisionsverlangens des Klägers. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange davon spricht, daß ein Schweigen im Handel leicht nachteilige Folgen haben könne, so meint es damit nicht, daß die Beklagte überhaupt geschwiegen hat.

Es will damit lediglich sagen, daß die Beklagte, wenn sie durch andere Handlungen den Eindruck erweckt habe, sie gehe auf den wiederholten Antrag des Klägers ein, ausdrücklich hätte erklären müssen, daß sie nach wie vor die geforderte Provision nicht billige, daß sie also, indem sie dies unterließ, insoweit geschwiegen hat. Die einzelnen Handlungen der Beklagten konnte das Berufungsgericht in dem Sinne auslegen, wie es getan hat, ohne daß darin ein Rechtsverstoß zu erkennen wäre. Das Antwortschreiben vom 14. Oktober 1953 enthielt die unklar gehaltene Wendung, die Beklagte nehme den Standpunkt des Klägers bezüglich seiner Provision zur Kenntnis, sie versuche in der Zwischenzeit neue Überlegungen anzustellen, die es ihr ermöglichen, auch in der Anlaufzeit seine Provision voll auszuzahlen. Diesem Wortlaut kann durchaus die Bedeutung zukommen, daß die Beklagte die Provisionsforderung billige und daß sie, was ihre eigene Angelegenheit sei, die Auftragskalkulation so zu gestalten versuche, daß der Auftrag für sie wirtschaftlich^{tragbar} sei. In diesem Sinne kann auch das Schreiben vom 22. Oktober 1953 verstanden werden, in dem die Beklagte ausführte, der Preis von 6,8 Pf sei sehr scharf kalkuliert, biete aber immerhin eine reale Möglichkeit, den Auftrag mit Verantwortung auszuführen. Auf jeden Fall ist eine Auslegung in dem Sinne, wie sie das Berufungsgericht vorgenommen hat, nicht unmöglich. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Grundsätze von Treu und Glauben auch im Rahmen des § 150 Abs 2 BGB anzuwenden sind (BGH Lindmöhr BGB § 150 Nr 2). Der Kläger, der, wie das Berufungsgericht feststellt, von vornherein 5 % für diesen Auftrag verlangt hat, in einer fernmündlichen Rücksprache darauf bestanden und seine Forderung erneut schriftlich wiederholt hat, konnte erwarten, daß die Beklagte in ihrem Antwortschreiben klar und unzweideutig ihre Ablehnung darlegte. Die Auslegung des Berufungs-

gerichts war um so eher gerechtfertigt, als die Beklagte den Auftrag gegenüber dem Verleger annahm. Nach dem ursprünglichen Vorschlag des Klägers, den die Beklagte auch gebilligt hatte, sollten Sondervereinbarungen vor Auftragsannahme getroffen werden. Wenn daher die Beklagte in Kenntnis der Provisionsforderung des Klägers den Auftrag annahm, so konnte das Berufungsgericht darin mit Recht ein weiteres Anzeichen dafür sehen, daß sie die Provisionsforderung billigte. Für diese Auffassung spricht des weiteren der Umstand, daß der Kläger nicht etwa in einem festen Dauerverhältnis zu der Beklagten stand, mit ihr vielmehr gelegentlich zusammenarbeitete und den Antrag zur Vermittlung des Drucks der Kundenzeitschrift Tschibo in der Weise eingeleitet hatte, daß er nach dem "äußersten Preis unter Zugrundelegung seiner Bedingungen" gefragt hatte, die Vermittlung also offensichtlich davon abhängig machen wollte, daß seine Bedingungen erfüllt würden. An der Ablehnung des Auftrags wäre die Beklagte entgegen der Auffassung der Revision nicht gehindert gewesen, denn, unabhängig davon, ob der Kläger als Handelsvertreter oder als Makler anzusehen ist, steht es grundsätzlich im Ermessen des Geschäftsherrn, den Abschluß eines Geschäfts abzulehnen. Dafür, daß eine solche Ablehnung einen Willkürakt dargestellt hätte, sind keine Anhaltspunkte gegeben. Somit ist das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, daß dem Kläger an sich ein Anspruch auf eine 5 %ige Provision zustand.

Die Beklagte hatte geltend gemacht, der Kläger habe seine für den Druck der späteren Hefte entstandenen Provisionsansprüche verwirkt, weil er zu diesem Zeitpunkt (GA 81: Mai 1954; GA 136: Juli 1954) den auftraggebenden Verleger Dr. W. [REDACTED] habe veranlassen wollen, den Druckauftrag

auf eine andere Firma zu übertragen. Der Kläger leitet seine Ansprüche daraus her, daß er von der Beklagten mit der Vermittlung von Druckaufträgen beauftragt war. Welche Rechtsnatur dieses Verhältnis hat, ist vom Berufungsgericht nicht erörtert. Nähere Einzelheiten über die Ausgestaltung sind nicht ermittelt. Es kann daher und braucht daher auch nicht endgültig entschieden zu werden, ob der Kläger als Makler oder als Handelsvertreter tätig sein sollte, wenn auch die Tatsache, daß es sich nur um eine gelegentliche Zusammenarbeit handeln sollte und der Kläger offensichtlich keine Verpflichtung zum Tätigwerden übernahm, mehr für einen Maklervertrag spricht. Der in § 654 BGB ausgesprochene Gedanke der Verwirkung der Maklerprovision ist, wie in ständiger Rechtsprechung entschieden ist, im Hinblick auf § 242 BGB auch auf andere Fälle anzuwenden, in denen der Makler unter Zuwiderhandlung gegen wesentliche Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers nachträglich zuwider handelt. Er gilt für andere Rechtsverhältnisse, die eine Treuepflicht des Schuldners mit sich bringen (RG Gruch 71, 535). Dazu gehört unzweifelhaft auch die Tätigkeit des Handelsvertreters (RGZ 113, 264 [268]; RG HRR 1935 Nr 727; II ZR 113/55 vom 25.6.1956). Einen solchen wesentlichen Verstoß gegen die Treuepflicht stellt es insbesondere dar, wenn der Beauftragte den Geschäftsherrn zum Vertragsbruch verleiten will oder wenn er das Zustandekommen eines noch nicht geschlossenen Vertrags zu hintertreiben versucht (RG SeuffArch 56 Nr 24). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Auftraggeber, der Verleger Dr. W. sich bereits zur Erteilung der Druckaufträge für die später erscheinenden Hefte von vornherein verpflichtet hatte oder ob jeweils ein besonderer Vertrag über den Druck jedes einzelnen Heftes abgeschlossen wurde. Für den letzteren Fall stand dem Kläger nach der insoweit von den Parteien nicht angezweifelten Vereinbarung,

wie sie im Briefwechsel vom 11. und 18. September 1953 getroffen wurde, die Provisionszahlung solange zu, wie die Verbindung zwischen der Beklagten und ihrem Auftraggeber bestand. Hatte der Kläger für diese späteren Abschlüsse ebenfalls einen Provisionsanspruch auf Grund seiner früheren Vermittlungstätigkeit, selbst wenn er im Einzelfall nicht mehr mitwirkte, so hatte er auch insoweit eine Treueverpflichtung, deren Verletzung zur Verwirkung seiner Ansprüche führen kann. Bei dieser Rechtsfolge handelt es sich nicht darum, daß dem Geschäftsherrn ein Schaden entstanden ist, dessen Ausgleich der Wegfall der Verpflichtung zur Provisionszahlung bilden soll (RGZ 113, 264 268; RG Gruch 71, 535; II ZR 186/55 vom 10.1.1957). Vielmehr soll der, der sich treuwidrig verhalten hat, schon wegen dieses Verhaltens allein seine Ansprüche verlieren. Daher würde zur Verwirkung eine so wesentliche Verletzung genügen, wie sie nach der Behauptung der Beklagten darin liegt, daß der Kläger weitere Geschäftsbeziehungen zwischen der Beklagten und deren Auftraggeber hintertreiben wollte.

Das Berufungsgericht hat zu diesem Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht keine Stellung genommen, sondern hat die Richtigkeit dieser Behauptung dahingestellt gelassen, indem es die Rechtsansicht vertreten hat, die Beklagte könne sich auf eine Verwirkung nicht berufen, da sie durch Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Provisionsvertrag ihre "Treuepflicht verletzt und damit Grundlagen ihrer Beziehungen erschüttert" habe. Entgegen der Ansicht der Revision liegt hierin kein materiellrechtlicher Fehler. Es bedarf in den Fällen, in denen die Geltendmachung eines Rechts gegenüber dem Gegner wegen Verstosses gegen Treu und Glauben entfallen soll, einer Prüfung der gesamten Umstände des Einzelfalls. Dabei ist auch das Verhalten der Gegenseite entscheidend zu berücksichtigen. Dieser

Gedanke hat z.B. dazu geführt, daß bei einer Ausschließung wegen wichtigen Grunds aus einer Gesellschaft zu prüfen ist, wie weit Pflichtverletzungen der übrigen Gesellschaft ter das Verhalten des Gesellschafters, dessen Verbleiben nicht mehr zumutbar sein soll, in einem milderen Lichte erscheinen lassen (BGHZ 4, 108 111; RGZ 153, 274 280). Auch dort handelt es sich darum, daß in einem weitgehend durch gegenseitige Treuepflicht gekennzeichneten Verhältnis das Gewicht von Verstößen gegen diese Treuepflicht zu beurteilen ist. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Treuepflicht, wegen deren Zuwiderhandlung der Kläger seiner Ansprüche verlustig gehen soll, dem Vertragsverhältnis mit der Beklagten entspringt, auf Grund dessen diese selbst Leistungen zu erbringen hatte. Das Gesetz hat allgemein die Bedeutung, die es der Vertragstreue des einen Geschäftspartners beimißt, dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es bei gegenseitigen Verträgen in § 320 BGB dem Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags einräumt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger schuldhaft seine eigene Leistung verweigert (RGZ 145, 274 282). Deshalb kann es auch im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sein, ob die Beklagte, wie die Revision meint, sich in einem unverschuldeten Rechtsirrtum darüber befunden hat, daß sie zur Zahlung von 5 % Provision ^{nicht} verpflichtet sei. Ein solcher unverschuldeter Rechtsirrtum könnte die Beklagte zwar von den Verzugsfolgen befreien (BGH IM BGB § 285 Nr 1). Im Verhältnis zur Gegenseite bleibt jedoch die Tatsache bestehen, daß die Beklagte ihre Leistung objektiv verweigert. Ferner erscheint es in diesem Zusammenhange beachtlich, daß die ebenfalls einer Vertragsverletzung entspringende Schadensersatzpflicht nach § 326 BGB voraussetzt, daß der Gläubiger selbst zur eigenen Leistung bereit ist (Palandt § 326 Anm 4). Der selbst vertragsuntreue

Teil kann, solange dieser Zustand dauert, auch aus der Vertragsuntreue des anderen Teils keine Rechte herleiten (RGZ 120, 193/1967; RGZ 152, 119 [1237]). Schon eine Heranziehung des in den obengenannten Bestimmungen zum Ausdruck gekommenen Gedankens spricht dafür, daß sich die Beklagte auf die von ihr behauptete Verletzung der vertraglichen Treuepflicht des Klägers nicht berufen kann, weil sie selbst sich nicht vertragstreu verhalten hat. Es ist ferner zu berücksichtigen, daß sie nicht einmal die Leistungen erbracht hat, die sie dem Kläger selbst in den Verhandlungen vorgeschlagen hat. Sie hatte lediglich gefordert, daß die Provision für die beiden ersten Nummern auf 2 % gesenkt werde, daß sie für die folgenden Nummern jedoch den normalen Provisionssatz bezahlen werde. In ihrem Schreiben vom 14. Oktober 1953, in dem die Revision eine deutliche Ablehnung der Forderung des Klägers sieht, hat sie zum Ausdruck gebracht, sie wolle erwägen, ob sie die Provision auch in der Anlaufzeit des Auftrags voll auszahlen könne. Sie hat jedoch später, abgesehen von der Zahlung von 5 % für das erste Heft, eine erheblich geringere Provision von 2 1/2 % und von Heft Nr 25 an nur von 2 % bezahlt, also im Ergebnis erheblich weniger, als ihr selbst als vertretbar erschien. Bei Berücksichtigung auch dieses Umstandes zusammen mit der zumindest objektiv feststehenden Weigerung der Vertragserfüllung muß dem Berufungsgericht zugestimmt werden, wenn es den an sich möglichen Verwirkungseinwand wegen des Versuchs der Abwerbung durch den Kläger nicht für durchschlagend gehalten hat. Aus diesem Grunde

war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Canter Dr. Selowsky Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Haager