

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UrhG § 31

"Serigrafie"

Rechte und Pflichten der Beteiligten aus einem zwischen einem Kunstmaler und der Inhaberin einer Kunstgalerie geschlossenen Vertrag, nach dem der Künstler eine bestimmte Anzahl von Farbversionen einer von ihm geschaffenen Serigrafie als Druckvorlage schaffen und die Galerieinhaberin die von ihr zu vertreibenden Abzüge auf ihre Kosten durch einen bestimmten Drucker herstellen lassen sollte.

BGH, Urt. v. 26. März 1976 - I ZR 157/74 - OLG München
LG München

20

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 157/74

URTEIL

Verkündet am
26. März 1976
Z u g
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Dorothea L [REDACTED], Inhaberin einer Kunstgalerie,
[REDACTED] M [REDACTED], V [REDACTED]-S [REDACTED]-Straße 99,

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

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

gegen

Friedensreich S [REDACTED], Kunstmaler,
G [REDACTED] 43, V [REDACTED]/Italien,

Beklagter Widerkläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1976 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkman, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 27. Juni 1974 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist Kunstmaler. Er besitzt die österreichische Staatsangehörigkeit und wohnt in Venedig. Die Klägerin ist Inhaberin einer Kunstgalerie in München.

Die Parteien kamen im Jahre 1969 überein, daß die Klägerin die vom Beklagten geschaffene Serigrafie "Good morning city", die der Drucker C in C M/Italien in 10.000 Exemplaren herstellen sollte, vertreiben würde. Der Druck sollte in zahlreichen Farbversionen erfolgen. Die Einzelheiten dieser Vereinbarung sind streitig. Die Klägerin hatte mit dem Drucker Coin einen schriftlichen Vertrag vom 2. Juni 1969 mit schriftlichen Zusätzen vom 30. August 1969 und vom



14. April 1970 geschlossen.

Von den ersten 8.000 Exemplaren, die in 40 Farbversionen zu je 200 Exemplaren gedruckt worden waren, hatten vereinbarungsgemäß die Klägerin 160 und der Beklagte 40 Exemplare je Version erhalten.

Hinsichtlich der restlichen 2.000 Exemplare, der sog. "Phosphorversion", traten Schwierigkeiten auf. Schließlich ließ der Drucker durch den Rechtsanwalt Renzo G. [REDACTED] unter dem 11. November 1970 an die Klägerin ein Schreiben richten, das unter III u. a. folgenden Absatz enthält:

Herr C. [REDACTED] macht Sie daher darauf aufmerksam, daß, im Falle, daß Sie nicht innerhalb von 20 (zwanzig) Tagen ab Empfang dieses Briefes für die Abnahme der Ihnen zustehenden Abzüge sorgen, der Vertrag ohne weiteres als aufgelöst anzusehen sein wird und daß Herr C. [REDACTED] sich daher für frei von jeglicher Verpflichtung erachten wird.

Mit Schreiben vom 16. November 1970 antwortete die Klägerin, wobei sie zu Punkt III schrieb:

... Bitte teilen Sie mir mit, wann und wo ich diese 1.200 und die restlichen 400 Drucke gegen Bezahlung abholen kann. rr.
Ich muß Ihnen gestehen, daß niemand mehr interessiert ist als ich, endlich die längst bestellten Grafiken zustellen zu können.

Rechtsanwalt G. [REDACTED] erwiderte mit Schreiben vom 23. November 1970, wie er bereits in seinem Schreiben vom 11. November 1970 erklärt habe, habe die Abnahme

der Drucke und die gleichzeitige Bezahlung am Sitz des Druckers zu erfolgen, wie der Vertrag es vorsehe.

Unter dem 19. Dezember 1970 ließ der Drucker der Klägerin durch Rechtsanwalt G. [REDACTED] u. a. folgendes mitteilen:

Nunmehr, nachdem außer den von mir eingeräumten 20 Tagen weitere 13 Tage ohne eine wenigstens verspätete Erfüllung Ihrerseits verstrichen sind und nachdem Sie die Erfüllung ihrer Verpflichtung weiterhin hinauszuschieben beabsichtigen, betrachtet Herr C. [REDACTED] wegen Ihrer Nichterfüllung den Vertrag als endgültig gelöst.

Nach Weihnachten 1970 übergab der Drucker mit Einverständnis des Beklagten die "Phosphorserie" an den Schweizer H. [REDACTED] gegen Bezahlung.

Durch Anwaltsschreiben vom 5. und vom 11. Mai 1971 hat der Beklagte dem späteren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin mitgeteilt, daß er vorsorglich nochmals ein etwa bestehendes Vertragsverhältnis kündige bzw. zurücktrete.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten wegen des Nichterhalts der ihr zugesagten Blätter aus der Phosphorserie Schadensersatz. Sie hat behauptet, dem Beklagten unter dem 3. September 1969 ein Bestätigungsschreiben übersandt zu haben, dessen Inhalt die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen richtig wiedergebe.

Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe die Phosphorserie abnehmen wollen und habe über die erfor-

derlichen Geldmittel verfügt. C. sei zum Rücktritt vom Druckvertrag nicht berechtigt gewesen, weil - wie sie erst später erfahren habe - vertragswidrig statt der vereinbarten 10 Phosphorversionen zu je 200 Blättern 40 Versionen mit je 50 Stück gedruckt worden seien. Auch sei weder ihr Galeriestempel aufgeprägt gewesen noch seien die Blätter signiert gewesen. Man habe ihr die Phosphorserie absichtlich vorenthalten, weil man beabsichtigt habe, sie einem anderen Verleger zu geben.

Aus dem rechtswidrigen Verhalten des Beklagten sei ihr ein Schaden von 302.000,-- DM entstanden. 100 Blätter habe sie bereits für 100,-- DM je Stück verkauft gehabt, woraus sie je Blatt einen Gewinn von 20,-- DM, insgesamt also 2.000,-- DM erzielt hätte. Für die restlichen 1.500 Blatt hätte sie durchschnittlich 280,-- DM je Stück verlangt und damit einen Gewinn von 200,-- DM je Stück, insgesamt also 300.000,-- DM erzielt.

Hilfsweise stützt die Klägerin ihre Klageforderung auf einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 160.000,-- DM. Zu dessen Begründung hat sie behauptet, der Beklagte sei vertraglich verpflichtet gewesen, seine 1.600 Exemplare der ersten 40 Versionen im Verkaufsfalle ihr zuerst anzubieten und sie nur anderweitig zu verkaufen, wenn sich die Parteien über den Kaufpreis nicht einigen könnten. Vereinbarungswidrig habe der Beklagte mindestens 1.500 Blätter zu einem Verkaufspreis von unter 300,-- DM pro Blatt an Dritte verkauft. Zu diesem Preis hätte sie diese Exemplare dem Beklagten abgekauft und sie mit einem Gewinn von mindestens 100,-- DM pro Blatt weiterveräußert.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 302.000,-- DM zuzüglich 4 % Zinsen zu bezahlen.

Der Beklagte hat vorgetragen, den Brief der Klägerin vom 3. September 1969 habe er nie erhalten. Er gebe außerdem den Inhalt des Vertrages zwischen den Parteien nicht richtig wieder. Der von der Klägerin behauptete Schaden werde auch der Höhe nach bestritten.

Der Beklagte hat weiter vorgetragen, er habe seinerseits Ansprüche gegen die Klägerin. Einmal könne er von ihr Auskunft über die Verkäufe verlangen. Er habe weiter von der Klägerin hinsichtlich der Verkäufe, bei denen diese einen DM 100,-- pro Blatt übersteigenden Preis erzielt habe, an dem überschießenden Betrag seinen Anteil von 33 % zu bekommen, also den Differenzbetrag zwischen 33 % aus dem insgesamt von der Klägerin erzielten Verkaufspreis und der von ihr schon bezahlten Vergütung von $6.400 \times 33,-- \text{ DM} = 211.200,-- \text{ DM}$. Hierfür habe er ihr mit Schreiben vom 5. Mai 1971 Frist auf den 25. Mai 1971 gesetzt.

Schließlich verlangt der Beklagte von der Klägerin den ihr von der Versicherung für das verloren gegangene Bild ausbezahlten Betrag von 3.000,-- DM, den er trotz Mahnschreibens vom 7. September 1970 nicht erhalten habe.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben, von der noch folgende Anträge im Streit sind:

....

- II. Die Klägerin ist verpflichtet, dem Beklagten darüber Auskunft zu geben, wieviel Blätter der Edition "Good Morning City" und zu welchen Preisen sie verkauft hat.

Für den Fall, daß die in der Rechnungslegung enthaltenen Angaben über die Verkaufserlöse nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, ist die Klägerin verpflichtet, eine eidesstattliche Versicherung dahin zu leisten, daß sie nach bestem Wissen die Verkäufe und die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als sie dazu imstande ist (§ 259 BGB).

- III. Die Klägerin ist schuldig, an den Beklagten den sich aus der ordnungsmäßigen Abrechnung ergebenden Betrag nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 25.5.1971 zu bezahlen.

- IV. Die Klägerin ist schuldig, an den Beklagten einen weiteren Betrag von DM 3.000,-- nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 1.2.1971 zu bezahlen.

Die Klägerin hat erwidert, zur Auskunft sei sie nicht verpflichtet, weil der Beklagte das ihm zustehende Entgelt, nämlich 33,-- DM je Blatt, erhalten habe. Gegenüber dem Anspruch des Beklagten auf Zahlung von 3.000,-- DM mache sie auf Grund ihres Schadensersatzanspruches ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme durch Teil-Endurteil die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 3.000,-- DM nebst 4 % Zinsen zu zahlen und dem Beklagten darüber Auskunft zu geben, wieviele Blätter der Edition "Good Morning City" sie zu welchem Preis verkauft hat. Die

weitergehende Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der von ihr eingelegten Berufung hat die Klägerin ihren Zahlungsantrag und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiterverfolgt, soweit dieser vom Landgericht stattgegeben worden ist. Sie hat vorgetragen, aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages, habe sich der Beklagte jeder Einflußnahme auf die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zu enthalten gehabt, die die Klägerin zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes eingegangen sei. Andererseits habe eine Leistungsstörung im Verhältnis zwischen der Klägerin und dem zur Vervielfältigung und Verbreitung eingeschalteten Dritten die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien nicht berührt. Dies habe der Beklagte nicht beachtet. Zwar habe der Drucker C den Vertrag mit der Klägerin seit 6. Dezember 1970 als aufgelöst betrachtet. Selbst wenn der Drucker zu diesem Verhalten berechtigt gewesen wäre, was bestritten werde, so seien dadurch die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien unberührt geblieben. Der Beklagte hätte sich, als er vom Verhalten des Druckers erfahren habe, mit der Klägerin in Verbindung setzen und ihr zur Erfüllung der ihr obliegenden Pflichten eine Frist setzen müssen. Statt der gebotenen Kontaktaufnahme habe der Beklagte im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem Drucker Coin das der Klägerin an der Phosphorversion zustehende Verlagsrecht verletzt. Deswegen sei der Beklagte, da er vom Vertrag nicht wirksam zurückgetreten sei, wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig.

Dagegen sei die Widerklage abzuweisen, weil zwischen den Parteien vereinbart worden sei, daß der Beklagte pro Exemplar lediglich 33,-- DM erhalte. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß die Klägerin verpflichtet wäre, 33 % aus einem Festpreis von 100,-- DM oder 33 % aus dem Verkaufspreis zu bezahlen.

Der Beklagte hat vorgetragen, der Drucker sei zu Recht vom Vertrag zurückgetreten. Eine Störung des Vertragsverhältnisses der Klägerin zum Drucker bedeute gleichzeitig eine Störung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Er habe die Klägerin mit Schreiben vom 9. Oktober 1970 und am 14. Januar 1971 in einem Telefongespräch mit Rechtsanwalt S. aufgefördert, ihren Verpflichtungen gegenüber dem Drucker nachzukommen. Weitere Maßnahmen habe er nicht ergreifen müssen.

Vor dem 6. Dezember 1970 habe er nichts getan, um der Klägerin die Auslieferung der "Phosphorserie" unmöglich zu machen. Erst nachdem der Drucker vom Vertrag zurückgetreten sei, habe der Drucker mit seinem Einverständnis die Phosphorserie an Hellstern gegen Bezahlung herausgegeben. Er sei berechtigt gewesen, der Herausgabe zuzustimmen, weil er von seinen Verpflichtungen gegenüber der Klägerin gemäß § 323 Abs. 1, § 325 Abs. 1 BGB frei geworden sei. Schließlich habe er, der Beklagte, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien durch Kündigung bzw. Rücktritt beendet.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre im zweiten Rechtszug gestellten Anträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

Zur Klage:

Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich folgendes

Durch den zwischen den Prozeßparteien geschlossenen Vertrag hat der Beklagte der Klägerin an der Serigrafie "Good morning city" in Höhe von 10.000 Exemplaren das ausschließliche Vervielfältigungsrecht eingeräumt. Bestandteil dieses Vertrages war die Verpflichtung der Klägerin, die Vervielfältigungen auf ihre Kosten durch den Drucker C., den der Beklagte vorgeschlagen hatte, herstellen zu lassen. Der Beklagte war verpflichtet, die zum Druck der verschiedenen Farbversionen erforderlichen Druckvorlagen zu schaffen. Von den 10.000 Exemplaren sollte die Klägerin 8.000 Stück erhalten. Insoweit hatte der Beklagte der Klägerin das ausschließliche Verbreitungsrecht eingeräumt, zu dessen Ausübung die Klägerin verpflichtet war, zumal das von ihr für die Rechtseinträumung an den Beklagten zu zahlende Entgelt von der Zahl der von ihr verkauften Drucke abhängen sollte. Es handelt sich demnach um einen Vertrag über die Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte, der infolge der für die Klägerin bestehenden Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Verlagsvertrag aufweist.

Zur Erfüllung der ihr gegenüber dem Beklagten bestehenden Verpflichtung zur Herstellung der Vervielfältigungsstücke hat die Klägerin am 2. Juni 1969 einen schriftlichen Vertrag mit dem Drucker C. geschlossen und mit diesem am 30. August 1969 und am 14. April 1970 weitere schriftliche Vereinbarungen getroffen. In dem Vertrage vom 2. Juni 1969, demzufolge 5.000 Abzüge in Siebdruck und Metallen gedruckt werden sollten, heißt es unter anderem, es bestehe Einverständnis darüber, daß die Arbeit mit der größten Sorgfalt und in der, auch im Hinblick auf besondere Wünsche des Künstlers, möglichen Zeit ausgeführt werde und daß die Siebdrucke in Partien im Atelier des Druckers ausgeliefert und jeweils bei Lieferung bezahlt würden. Weiter heißt es, der Siebdruck bestehe vorläufig aus 10 Siebdruckfarben und 6 Metallfarben. Der Preis der Auflage werde je Stück 200 Lire bei Siebdruckfarbe und 200 Lire bei Metallfarbe betragen. In der Vereinbarung vom 30. August 1969 ist die Auflage auf 10.000 Stück erhöht und der Klägerin für die Farbe ein Abzug von 10 % gewährt worden. Ferner heißt es, jegliche andere Veränderung werde gesondert behandelt werden. Im Zusatzvertrag vom 14. April 1970 ist vereinbart, daß wegen der aufgetretenen Arbeitsschwierigkeiten - Übergang von einer Auflage mit wenigen Änderungen auf 50 Änderungen - Erhöhung der Materialkosten und des Arbeitslohnes der 10 %ige Nachlaß abgeschafft werde. Weiter heißt es im Zusatzvertrag, daß die Klägerin nur 8.000 Stück, und zwar 160 Stück je Serie auf alle 50 Änderungen der Auflage abnehmen und bezahlen werde, während die restlichen 2.000 Stück zu denselben Bedingungen vom Beklagten abgenommen und bezahlt würden.

Die von der Klägerin mit dem Beklagten und mit C. geschlossen Verträge stehen nicht nur deshalb in engem Zusammenhang, weil der Druckvertrag der Erfüllung der der Klägerin obliegenden Verpflichtung zur Herstellung der Vervielfältigungsstücke diente. Seitens des Beklagten setzte die Herstellung der Drucke zunächst die Schaffung der für die verschiedenen Farbversionen bestimmten Druckvorlagen voraus. Hierbei stand ihm, wie auch aus dem Druckvertrag der Klägerin mit C. vom 2. Juni 1969 ersichtlich ist, weitgehend künstlerische Gestaltungsfreiheit zu, da auf seine besonderen Wünsche Rücksicht genommen werden sollte. Sodann war die Anfertigung von Probedrucken durch C. erforderlich, ehe der Beklagte hinsichtlich jeder Version die Genehmigung zum Druck (das "bon à tirer") gab. Die Herstellung erforderte somit eine enge Zusammenarbeit zwischen dem Beklagten als Künstler und C. als Drucker. Dem Beklagten oblag daher in besonderem Maße eine Mitwirkungspflicht bei der Abwicklung des von der Klägerin mit C. geschlossenen Druckvertrages. Er war der Klägerin gegenüber verpflichtet, soweit es in seinen Kräften stand, im Zusammenwirken mit ihr und C. die Voraussetzungen für die Durchführung des Druckvertrages zu schaffen und etwaige Erfüllungshindernisse auszuräumen.

A. Das Berufungsgericht verneint, daß der Klägerin gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch zustehe, weil sie von der in 2.000 Exemplaren gedruckten Phosphorserie der Serigrafie des Beklagten ihren Anteil von 1.600 Drucken nicht erhalten habe.

I. 1. Die Frage, ob der zwischen der Klägerin und dem Drucker C. bestehende Vertrag von C. zu Recht

mit Schreiben seines Anwalts vom 19. Dezember 1970 beendet worden ist, ist nach Auffassung des Berufungsgerichts nach italienischem Recht zu beurteilen.

Das Berufungsgericht führt aus, der Schwerpunkt der vertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin und C. habe in Italien gelegen. Dort seien die Drucke von dem italienischen Staatsangehörigen C. herzustellen gewesen. Dort seien sie auch auf Grund des in italienischer Sprache abgefaßten Vertrages, der in Italien geschlossen worden sei, von der Klägerin abzunehmen und zu bezahlen gewesen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig nicht berücksichtigt, daß die Parteien dieses Rechtsstreits sich für diesen Rechtsstreit auf die Anwendung deutschen Rechts geeinigt hätten, ist nicht begründet. Unter Bezugnahme auf die Berufungserwidernng des Beklagten (S. 17) hat die Klägerin vorgetragen (Schrifts. v. 18. März 1974 S. 12), es sei richtig, daß die Prozeßparteien sich für die zwischen ihnen bestehenden vertraglichen Beziehungen auf die Anwendung deutschen Rechts geeinigt hätten, für die vertraglichen Beziehungen der Klägerin zu C. sei eine entsprechende Vereinbarung jedoch nicht getroffen worden.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist C. nach italienischem Recht zur Auflösung des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages berechtigt gewesen.

Es führt aus, obwohl Rechtsanwalt G. der Klägerin mit Schreiben vom 11. November 1970 mitgeteilt habe, C. werde den Vertrag als aufgelöst und sich selbst von jeder Verpflichtung frei ansehen, wenn sie nicht innerhalb von 20 Tagen nach Empfang des Briefes für die Abnahme und gleichzeitige Bezahlung der ihr zustehenden Abzüge Sorge, habe die Klägerin die Drucke weder am 6. Dezember noch bis zum 19. Dezember 1970 abgeholt.

Nach dem Vertrage habe die Klägerin die Drucke bei C. abholen und bezahlen müssen, als sie zur Abholung bereitgestanden hätten und ihr zur Abholung angeboten worden seien. Der Umstand, daß die Phosphorserie vom Beklagten noch nicht nummeriert und signiert gewesen sei, habe die Klägerin nicht berechtigt, die Drucke nicht abzunehmen. Denn diese Leistungen habe der Beklagte geschuldet, nicht aber C.. Auch das Fehlen des Galeriestempels habe der Klägerin kein Recht gegeben, die Abnahme zu verweigern. Nach den glaubwürdigen Bekundungen C. als Zeuge, die sich auf die Kenntnis seiner Maschine und deren Arbeitsweise stützten, hätte der Galeriestempel der Klägerin in vier bis sechs Stunden auf allen der Klägerin zustehenden Abzügen aufgedruckt werden können. Der Vortrag der Klägerin, dies hätte mehrere Tage gedauert, sei demgegenüber unsubstantiiert; der von ihr angebotene Sachverständigenbeweis sei daher nicht zu erheben gewesen.

Die Abnahmepflicht der Klägerin sei auch nicht deshalb entfallen, weil C. an Stelle der ursprünglich geplanten 50 Farbversionen 80 Versionen herge-

stellt habe. Insoweit habe er sich nicht vertragswidrig verhalten, da er im Hinblick auf die Besonderheiten des herzustellenden Werkes von den Anweisungen des Künstlers abhängig gewesen sei. Die besonderen Wünsche des Künstlers seien im Vertrage der Klägerin mit C. vom 2. Juni 1969 ausdrücklich angesprochen worden. In seinem Schreiben an die Klägerin vom 14. Oktober 1970 habe Rechtsanwalt G. im Auftrage C. ausdrücklich auf die Wünsche des Beklagten für die Herstellung der Phosphorserie hingewiesen, außerdem darauf, daß der Beklagte "nicht nur - zusätzlich zu den Farben der vorhergehenden Drucke ... (insgesamt 4 Farben mehr ...), sondern überdies zwei Phosphorfarben angeordnet" habe. Im Schreiben vom 11. November 1970 habe der Drucker auf die "große Zahl der vom Meister verlangten Farben" verwiesen, so daß bei der Phosphorserie 46 Durchgänge statt der 18 bis 22 der vorangegangenen Serie notwendig gewesen seien. Trotz Kenntnis dieser Tatsachen habe die Klägerin den Drucker nicht an seine angeblichen Vertragspflichten erinnert, insgesamt nur 50 Farbversionen herzustellen; auch habe sie die Nichtabnahme der Blätter am 6. Dezember 1970 und danach nicht damit begründet, daß zu viele Farbversionen hergestellt worden seien. Dies gestatte den Schluß, daß die Klägerin nicht der Meinung gewesen sei, C. habe nur 50 Farbversionen herstellen dürfen.

Weiter führt das Berufungsgericht aus, nachdem Rechtsanwalt G. im Auftrag C. an die Klägerin das Schreiben vom 11. November 1970 gerichtet habe und nachdem die Klägerin die Drucke weder bis zum 6. Dezember 1970 noch bis zum 19. Dezember 1970 abgeholt und bezahlt habe, seien nach italienischem Recht die gesetzli-

chen Voraussetzungen für die mit Schreiben vom 19. Dezember 1970 von C. ausgesprochene Auflösung des Vertrages erfüllt gewesen. Eine Zeitbestimmung nach Art. 1183 Abs. 1 Satz 2 des italienischen Zivilgesetzbuches sei nicht notwendig gewesen. Denn die der Klägerin obliegende Zahlungsverpflichtung habe nicht nur geringfügige Bedeutung gehabt, so daß die Vertragsauflösung wegen deren Verletzung nicht ausgeschlossen wäre. Auch wenn die von der Klägerin bei C. hinterlegte Kautions betrags berücksichtigt werde, habe es sich um die Zahlung einer erheblichen Summe gehandelt, die für den Drucker von wirtschaftlicher Bedeutung gewesen sei. Bei dieser Sachlage habe der Vertrag im Hinblick auf die fehlende Abnahme und Zahlung nach Art. 1454 des italienischen Zivilgesetzbuches, dessen formale Voraussetzungen von C. beachtet worden seien, aufgelöst werden können.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß nach italienischem Recht die Voraussetzungen für die von C. ausgesprochene Auflösung des mit der Klägerin geschlossenen Druckvertrages gegeben gewesen sind und daß die Vertragsauflösung rechtswirksam ist, ist für das Revisionsgericht gemäß § 562 i. V. m. § 549 ZPO bindend. Das gilt auch hinsichtlich der nach italienischem Recht vorzunehmenden Vertragsauslegung (BGH WM 1969, 1140).

Die Revision rügt, das Berufungsgericht sei der ihm gemäß § 293 ZPO obliegenden Ermittlungspflicht nicht hinreichend nachgekommen, da es sich nicht mit der von der Klägerin überreichten Stellungnahme des italienischen Juristen Prof. B. auseinandergesetzt und auch nicht, wie von der Klägerin beantragt (Schrifts. v. 10. Dezember 1973 S. 26) ein Rechtsgutachten eingeholt habe.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Bei der erwähnten Stellungnahme handelt es sich nicht um eine gutachterliche Äußerung zur Rechtslage, sondern um einen Auszug aus dem Schriftsatz des Anwalts, mit dem die Klägerin vor dem Tribunal in Venedig Klage gegen C. erhoben hat. Darin wird die Auffassung vertreten, C. sei nicht berechtigt gewesen, der Klägerin eine Nachfrist für die Abholung zu setzen und für den Fall der Fristversäumung mit der Vertragsauflösung zu drohen. Der Beklagte hat darauf den Schriftsatz überreicht, mit dem Rechtsanwalt G. für C. erwidert hat. Darin wird unter Hinweis auf den vorangegangenen Schriftwechsel die Auffassung vertreten, C. sei nach italienischem Recht hierzu berechtigt gewesen. Bei dieser Sachlage stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht sich nicht mit den Ausführungen des - zudem nur im Auszug überreichten - Schriftsatzes der Klägerin auseinandergesetzt hat und wenn es nach seinem Ermessen auch nicht von der Befugnis Gebrauch gemacht hat, ein Rechtsgutachten einzuholen.

Die wegen der Nichterhebung des Sachverständigenbeweises erhobene Verfahrensrüge ist nicht begründet. Entscheidend ist das Vorhandensein des Galeriestempels der Klägerin in dem Zeitpunkt, in dem sie zur Abholung der Blätter in der Druckerei erschien. Hätte die Klägerin mit C. einen Termin für die Abholung vereinbart, so hätte C. den Stempel in der Zwischenzeit anbringen können. Angesichts der Ungewißheit, ob sie die Drucke tatsächlich auch abholen würde, brauchte er den Stempel zunächst noch nicht anzubringen.

II. 1. Hinsichtlich des zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geschlossenen Vertrages gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, die Unmöglichkeit, die Phosphorserie der Serigrafie des Beklagten zu vertreiben, habe die Klägerin zu vertreten. Denn auf ihr schuldhaftes Verhalten sei es zurückzuführen, daß die Übergabe der Drucke an H. [REDACTED] erfolgt sei und ihr damit deren Verbreitung unmöglich geworden sei. Dagegen habe der Beklagte die Unmöglichkeit nicht zu vertreten. Zwar habe er seine Einwilligung zur Übergabe der Drucke an H. [REDACTED] gegeben. Dies sei aber nicht rechtswidrig geschehen. Denn der Beklagte habe Weihnachten 1970 dem bisherigen Verhalten der Klägerin entnehmen müssen, sie sei entweder nicht willens oder nicht in der Lage, die ihr zustehenden 1.600 Abzüge der Phosphorserie bei C. [REDACTED] abzuholen und zu bezahlen.

Es führt aus, der Beklagte sei durch C. [REDACTED] davon unterrichtet gewesen, daß die Klägerin ihre diesem gegenüber bestehenden vertraglichen Pflichten nicht erfüllt und bis nach Weihnachten 1970 die Blätter nicht abgeholt und bezahlt habe. Mit Schreiben vom 9. Oktober 1970 habe er die Klägerin zu einer "Zusage an Livio C. [REDACTED]" aufgefordert gehabt, damit dieser weiterdrucken könne. Auch habe die Klägerin bis zur Übergabe der Drucke an H. [REDACTED] nichts getan, um die Blätter in ihren Besitz zu bekommen, obwohl der Drucker unter Umständen bereit gewesen wäre, ihr die Blätter gegen Bezahlung noch herauszugeben, wie sich aus dem letzten Absatz seines Schreibens vom 19. Dezember 1970 ergebe. Es komme hinzu, daß die Klägerin sich auch nicht an den Beklagten gewandt habe, um diesen zu einer Intervention bei dem Drucker zu bewegen. Aus alledem habe der Beklagte entnehmen

müssen und habe dies auch getan, daß die Klägerin zur Abnahme und Bezahlung der Drucke entweder nicht willens oder nicht in der Lage gewesen sei. Bei dieser Sachlage habe ihm eine Einwirkung seinerseits auf die Klägerin als nutzlos erscheinen müssen und sei daher nach § 242 BGB von ihm nicht zu fordern gewesen. Hieran ändere es nichts, daß die Klägerin vor und auch nach dem 6. Dezember 1970 vom Beklagten habe wissen wollen, ob er die Blätter signiert habe. Denn die Klägerin habe lediglich die Signierung angesprochen, jedoch nicht angekündigt, daß sie die Drucke bei C abholen und bezahlen wolle.

2. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Dinge haben sich nach dem vorgelegten Schriftwechsel wie folgt entwickelt.

a) Nachdem die Klägerin erfahren hatte, daß C für die Phosphorserie höhere Druckkosten als für die vorangegangenen Serien verlangen würde, zögerte sie, ihm ihr Einverständnis hiermit zu geben. C bat sie mit Schreiben vom 11. Juli 1970, ihn in Venedig zu besuchen. Die Klägerin schlug darauf dem Beklagten vor (Schreiben vom 13. Juli 1970), er solle von den 2.000 auf ihn entfallenden Abzügen vorwiegend solche der Phosphorserie erhalten, zu der sie selbst noch keine rechte Beziehung gefunden habe, während sie selbst stattdessen die bisherigen Versionen erhalten sollte. Der Beklagte lehnte das ab.

Nachdem die Klägerin C Vorhaltungen wegen der Erhöhung der Druckkosten für die Phosphorserie gemacht

hatte (Schreiben vom 15. Juli 1970), hatte C. ihr auf Bitte des Beklagten im Schreiben vom 26. August 1970 die Ursachen der Erhöhung und die Beträge im einzelnen auseinandergesetzt. Die Klägerin teilte darauf C. mit, sie sei grundsätzlich der Meinung, daß er für die außerordentliche Mehrarbeit auch eine höhere Bezahlung als für die bisherigen Versionen verlangen könne, nur befinde sie sich in der großen Schwierigkeit, daß sie fast sämtliche Phosphorversionen zum ursprünglichen Preis verkauft habe (Schreiben vom 17. September 1970). C. erwiderte unter dem 28. September 1970, "der Mangel an Klarheit und der geeigneten Entschließungen Ihrerseits haben mich in ernste Schwierigkeiten gebracht und zwingen mich, die Arbeit auszusetzen. Wenn Sie mir nicht innerhalb von 7 (sieben) Tagen ab Empfangsdatum dieses Briefes Ihre diesbezüglichen Entscheidungen mitteilen, werde ich mich für frei halten, meine Entschließungen zu treffen". Darauf schrieb ihm die Klägerin (Schr. v. 2. Oktober 1970), daß sie ihr Einverständnis mit den erhöhten Druckkosten zurückziehe und bat um Nachricht, wie viele Drucke fertig seien. Darauf forderte der Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 9. Oktober 1970 auf, C. eine klare Zusage zu geben, damit er weiter drucken könne. Mit Schreiben vom 14. Oktober 1970 setzte Rechtsanwalt G. im Auftrag C. der Klägerin auseinander, daß C. sich bei der Herstellung der Drucke streng an die Wünsche des Beklagten gehalten habe und bat um Zusicherung, daß sie alle Blätter ordnungsgemäß abholen und im Zeitpunkt der Übergabe bezahlen werde. Die Klägerin erwiderte, sie habe C. schon im Sommer mitgeteilt, daß sie im Prinzip mit den erhöhten Druckkosten einverstanden sei, und bitte um Mitteilung,

wie viele Drucke fertig seien. Rechtsanwalt G [REDACTED] antwortete, es seien 1.200 Abzüge fertig und gegen Bezahlung zur Abholung bereit; falls das nicht innerhalb von 20 Tagen geschehe, werde C [REDACTED] den Vertrag als aufgelöst betrachten. Die Klägerin fragte darauf an, wann und wo die Abholung geschehen solle (Schr. v. 16. November 1970). Rechtsanwalt G [REDACTED] erwiderte (Schreiben vom 23. November 1970), die Drucke seien innerhalb der gesetzten Frist in der Druckerei abzuholen, wie der Vertrag es vorsehe. Ein oder zwei Tage vor Fristablauf ließ die Klägerin den Zeugen D [REDACTED] (I 134) in der Druckerei anrufen und fragen, wann sie mit dem Zeugen zur Abholung der Drucke kommen könne, Herr C [REDACTED] möge ihr bis Verona entgegenkommen und die Drucke mitbringen. Frau C [REDACTED] antwortete dem Zeugen, die Klägerin solle sich genau an die im Brief von Rechtsanwalt G [REDACTED] enthaltene Forderung halten. Darauf schrieb die Klägerin Rechtsanwalt G [REDACTED] (7.12.1970), er werde sicher gehört haben, daß sie sich vergeblich um die Abholung der Drucke bemüht habe und bat ihn, ihr einen Termin in der Zeit nach dem 13. Dezember 1970 zu nennen, damit sie endlich ihre Blätter bekommen könne. Rechtsanwalt G [REDACTED] erwiderte am 12. Dezember, der Inhalt ihres Briefes weise offensichtlich Ausflüchte auf, bis heute, d. h. 6 Tage nach Fristablauf zeige sie, daß sie nicht in der Lage sei, ihre Verpflichtung zur Abholung und Bezahlung der Blätter - wenigstens verspätet - zu erfüllen; anstatt zur Abholung und Bezahlung zu kommen oder einen Beauftragten zu schicken, sende sie weiterhin hinhaltende Briefe. In ihrer Antwort widersprach die Klägerin dem Vorwurf, die Verzögerung der Abholung und Bezahlung verursacht zu haben und bat um einen präzisen

Vorschlag, wann, wo und wie viele Blätter sie vor dem 21. Dezember 1970 oder nach dem 7. Januar 1971 in Empfang nehmen könne (Schr. v. 16. Dezember 1970). Rechtsanwalt G. [REDACTED] erwiderte am 19. Dezember 1970, Herr D. [REDACTED] habe am Samstag, 5. Dezember, nachmittags in der Druckerei angerufen und gebeten, die Blätter nach Verona zu bringen, damit dort die Übergabe erfolge, ohne aber irgendeine Zusicherung hinsichtlich der Bezahlung zu geben. Er, G. [REDACTED], frage die Klägerin, ob man das als ernsthafte Erfüllungsbekundung ansehen könne; der Vertrag sage klar, daß die Blätter in der Druckerei abgeholt und Zug um Zug bezahlt werden müßten; sie habe 20 Tage Zeit gehabt; da die Druckerei immer geöffnet sei, sei es nicht notwendig gewesen, eine Verabredung zu treffen; noch heute sage sie, anstatt zur Abholung und Bezahlung zu kommen, sie erwarte einen klaren Vorschlag "wann", "wo" und "wie viele Drucke" sie erhalten könne und füge überdies hinzu, daß sie nur bis 21. Dezember und anschließend erst wieder ab 7. Januar 1971 zu erreichen sei; das "wann", "wo" und "wie viele Drucke" habe er mit seinem Schreiben vom 11. November mitgeteilt und in seinem Schreiben vom 23. November wiederholt; da ihr Schreiben vom 16. Dezember einige Tage habe benötigen müssen, um nach Venedig zu gelangen, erscheine ihre Erreichbarkeit bis zum 21. Dezember als Ausflucht; nunmehr, nachdem außer den eingeräumten 20 Tagen weitere 13 Tage ohne wenigstens verspätete Erfüllung verstrichen seien und nachdem die Klägerin die Erfüllung ihrer Verpflichtungen weiterhin hinauszuschieben beabsichtige, betrachte Herr C. [REDACTED] den Vertrag wegen der Nichterfüllung seitens der Klägerin als endgültig gelöst; es stehe Herrn C. [REDACTED] zu, die Beziehungen gegebenenfalls wieder aufzunehmen, wenn er es für zweckmäßig halte und vorbehaltlich des Schadensersatzes.

Angesichts des vom Berufungsgericht herangezogenen Schriftwechsels zwischen den Prozeßparteien und zwischen der Klägerin und C. bzw. Rechtsanwalt G. ist die Annahme des Berufungsgerichts frei von Rechtsfehlern, der Beklagte habe dem gesamten Verhalten der Klägerin entnehmen müssen, diese sei zur Abholung und Bezahlung der Drucke entweder nicht willens oder nicht in der Lage. Auch hat das Berufungsgericht zu Recht verneint, daß der Beklagte die ihm gegenüber der Klägerin obliegende Mitwirkungspflicht bei der Abwicklung des Druckvertrages verletzt habe.

b) Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte seine Pflichten aus dem mit der Klägerin geschlossenen Vertrag auch nicht in der Weise verletzt, daß er vor dem 6. Dezember 1970 (vgl. BU 30) bzw. vor Weihnachten 1970 (vgl. BU 34) Maßnahmen getroffen hat, der Klägerin die Phosphorserie vorzuenthalten. Dieses Vorbringen der Klägerin könne nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht als bewiesen angesehen werden (BU 30 - 34). Dies könne auch nicht daraus gefolgert werden, daß bis zu diesen Zeitpunkten von C. der Galeriestempel der Klägerin noch nicht aufgedruckt gewesen sei und daß die Drucke vom Beklagten noch nicht nummeriert und signiert gewesen seien (BU 34 - 35).

Auch hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Die Tatsache, daß die Klägerin die Drucke nicht abgeholt und bezahlt hat, beruht nicht darauf, daß der Beklagte ihr deren Aushändigung durch C. hat vorenthalten wollen. Denn weder er noch C. bzw. Rechtsanwalt

G [REDACTED] haben die Klägerin veranlaßt, nicht in die Druckerei zu kommen, um die Drucke abzuholen. Soweit sich die Verfahrensrügen der Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts richten (BU 30 - 34), nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Klägerin nicht bewiesen, daß der Beklagte vor dem 6. Dezember bzw. vor Weihnachten 1970 Maßnahmen getroffen habe, ihr die Phosphorserie vorzuenthalten, hat der Senat diese Rügen geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Einer Begründung bedarf es dafür nach Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes vom 15. August 1969 (BGBl. I 1141) nicht.

Daß der Beklagte solche Maßnahmen getroffen habe, folgt entgegen der Verfahrensrüge der Revision auch nicht nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises aus der Tatsache, daß die Drucke am 6. Dezember 1970 nicht den Galeriestempel der Klägerin trugen und auch nicht vom Beklagten nummeriert und signiert waren. Mit Recht hat das Berufungsgericht dies in diesem Zusammenhang als unerheblich angesehen. Denn angesichts des Verhaltens der Klägerin ist es vor diesem Zeitpunkt jedenfalls ungewiß gewesen, ob sie die Drucke abholen und bezahlen werde. Sowohl C [REDACTED] als auch der Beklagte waren darauf beschränkt, abzuwarten, ob die Klägerin innerhalb der gesetzten Frist nach Venedig kommen würde. Der Galeriestempel konnte erst aufgedruckt werden, wenn darüber Gewißheit bestand, daß die Klägerin die Drucke abholen und auch bezahlen werde. Da dies nicht gewiß war, war auch der Beklagte noch nicht zur Nummerierung und Signierung verpflichtet. Im übrigen hat er zutreffend darauf hingewiesen, daß - wie C [REDACTED] bekundet habe - auch in der Vergangenheit die Drucke verschiedentlich erst von ihm,

dem Beklagten, in Gegenwart der Klägerin signiert worden seien, nachdem diese sie in der Druckerei abgeholt gehabt habe.

c) Im Ergebnis hat die Revision auch keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts richtet, die Herstellung von 40 statt 10 Versionen der Phosphorserie ändere nichts daran, daß die Klägerin zur Abnahme verpflichtet gewesen sei und daher die Unmöglichkeit zu vertreten habe. Denn die im Druckvertrag der Klägerin mit C. vorgesehene Berücksichtigung der besonderen Wünsche des Beklagten ist auch bei der Beurteilung des Vertrages der Prozeßparteien zu beachten. Auch wenn zu Gunsten der Klägerin davon ausgegangen wird, daß zunächst die Herstellung der Phosphorserie in 10 Versionen in Aussicht genommen worden sei, so hätte die Klägerin doch darlegen und beweisen müssen, daß ihr die Abnahme der in einer höheren Zahl von Versionen hergestellten Phosphorserie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zuzumuten gewesen sei. Das ist nicht der Fall.

Die Drucke der verschiedenen Farbversionen sind einzeln erhältlich und bilden keine Serie, die geschlossen abgenommen werden muß.

Zwar mag die Klägerin mit Rücksicht auf ihre Kunden ein Interesse daran gehabt haben, daß die Zahl der von ihr in Prospekten angekündigten Versionen auch eingehalten werde. Daß die Zahl der am Erwerb aller Versionen Interessierten nur gering gewesen ist, folgt jedoch aus der Schadensberechnung der Klägerin, derzufolge sie von ihrem Anteil von 1.600 Drucken der Phos-

phorserie nur 100 Blatt bereits vorverkauft hat. Wenn zu Gunsten der Klägerin davon ausgegangen wird, daß die Vorbestellungen ausschließlich von Käufern erfolgt sind, die sämtliche Versionen erwerben wollten, so waren dies, da die Phosphorserie mit 10 Versionen angekündigt war, nur 10 Interessenten. Schließlich spricht auch die Tatsache, daß die Klägerin dem Beklagten vorgeschlagen hatte (Schreiben vom 13. Juli 1970), er solle auf seinen Anteil an den Abzügen vorwiegend solche der Phosphorserie erhalten, während sie stattdessen Blätter der bisherigen Serien übernehmen wolle, dagegen, daß die Zahl derjenigen ihrer Kunden, die Wert darauf gelegt haben, die Serie vollständig wie angekündigt in insgesamt 50 Versionen zu erhalten, nur gering gewesen sein kann. Hinzu kommt folgendes. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen (Schrifts. vom 27. November 1972 S. 3 f), die Phosphorserie sei - wie von Anfang an vorgesehen - in 10 Serien, unterteilt zu je 200 Stück gedruckt worden. Diese Serien seien auf dem Blatt links unten mit Buchstaben gekennzeichnet, z. B. "Serie E"; er habe lediglich die Serie nochmal in 4 verschiedene Variationen unterteilt, indem er die Farbgebung der Fenster der Hochhäuser, soweit es sich um Metallic-Farbe handele, verändert habe. Daher heiße es ganz unten links am Bildrand: "This series has four variations". Die Klägerin hätte daher denjenigen Kunden, welche die Serie vorbestellt hatten, je ein Blatt der mit Buchstaben gekennzeichneten Serien ausliefern und die Kunden, wie aus dem Aufdruck ersichtlich, darauf hinweisen können, daß der Beklagte innerhalb jeder Serie 4 Variationen geschaffen habe, die sie auf Wunsch des Kunden ebenfalls liefern könne. Dadurch wäre im Hinblick auf ihre nur eine geringere Zahl von Versionen aufweisende Vorankündigung ihr Ansehen als Galerieinhaberin

nicht beeinträchtigt worden, da es für die Kunden ersichtlich gewesen wäre, daß für die Änderung nicht sie, sondern der Beklagte verantwortlich sei.

e) Demnach ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß es nicht der Beklagte zu vertreten habe, daß die Klägerin der Vertrieb der Phosphorserie unmöglich geworden sei.

3. Dem Beklagten ist es daher nicht verwehrt, sich gegenüber der Klägerin darauf zu berufen, daß C. den mit ihr geschlossenen Druckvertrag gekündigt habe.

Infolge der Kündigung C. ist der Klägerin die Erfüllung des mit dem Beklagten geschlossenen Vertrages unmöglich geworden. Denn Gegenstand dieses Vertrages ist unter anderem die Herstellung der Abzüge gerade durch C. gewesen. Der Beklagte brauchte daher seinerseits der Klägerin keine Frist mehr zu setzen. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts brauchte er von dem Vertrage auch nicht zurückzutreten, wenn er im Zusammenwirken mit H. die Möglichkeit schaffen wollte, die bei C. liegenden Abzüge gegen Bezahlung auszulösen. Da der Klägerin vom Beklagten Nutzungsrechte nur bezüglich der von C. hergestellten Vervielfältigungsstücke eingeräumt worden waren, erlosch das Verlagsrecht der Klägerin mit der Beendigung des mit C. bestehenden Vertragsverhältnisses. Der Klägerin steht daher entgegen dem Vorbringen der Revision ein Schadensersatzanspruch auch nicht aus dem Grunde zu, weil der Beklagte die Herausgabe der bei C. befind-

lichen Drucke und deren Vertrieb durch H. [REDACTED] veranlaßt hat, bevor er der Klägerin gegenüber den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat.

B. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin auch kein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines ihr zustehenden "Vorkaufsrechts" durch den Beklagten zu, weil ein solches Recht der Klägerin nicht bestehe.

Wie schon das Landgericht ist auch das Berufungsgericht der Überzeugung, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts nicht als bewiesen angesehen werden könne. Das wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Das Berufungsgericht führt weiter aus (BU 36/37 i. V. m. BU 27 - 29), auch durch das Schreiben der Klägerin vom 3. September 1969, dessen Erhalt der Beklagte bestritten habe, könne die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts nicht bewiesen werden. Es könne dahinstehen, ob das Schreiben dem Beklagten zugegangen sei. Abgesehen davon, daß ihm nicht die Wirkung eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens zukomme, gebe es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme das Vereinbarte nicht richtig wieder. In einem solche Falle könnte selbst einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben keine rechtliche Wirkung zukommen. Denn der Grundsatz, daß Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben als Zustimmung zu der bestätigten Vertragsfassung gelte, beruhe auf der Übung des redlichen Geschäftsverkehrs. Er finde jedoch keine Anwendung (BGHZ 40, 42, 45), wenn der absendende

Teil dadurch gegen Treu und Glauben verstoße, daß er dem Bestätigungsschreiben einen so unrichtigen Inhalt gebe, daß er mit dem Einverständnis des Gegners nicht rechnen könne.

Diese Ausführungen sind entgegen dem Vorbringen der Revision frei von Rechtsirrtum. Denn dem Berufungsgericht ist jedenfalls darin zu folgen, daß das Schreiben vom 3. September 1969 den Inhalt des Vereinbarung teilweise unrichtig wiedergibt, was auch von der Revision nicht angegriffen wird.

Auch insoweit ist die Revision daher nicht begründet.

Zur Widerklage:

I. Der vom Beklagten zur Berechnung seiner Honorarforderung geltend gemachte Auskunftsanspruch bezieht sich auf die Erlöse, welche die Klägerin aus dem Verkauf der auf sie entfallenen 6.400 Abzüge der anfangs hergestellten insgesamt 8.000 Drucke erzielt hat.

Frei von Rechtsirrtum führt das Berufungsgericht aus, der Rücktritt des Beklagten stehe seinem Zahlungsanspruch und damit auch dem Auskunftsanspruch nicht entgegen, da der Rücktritt nur die Phosphorserie betreffe.

Das Berufungsgericht hat den Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB als begründet erachtet, da der Beklagte den Beweis erbracht habe, daß ihm 33 % des Verkaufspreises der Klägerin als Honorar zustünden. Dies entnimmt er den Bekundungen Delle V[REDACTED]'s, der bei den Verhand-

lungen der Parteien anwesend gewesen sei. Auch W. [REDACTED] habe ausgesagt, der Beklagte habe ein Drittel des Verkaufspreises erhalten sollen; soweit von 33,-- DM gesprochen worden sei, erkläre sich das dadurch, daß von einem Festpreis von 100,-- DM ausgegangen worden sei und daß der Beklagte hiervon 33 % bekommen sollte. Demgegenüber komme der Aussage der Zeugin K. [REDACTED] keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Sie habe die Abrechnung lediglich aufgrund der Angaben der Klägerin gemacht und dem Beklagten ein Honorar von 33,-- DM berechnet. Über die Vertragsverhandlungen habe sie Sachdienliches nicht angeben können. Das gleiche gelte hinsichtlich der Bekundungen von Gerdes und der Zeugin S. [REDACTED]. Das Bestätigungsschreiben vom 3. September 1969 stehe aus den dargelegten Gründen den Bekundungen Della V. [REDACTED]'s und W. [REDACTED]'s nicht entgegen. Es möge sein, daß der Beklagte im Laufe der Zeit erfahren habe, daß die Klägerin die Drucke zu mehr als 100,-- DM verkauft habe. Wenn er dennoch zunächst kein höheres Honorar beansprucht habe, so könne daraus nicht geschlossen werden, daß ihm kein höheres Honorar zustehe.

Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft. Sie greifen nicht durch. Soweit die Revision vorträgt, der Beklagte habe die Abrechnung von 33,-- DM je Exemplar zu keinem Zeitpunkt beanstandet, ist darauf hinzuweisen, daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 9. Oktober 1970 der Klägerin gegenüber seinen Anspruch auf Zahlung eines Honorars von 33 % und auf entsprechende Nachzahlung bezüglich der von der Klägerin zu mehr als 100,-- DM verkauften Drucke geltend gemacht hat. Die Klägerin hat hierauf in ihrem Antwortschreiben vom 3. November 1970 nichts Substantiiertes erwidert.

Das Berufungsgericht hat daher den Auskunftsanspruch zu Recht als begründet angesehen.

II. Da der Klägerin ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten und somit ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht, hat das Berufungsgericht auch mit Recht den Anspruch des Beklagten auf Zahlung des Betrages von 3.000,-- DM als begründet angesehen, den die Klägerin von der Versicherungsgesellschaft für ein gelegentlich einer Ausstellung verloren gegangenes Bild des Beklagten erhalten hat.

C. Demnach ist die Revision der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm