

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 25/67

URTEIL

Verkündet am

21. Februar 1969

Werner,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma Heinrich B [REDACTED] -
V e r l a g ,
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Alfred B [REDACTED], H [REDACTED] A, Bu [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Herausgeber Manfred W e [REDACTED] , H [REDACTED] [REDACTED],
G [REDACTED] F [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 1969 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkman, Alff und Dr. Merkel für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 15. Dezember 1966 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte, die einen Verlag betreibt, dem Kläger schadensersatzpflichtig ist, weil sie das ihr übertragene Verlagsobjekt "S■■■■-C■■■■ N■■■■" nicht herausgegeben hat.

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde.

1. Der Kläger ist Begründer des Lokals "S■■■■-C■■■■" in H■■■■-St. P■■■■, das von der seinen Namen tragenden Manfred We■■■■ KG betrieben wird. In Verbindung mit der seit 1962 geführten Etablissementsbezeichnung wurde zunächst ein asymmetrischer sechszackiger Stern und sodann - nachdem der Verleger der Wochenzeitschrift "ste■■■■", die als Bildzeichen einen asymmetrischen sechszackigen Stern

- 3 -

verwendet, im Jahre 1962 eine einstweilige Verfügung erwirkt hatte - ein fünfzackiger symmetrischer Stern verwendet. In einem darauf von der We [REDACTED] KG angestregten Rechtsstreit hat der Verlag des "ste [REDACTED]" im Jahre 1963 im Wege der Widerklage Unterlassungsansprüche gegen die We [REDACTED] KG geltend gemacht, durch die ihr untersagt werden sollte, zusammen mit der Etablissementsbezeichnung "S [REDACTED]-C [REDACTED]" einen regelmäßigen und symmetrischen Stern im Geschäftsbetrieb zu verwenden. Die Widerklage blieb ohne Erfolg (BGH Urt. v. 6. Juli 1966 - Ib ZR 70/64). Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof u.a. ausgeführt, daß die Leistungen eines Vergnügungsbetriebes nach der maßgebenden Verkehrsauffassung mit denen eines Verlages nicht im warenzeichenrechtlichen Sinne gleichartig seien und daß angesichts des großen Abstandes der beiderseitigen Geschäftszweige auch jegliche Gefahr einer Verwechslung (§ 16 UWG) oder sonstigen Interessenverletzung (§ 12 BGB) ausscheide.

Während die prozessuale Auseinandersetzung mit dem "ste [REDACTED]" lief, gab der Kläger ab 1. August 1964 eine illustrierte Zeitschrift mit dem Titel "S [REDACTED]-C [REDACTED] N [REDACTED]" mit einem symmetrischen fünfzackigen Stern auf der Titelseite in einer Auflage von 50 000 Stück heraus, in der vorwiegend über Schlager und Schlagersänger berichtet wurde. Die im Verlag der S [REDACTED]-C [REDACTED] Film-, Ton- und Veranstaltungs-GmbH erschienene Zeitschrift, deren Verkaufspreis zunächst 0,30 DM, später 0,50 DM betrug, wurde ohne Inanspruchnahme des Postzeitungsdienstes vertrieben.- Ebenfalls während des Vorprozesses wurde für die We [REDACTED] KG aufgrund einer Anmeldung vom 19. August 1964 am 12. Oktober 1964 das Wort-Bild-Zeichen "S [REDACTED]-C [REDACTED]" mit einem fünfzackigen Stern (Nr. [REDACTED]. [REDACTED]) u.a. für die

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Ware Druckereierzeugnisse eingetragen. Das gleiche Zeichen wurde unter der Nummer [REDACTED] auch international registriert. Die We [REDACTED] KG übertrug die Rechte aus diesen Zeichen durch Vertrag vom 28. Dezember 1964 auf die S [REDACTED]-C [REDACTED] International Company Establishment in V [REDACTED].

Die Beklagte betreibt einen Verlag, in dem zahlreiche illustrierte Zeitschriften erscheinen, darunter die "Mu [REDACTED]-P [REDACTED]", die seit November 1965 im Postzeitungsdienst vertrieben wird. Seit Juni 1966 gehören der Beklagten auch die Illustrierten "Q [REDACTED]" und "R [REDACTED]", die sie vom Verlag Th. Ma [REDACTED] & Co. M [REDACTED] für 65 Millionen DM erwarb.

Der Kläger wollte seine Zeitschrift, die für sein Lokal "S [REDACTED]-C [REDACTED]" eine zugkräftige Werbung darstellte, auf eine wesentlich breitere Grundlage stellen, um hierdurch sein Lokal noch bekannter zu machen. Aus diesem Grund schloß er am 1. Juli 1965 mit der Beklagten zwei Verträge. Durch den Vertrag I übertrugen der Kläger das Verlagsobjekt "S [REDACTED]-C [REDACTED] N [REDACTED]" gegen Zahlung von DM 10 000,-- und die S [REDACTED]-C [REDACTED] International Company Establishment V [REDACTED] die Bezeichnung "S [REDACTED]-C [REDACTED]" als Zeitschriftentitel gegen Zahlung von DM 15 000,-- auf die Beklagte. In dem Vertrag I heißt es:

- "1. Weißleder ist Urheber und Herausgeber der derzeit monatlich in H [REDACTED] erscheinenden Druckschrift "S [REDACTED]-C [REDACTED] N [REDACTED]" - nachstehend "Verlagsobjekt" genannt-. Der Titelbestandteil "S [REDACTED]-C [REDACTED]" ist warenzeichenrechtlich geschützt für S [REDACTED]-C [REDACTED] International und zwar in der Warenzeichenrolle beim Deutschen Patentamt unter der Nr. [REDACTED] sowie international unter der Nr. [REDACTED].

2. We [REDACTED] überträgt hiermit das Verlagsobjekt mit allen Rechten, insbesondere dem Urheberrecht, dem Verlagsrecht, dem Verbreitungsrecht etc. auf den Verlag, so daß der Verlag in räumlich, zeitlich und sachlich unbeschränkter Weise Inhaber der Zeitschrift ist.
3. S [REDACTED]-C [REDACTED] International überträgt hiermit auf den Verlag das Recht, die Bezeichnung "S [REDACTED]-C [REDACTED]" exklusiv für das In- und Ausland als Zeitschriften-Titel zu verwenden.

Diese Übertragung berührt nicht das Recht des S [REDACTED]-C [REDACTED] International zur Benutzung des Namens "S [REDACTED]-C [REDACTED]" auf allen anderen gewerblichen Gebieten sowie das Recht der Manfred-We [REDACTED]-KG, H [REDACTED], zur Benutzung des Namens "S [REDACTED]-C [REDACTED]" als Etablissementsbezeichnung.

4. Der Verlag bemüht sich, das Verlagsobjekt in einer für derartige Objekte üblichen Auflage herauszubringen und zu vertreiben.

....

7. Als einmaliges Entgelt für die Übertragung des Verlagsobjektes mit allen Rechten und die Übertragung des Zeitschriftentitels erhalten
We [REDACTED] DM 10 000,-- (zehntausend)
S [REDACTED]-C [REDACTED] International DM 15 000,-- (fünfzehntausend).
8. S [REDACTED]-C [REDACTED] International verpflichtet sich, für die Dauer des Erscheinens des Verlagsobjektes im Verlag die Herausgabe eines Konkurrenzobjektes zu unterlassen."

Der Vertrag II hat im wesentlichen die Verpflichtung des Klägers zum Inhalt, als Redakteur für die Zeitschrift weiterhin tätig zu bleiben. In Ziffer 3 dieses Vertrages heißt es:

"We [REDACTED] erhält in den ersten drei Monaten ab Herausgabe des Objektes durch den Verlag für die besonders umfangreichen Vorbereitungsarbeiten und

für die notwendige Schulung der vom Verlag einzustellenden Redaktionsmitglieder DM 35 000,--.

.....

Im übrigen wird die Tätigkeit von Weißleder abgesehen durch ein Honorar von 1 % des Endverkaufspreises pro verkauftes Exemplar."

Während der Vertragsverhandlungen wurde der Vertreter der Beklagten vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers auf dessen Rechtsstreit mit dem Verlagshaus der Illustrierten "ste" hingewiesen, der vom Kläger bisher in zwei Instanzen gewonnen worden und nunmehr beim Bundesgerichtshof anhängig sei. Die Frage, ob ein Vertrieb der Zeitschrift im Postzeitungsdienst möglich ist, kam nicht zur Sprache.

Nach Vertragsschluß gab der Kläger bzw. die von ihm beauftragte "S-C Film-, Ton- und Veranstaltungs-GmbH" in Erfüllung des Vertrages I die Zeitschrift "S-C N" zunächst weiter heraus und übermittelte gemäß Vertrag II der Beklagten Ideen, Richtlinien und Kontakte. Die Beklagte zahlte dem Kläger und der S-C International die im Verträge I vorgesehenen DM 25 000,-- und für die Vorbereitungsarbeiten die im Vertrag II vereinbarten DM 35 000,--. In einer Redaktionsbesprechung, die entweder im August oder September 1965 stattfand, wurden von dem Betriebsgraphiker der Beklagten 10 bis 15 Entwürfe für die Titelgestaltung der "S-C N" vorgelegt, von denen ein Teil ohne Stern, ein anderer Teil mit Stern angefertigt war. Zu einer Einigung über die Verwendung eines dieser Entwürfe kam es jedoch nicht.

Mit Schreiben vom 11. August 1965 beanstandete Rechtsanwalt Ho als Vertreter des Verlegers des "ste", der

Firma Gr[REDACTED] & J[REDACTED], gegenüber der S[REDACTED]-C[REDACTED] Film-, Ton- und Veranstaltungs-GmbH den Gebrauch des fünfzackigen symmetrischen Sterns in Verbindung mit dem Wort "S[REDACTED]-C[REDACTED]" auf der Titelseite der Zeitschrift. Dieses Schreiben sandte der Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 16. August 1965 zu. Nachdem die Beklagte sich mit Schreiben vom 6. September 1965 an den Verlag des "stern" gewandt hatte, übersandte dieser ihr unter dem 14. September 1965 die beiden bis dahin vorliegenden Urteile aus dem erwähnten Prozeß, wies auf die bevorstehende Klageerhebung gegen die S[REDACTED]-C[REDACTED] Film-, Ton- und Veranstaltungs-GmbH hin und fügte hinzu:

"Wir möchten Ihnen, als vermutlich zukünftigen Verleger dieser Zeitschrift rechtzeitig vor einer Übernahme dieses Objektes Gelegenheit geben, sich mit der Rechtslage vertraut zu machen und hoffen dabei sehr, daß ein Rechtsstreit zwischen den beiden befreundeten Verlagshäusern vermieden werden kann. Gerade wo das neue Gesicht der Zeitschrift, so wie sie bei Ihnen erscheinen soll, offensichtlich noch nicht festgelegt ist, müßten sich doch grafische Möglichkeiten finden lassen, die eine solche Verwechslungsgefahr mit dem STERN-Zeichen von vornherein ausschließen. Zum modus-procedendi dürfen wir vorschlagen, daß Sie uns ein unter Berücksichtigung der rechtlichen Gegebenheiten ausgearbeitetes grafisches Muster für die Titelseite von "S[REDACTED]-C[REDACTED]-N[REDACTED]" herreichen, damit wir uns dazu äußern können."

Am 20. September 1965 erhob der Verleger des "stern" gegen den Kläger und die S[REDACTED]-C[REDACTED] Film-, Ton- und Veranstaltungs-GmbH vor dem Landgericht Hamburg Unterlassungsklage (Az. 15 O 203/65) mit dem Antrage, ihnen zu untersagen,

"im geschäftlichen Verkehr für die Zeitschrift "S- C- N" in Art und Aufmachung der Ausgabe 8/65 auf der Titelseite links oben oder im Innern in Kombination mit dem Wort "S", das Bildzeichen eines fünfzackigen Sternes, dessen eine Zacke in den Buchstaben "S" von "S" hineingeführt wird, zu verwenden."

Unter dem 22. September 1965 ging bei der Beklagten ein Schreiben des Postamtes H, Zeitungsstelle (Verlag) ein, in dem die Zulassung der Druckschrift "S- C- N" zum Postzeitungsdienst unter Hinweis auf die §§ 5 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit 6 Abs. 1 Nr. 1 und 2 PostzeitungsO vom 28. Mai 1963 (BGBl I 373) abgelehnt wurde, weil sie den Namen des geschäftlichen Unternehmens "S- C-" verwende und außerdem Beiträge enthalte, die der geschäftlichen Werbung dieses Unternehmens dienten.

Am 23. September 1965 fand zwischen den Parteien eine mündliche Besprechung statt, deren Ergebnis vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben an die Beklagte vom 24. September 1965 bestätigt wurde. Danach hatte die Beklagte erklärt, daß das Verlagsobjekt "S- C- N" in ihrem Verlag nicht erscheinen werde. Zur Begründung hatte sie auf die EntschlieÙung der Oberpostdirektion, die Zeitung nicht zum Postzeitungsdienst zuzulassen und auf die Ankündigung des Verlages Gr & J hingewiesen, wegen der Verwendung des Sternzeichens im Titel der Zeitschrift Unterlassungsansprüche geltend zu machen. Weiter heiÙt es in der schriftlichen Bestätigung:

"Sie erklärten, es sei der Wunsch der Geschäftsleitung, mit Herrn We die Möglichkeiten seiner zukünftigen Mitarbeit auch bei dem anderen Objekt sichergestellt zu wissen, das anstelle der S- C- N träte. Dieses andere

Objekt habe weder mit Titel noch mit dem Inhalt der S- C- N irgendeine Ähnlichkeit. Dabei wurde von Ihnen erklärt, daß hinsichtlich irgendwelcher Entgelte für Herrn We abschließende Erklärungen auch von Ihrer Seite noch nicht abgegeben werden könnten, man denke aber an einen Vertrag von etwa 1 jähriger Dauer mit Probezeit sowie eine fixe Honorierung unter dem Aspekt eines freien Mitarbeiters."

Am 1. November 1965 erschien im Verlag der Beklagten die illustrierte Zeitschrift "O" mit eingepreßter Schallplatte, und zwar in einer Auflage von 300 000 Stück zum Preise von DM 1,--. Diese Zeitschrift wurde zunächst ebenfalls nicht im Postzeitungsdienst vertrieben. Später erhielt die Beklagte jedoch von der Bundespost eine Sondergenehmigung dazu. Ab 1. Juli 1966 wurde die Zeitschrift "O" von der Beklagten mit der Zeitschrift "W" zusammengelegt. Bis zum Dezember 1965 gab der Kläger die Zeitschrift "S- C- N" selbst heraus. Dann stellte er ihr Erscheinen ein.

2. Mit der am 8. Oktober 1965 erhobenen Klage wirft der Kläger der Beklagten vor, sich zu Unrecht geweigert zu haben, die Verträge vom 1. Juli 1965 zu erfüllen. Von einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit könne keine Rede sein. Die Versendung der Zeitschrift im normalen Postwege hätte der Beklagten keine unzumutbaren Mehrkosten verursacht. Außerdem habe Gr & J aufgrund seiner Rechte am Sternbildzeichen dem Zeitschriftentitel "S- C- N" mit dem Sternzeichen jedenfalls bis zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht widersprochen, obwohl die Zeitschrift damals schon seit geraumer Zeit erschienen sei. Die angekündigten Unterlassungsansprüche richteten sich im übrigen nicht gegen den Zeitschriftentitel als solchen,

sondern lediglich gegen die Verwendung des Sternbildzeichens. Einer Unterlassungsklage des Gr[REDACTED] & J[REDACTED] Verlages gegen die Beklagte hätte diese durch Fortlassung des Sternbildzeichens im Titelbild der "S[REDACTED]-C[REDACTED] N[REDACTED]" von vornherein die Grundlage entziehen können, da sie nicht zur Fortführung des Sternbildzeichens im Zeitschriftentitel verpflichtet gewesen sei.

Der Kläger hatte zunächst beantragt, festzustellen, daß die zwischen den Parteien abgeschlossenen beiden Verträge vom 1. Juli 1965 für die Vertragschließenden in vollem Umfange mit allen Rechten und Pflichten wirksam seien. Später ist er zur Leistungsklage übergegangen, in der er unter Berufung auf Vertrag II, Ziffer 3 die an ihn zu zahlende Summe bei Zugrundelegung einer verkauften Stückzahl von 300 000 der Zeitschrift "OK" für die Monate November 1965, Dezember 1965 und Januar 1966 mit mindestens DM 18 000,-- beziffert hat. Er hat behauptet, die Beklagte sei spätestens im November 1965 in der Lage gewesen, die Zeitschrift "S[REDACTED]-C[REDACTED] N[REDACTED]" herauszugeben, denn die Beklagte habe von diesem Zeitpunkt an an deren Stelle die Zeitschrift "OK" herausgegeben. Von der genannten Summe hat der Kläger einen Teilbetrag geltend gemacht.

Er hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger
15 100,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem
2. Januar 1966 zu zahlen.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Antrages auf Klageabweisung geltend gemacht, sie habe beide Verträge aus wichtigem Grunde mit sofortiger Wirkung gekündigt.

Abgesehen davon, daß bereits ihre Erklärung in der Besprechung vom 23. September 1965, sie werde die Zeitschrift "S■■■-C■■■ N■■■" nicht herausbringen, als Kündigung anzusehen sei, habe sie die Kündigung vorsorglich in der Klageerwiderung ausdrücklich wiederholt. Jedenfalls könne der Kläger nicht mehr die Erfüllung der Verträge verlangen, da ihr die Herausgabe der Zeitschrift durch Umstände wirtschaftlich unmöglich geworden sei, die nach Abschluß des Vertrages I eingetreten seien. So seien bei der geplanten Auflagenhöhe von 200 000 bis 300 000 Stück die durch die Nichtzulassung zum Postzeitungsdienst eintretenden Mehrkosten und sonstigen Nachteile so erheblich, daß die Herausgabe wirtschaftlich nicht mehr tragbar sei. Es komme hinzu, daß sie das Verlagsobjekt so hätte herausbringen müssen, wie es beim Kläger erschienen sei, nämlich mit dem Sternzeichen im Titelbild, daß ihr dann aber die Unterlassungsklage des Verlages des "ste■■■" gedroht habe, der ihr überdies fernmündlich mitgeteilt habe, daß er auch gegen die Benutzung des Wortes "S■■■" im Titel vorgehen werde. Da der Kläger nicht seine Verpflichtung erfüllt habe, ihr die Titelrechte frei von begründeten Unterlassungsansprüchen Dritter zu übertragen, erhebe sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB). Auch habe der Kläger sie bei den Vertragsverhandlungen nicht darüber unterrichtet, daß sich der von ihm mit dem Verlag des "ste■■■" geführte Rechtsstreit lediglich auf die Benutzung eines Sternbildzeichens für sein Lokal "S■■■-C■■■" bezogen habe. Schließlich treffe den Kläger ein überwiegendes Verschulden, weil er ihr verschwiegen habe, daß er bereits im Mai 1965 vergeblich versucht habe, für die Zeitschrift die Zulassung zum Postzeitungsdienst zu erreichen und weil sie aufgrund seiner Information über den Prozeß mit dem Verlag des "ste■■■" habe annehmen müssen,

es handele sich um einen für den Kläger bereits in zwei Instanzen erfolgreichen Rechtsstreit über die Verwendung des Zeitschriftentitels "S■■■-C■■■ N■■■".

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht gelangt in Übereinstimmung mit dem Landgericht zu dem Ergebnis, daß der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch zwar nicht als Erfüllungsanspruch aufgrund des Vertrages II begründet sei, daß dem Kläger jedoch gemäß § 326 BGB Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aufgrund des Vertrages I zustünden. Da die Beklagte die Zeitschrift spätestens bis Ende 1965 habe herausbringen sollen, jedoch in der Besprechung am 23. September 1965 die Erfüllung dieser Verpflichtung ernsthaft und endgültig verweigert habe, könne der Kläger ohne Mahnung und Nachfristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, falls nicht die Einwendungen der Beklagten begründet wären. Das sei jedoch nicht der Fall.

Nach dem gemäß § 157 BGB zu ermittelnden Inhalt der beiden zwischen den Parteien geschlossenen Verträge seien weder die Zulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst noch die Nichtbeanstandung des Zeitschriftentitels Vertragsinhalt geworden. Beide Fragen seien auch anlässlich der zwischen den Bevollmächtigten der Vertragspartner geführten Verhandlungen nicht angeschnitten worden.

Die Nichtzulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst rechtfertige weder die Annahme des Fehlens der Geschäftsgrundlage noch die Annahme einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit für die Beklagte.

Auch im Hinblick auf die Beanstandungen des Titels der Zeitschrift durch den Verlag des "ste" könne weder von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage noch von einer Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung für die Beklagte die Rede sein.

Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grunde sei nicht begründet, da die vermeintlichen Kündigungsgründe, soweit es sich um die Zulassung zum Postzeitungsdienst handele, in den Risikobereich der Beklagten fielen und soweit es sich um den Titelstreit handele, von ihr vorausgesehen werden mußten. Ein mitwirkendes Verschulden des Klägers liege nicht vor.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages entfalle, weil die Beklagte ihre eigene Leistung endgültig verweigert habe und daher vom Kläger nicht Erfüllung verlangen könne.

II. Die Revision erblickt einen Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht die Vorschriften der §§ 119 Abs. 2, 121, 142, 143 BGB nicht angewendet hat. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Nichtzulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst lediglich unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage gewürdigt und hierbei verschiedene von der Beklagten vorgetragene Umstände in verfahrensrechtlich zu beanstandender Weise (§ 286 ZPO) unberücksichtigt gelassen. Daher sei im Revisionsrechtszug davon auszugehen, daß die Eignung der Zeitschrift, in den Postzeitungsdienst aufgenommen zu werden, eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB darstelle. Die Beklagte habe in der Besprechung vom 23. September 1965 erklärt, daß das Verlagsobjekt "S■■-C■■ N■■" in ihrem Verlage nicht erscheinen werde. Diese Erklärung habe sie unter anderem auf die am Vortage bei ihr eingegangene Ablehnung der Zulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst gestützt. Hierin liege eine wirksame Anfechtungserklärung wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften, so daß der Vertrag I von Anfang an unwirksam sei.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Es kann dahinstehen, ob bei einem derart in Vollzug gesetzten Vertrage überhaupt eine Anfechtung mit der Folge der rückwirkenden Nichtigkeit zulässig ist oder ob nur eine Auflösung des Vertrages für die Zukunft in Betracht kommt. Im übrigen käme, wenn die Anfechtung durchgreifen würde, ein Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 BGB in Frage. Jedenfalls fehlt es an einer rechtzeitig abgegebenen Erklärung der Anfechtung.

Die Anfechtungserklärung im Sinne des § 143 Abs. 1 BGB setzt eine Willenserklärung voraus, bei der zwar nicht notwendig das Wort "anfechten" gebraucht werden muß, die aber unzweideutig erkennen lassen muß, daß das Rechtsgeschäft wegen eines Willensmangels rückwirkend beseitigt werden soll (BGH MDR 1955, 24 f; Soergel-Siebert 10. Aufl. § 143 BGB Anm. 1 und 2). Bei der Ermittlung des Inhalts der Erklärung ist nach § 133 BGB vom Standpunkt dessen auszugehen, für den sie bestimmt gewesen ist.

Im Streitfalle hatte die Beklagte für die Übertragung des Verlagsobjektes sowie des Zeitschriftentitels bereits 25 000,-- DM gezahlt. Da sie in der Besprechung weder eine Rückzahlung dieses Betrages verlangt noch eine Rückgabe des ihr übertragenen Verlagsobjekts in Aussicht gestellt hat, konnte ihre Erklärung vom Kläger sehr wohl dahin aufgefaßt werden, daß sie sich lediglich nicht mehr verpflichtet fühle, die ihr nach dem Vertrage weiter obliegende Verpflichtung, die Zeitschrift herauszubringen, zu erfüllen, daß sie aber im übrigen am Vertrage festhalte. Ein Anzeichen dafür, daß der Kläger der Erklärung diesen Sinn hat entnehmen müssen, bildet auch der Umstand, daß die Beklagte selbst seinerzeit ihre Erklärung nicht als Anfechtungserklärung aufgefaßt hat. Vielmehr hat die Beklagte in der Klageerwiderung und während der beiden Tatsacheninstanzen ihre Erklärung als fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde gewertet wissen wollen und hat die Kündigung vorsorglich in der Klageerwiderung ausdrücklich ausgesprochen. Damit hat die Beklagte aber zum Ausdruck gebracht, daß sie selbst den Vertrag bis zur Kündigung als wirksam angesehen hat.

Bei dieser Sachlage stellt es daher keinen Rechtsfehler dar, wenn das Berufungsgericht die Erklärung der Beklagten in der Besprechung vom 23. September 1965 nicht als Anfechtungserklärung gewertet hat.

III. Das Berufungsgericht hat im einzelnen dargelegt, daß die Frage der Zulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst nicht Geschäftsgrundlage gewesen sei und daß daher mit Ablehnung der Zulassung auch nicht die Verpflichtung der Beklagten zur Durchführung der Verträge entfallen sei. Soweit die Kündigung von der Beklagten hierauf gestützt worden sei, sei sie nicht begründet.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Das gilt auch dann, wenn zu Gunsten der Revision angenommen wird, daß deren im Hinblick auf den Anfechtungstatbestand erhobene Verfahrensrügen (§ 286 ZPO) sich auch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Geschäftsgrundlage richten. Auf die Frage, ob das Berufungsgericht sämtliche sich aus der Nichtzulassung zum Postzeitungsdienst ergebenden nachteiligen Umstände berücksichtigt hat, kommt es nicht an. Denn nach den rechtlich einwandfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte bei Vertragsabschluß damit rechnen müssen, daß die Zeitschrift nicht zum Postzeitungsdienst zugelassen werden würde; denn dem standen, wie die Revision selbst vorträgt, die Bestimmungen der Postzeitungsordnung vom 28. Mai 1963 entgegen. Das aber mußte die Beklagte als Verlegerin bei Vertragsabschluß wissen. Zumindest lag die Klärung dieser Frage in ihrem Risikobereich.

Hiernach hat das Berufungsgericht darin, daß der Beklagte die Zulassung der Zeitschrift zum Postzeitungsdienst versagt worden ist, mit Recht keinen Umstand erblickt, der die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der Zeitschrift hätte hinfällig machen können.

IV. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß auch die Nichtbeanstandung des Sternbildzeichens im Zeitschriftentitel nicht Inhalt der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge gewesen ist.

Dies wird von der Revision zu Unrecht beanstandet.

1. Gegenstand des Vertrages I ist die Veräußerung des Zeitschriftenunternehmens "S-C N" auf die Beklagte. Aufgrund eines Vertrages, durch den ein Zeitschriftenunternehmen veräußert wird, soll zwar regelmäßig der Erwerber auch das Recht erhalten, die Zeitschrift unter dem bisherigen Titel herauszubringen (BGH GRUR 1968, 329, 331 - Der kleine Tierfreund). Der Titel einer Zeitschrift genießt als besondere Bezeichnung einer Druckschrift Schutz gemäß § 16 Abs. 1 UWG. Der Inhaber eines einschlägigen älteren Kennzeichenrechts kann daher, wenn durch den Gebrauch des Zeitschriftentitels eine Verwechslungsgefahr hervorgerufen wird, Unterlassung des weiteren Gebrauchs des Titels verlangen. Bei Beurteilung der Frage, welchen Einfluß dies auf die Rechtsbeziehungen zwischen Veräußerer und Erwerber des Zeitschriftenunternehmens hat, sind nach § 445 BGB die Vorschriften der §§ 433 bis 444 BGB entsprechend anzuwenden. Das bezüglich eines solchen Unternehmens bestehende Kennzeichenrecht im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG ist ein übertragbares Recht (RGZ 68, 49, 55),

das allerdings wegen seiner Bindung an das Zeitschriftenunternehmen nur mit diesem zusammen übertragbar ist. Gemäß § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Verkäufer eines Rechts verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen. Besteht das Recht nicht, so haftet der Verkäufer nicht nur auf Gewährleistung (§ 437 BGB), sondern er hat auch die ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt. Der Käufer kann daher, wenn er selbst bei dem Vertrag stehen bleibt, gemäß § 440 Abs. 1 BGB die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften ist im Streitfall jedoch kein Raum, da den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils in ihrem Zusammenhalt zu entnehmen ist, daß das Berufungsgericht angenommen hat, eine Zusage des Klägers, daß die Beklagte das Sternbildzeichen wettbewerblich unbeanstandet im Zeitschriftentitel benutzen könne, sei nicht Vertragsinhalt geworden. Dann, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat (BU 31 f), mußte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Beklagte damit rechnen, daß der Verlag des "ste" insoweit Unterlassungsansprüche geltend machen werde. Da überdies die Beklagte davon ausging, daß über diese Frage ein Rechtsstreit zwischen dem Kläger und dem Verlag des "ste" schwebte, hätte sie, wenn sie auf ein ungestörtes Recht zur Benutzung auch des Sternbildzeichens Wert gelegt hätte, dies im Verträge zum Ausdruck bringen müssen. Im übrigen spricht auch die unstrittige Tatsache, daß der Graphiker der Beklagten bei einer späteren Besprechung auch Entwürfe von Titelseiten vorgelegt hat, die das Sternbildzeichen nicht trugen, gegen eine solche Annahme.

Somit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Befugnis der Beklagten zu einer unbeanstandeten Weiterbenutzung des Sternbildzeichens nicht Vertragsinhalt gewesen ist.

2. Bei dieser Sachlage hat auch die Rüge der Revision (§ 286 ZPO) keinen Erfolg, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß beide Parteien es nach Vertragsabschluß bei Besprechung der Titellentwürfe als wichtig angesehen hätten, das Sternbildzeichen im Titel der Zeitschrift weiterzuverwenden.

Wie vorstehend dargelegt, ist die Befugnis der Beklagten zur ungestörten Benutzung des Sternbildzeichens nicht Vertragsinhalt geworden. Dem angefochtenen Urteil kann auch nicht entnommen werden, daß die Beklagte zur Verwendung des Sternbildzeichens nach dem Vertrage verpflichtet sein sollte. Im übrigen wäre eine etwaige Verpflichtung entfallen, wenn die Beklagte ihr nur unter Verletzung fremder Rechte hätte nachkommen können. Schließlich hat der Kläger auch bestritten, auf einer Weiterbenutzung des Sternbildzeichens bestanden zu haben, nachdem der Verlag des "ste" Unterlassungsansprüche geltend gemacht hatte.

V. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Beanstandungen des Verlages des "ste" bezüglich der Verwendung des Sternbildzeichens durch die Beklagte diese nicht berechtigten, sich von ihren dem Kläger gegenüber bestehenden Verpflichtungen zu lösen, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nicht angreifbar.

1. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß der Verlag des "ste" sich, wie sein Antrag in dem gegen den Kläger gerichteten Rechtsstreit vor dem Landgericht Hamburg und seine Schreiben an die Beklagte vom 14. September 1965 und vom 21. Dezember 1965 zeigten, sich lediglich gegen die Benutzung eines fünfzackigen symmetrischen Sterns in Verbindung mit dem Titel "S-C N", nicht aber gegen die Verwendung dieses Worttitels gewendet habe. Der Verlag des "ste" sei bereit gewesen, sich mit der Beklagten zu vergleichen, da er der Meinung gewesen sei, es ließen sich graphische Möglichkeiten zur Ausschließung der Verwechslungsgefahr finden. Der bloße Worttitel "S-C N" sei aber mit dem Titel "ste" in Verbindung mit einem asymmetrischen sechszackigen Stern schon wegen der Bekanntheit des Unterhaltungslokals "S-C" und der Bekanntheit der illustrierten Zeitschrift "ste" sowie wegen der Verschiedenheit der angesprochenen Leserkreise nicht verwechslungsfähig. Die Beklagte könne sich daher insoweit nicht auf angeblich drohende Unterlassungsansprüche des Verlages des "ste" berufen, die im übrigen auch bisher nicht erhoben worden seien.

Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liege nicht vor, weil die Beklagte schon bei Vertragsabschluß habe damit rechnen müssen, daß der Verlag des "ste" Unterlassungsansprüche wegen des in Verbindung mit dem Titel "S-C N" verwendeten Sternbildzeichens erheben würde. Aus der Tatsache, daß der Kläger die Beklagte bei den Vertragsverhandlungen davon in Kenntnis gesetzt habe, daß von ihm ein gegen den Verlag des "ste" geführter Rechtsstreit in zwei Instanzen gewonnen und nunmehr beim Bundes-

gerichtshof anhängig sei, habe die Beklagte nicht schließen können, daß sich dieser Rechtsstreit auf die Wort-Bild-Kombination des Zeitschriftentitels "S- C N" mit Sternbildzeichen bezogen habe. Denn diese Zeitschrift sei erst vom 1. August 1964 an erschienen, also von einem Zeitpunkt ab, in dem der Rechtsstreit sich bereits in der Revisionsinstanz befunden habe. Abgesehen davon, daß der Rechtsstreit vom Kläger noch nicht endgültig gewonnen gewesen sei und ein Vertrauen der Beklagten auf seinen erfolgreichen Ausgang keine Grundlage gehabt habe, habe sich die Beklagte selbst ausrechnen können, daß ein sich auf die Zeitschrift beziehender Rechtsstreit noch nicht beim Bundesgerichtshof habe anhängig sein können. Der Beklagten hätten daher jedenfalls Zweifel kommen müssen, die es ihr zur Pflicht machten, sich genauer beim Kläger zu unterrichten. Der Irrtum der Beklagten über den Inhalt jenes Prozesses beruhe daher auf ihrem eigenen Verschulden, sie könne sich deshalb nicht mit Erfolg auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Durchführung des Vertrages oder auf ein mitwirkendes Verschulden des Klägers berufen.

2. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig den für die Behauptung der Beklagten angebotenen Beweis nicht erhoben, daß der Kläger sie schon zu Beginn der Kaufverhandlungen darauf hingewiesen habe, in Anbetracht des von ihm in zwei Instanzen gewonnenen Prozesses gegen den Verlag des "ste" bestehe kein Grund zur Sorge, daß eine Kollision mit dessen Titel-

rechten möglich sei, greift nicht durch. Denn, wenn mit der Revision davon ausgegangen wird, daß die Beklagte daraufhin angenommen habe, dieser Rechtsstreit werde wegen des Titels der Zeitschrift "S■■-C■■ N■■" geführt, so greift die Hilferwägung des Berufungsgerichts durch, daß die Beklagte vor einer rechtskräftigen Entscheidung jenes Rechtsstreits nicht habe auf dessen für den Kläger erfolgreichen Ausgang vertrauen dürfen.

b) Keinen Erfolg hat auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht den Beweisantrag der Beklagten übergehen dürfen, der Verlag des "ste■■" habe in einem im Anschluß an sein an die Beklagte gerichtetes Schreiben vom 14. September 1965 der Beklagten fernmündlich erklärt, daß er gegen die Benutzung des Wortes "S■■" vorgehen werde, falls die Beklagte eine Zeitschrift unter dem Titel "S■■-C■■ N■■" herausbringe. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang mit Recht auf das spätere Schreiben des Verlages des "ste■■" an die Beklagte vom 21. Dezember 1965 hingewiesen. Denn auch in diesem Schreiben hat der Verlag des "ste■■", ebenso wie in dem vom 14. September 1965, unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß er lediglich die Verwendung des Sternbildzeichens in Verbindung mit dem Titel "S■■-C■■ N■■" beanstande und hat die Beklagte um Bestätigung gebeten, daß sie "eine Zeitschrift mit dem Titel S■■-C■■ N■■ in Verbindung mit einem Stern-Bildzeichen nicht auf den Markt bringen" werde. Schließlich hat das Berufungsgericht seine Ansicht, daß der Verlag des "ste■■" sich lediglich gegen die Verwendung des Sternbildzeichens im Titel "S■■-C■■ N■■", nicht aber gegen die Benutzung des Wortes "S■■" im Titel gewandt habe, ohne Rechtsverstoß auf den vom Verlag des "ste■■" erhobenen Unterlas-

sungsanspruch im Rechtsstreit gegen den Kläger gestützt (15 O 203/65 LG Hamburg). Die hiergegen gerichteten Ausführungen der Revision stellen den im Revisionsrechtszug unzulässigen Versuch dar, an die Stelle der auf tatsächlichem Gebiet liegenden Würdigung des Berufungsgerichts eine andere zu setzen. Unter diesen Umständen wäre die Beklagte aber auch dann dem Kläger gegenüber verpflichtet gewesen, den Versuch zu machen, zu einer Einigung mit dem Verlag des "ste" zu gelangen, wenn dieser einmal in einem Ferngespräch die Untersagung des Gebrauchs des Wortes "S" in Erwägung gezogen haben sollte. Vor dem Scheitern eines solchen Versuches durfte sie sich jedenfalls nicht endgültig vom Vertrage lossagen. Ob sie dies nach dem Scheitern eines Einigungsversuches hätte tun dürfen, kann dahinstehen, da es bei der gegebenen Sachlage keiner Entscheidung darüber bedarf, ob dem Verlag des "ste" auch gegenüber dem bloßen Worttitel "S-C N" ein Unterlassungsanspruch zustünde. Auf die Revisionsangriffe, die sich dagegen richten, daß das Berufungsgericht insoweit eine Verwechslungsgefahr verneint hat, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß der Beklagten zuzumuten gewesen sei, die Zeitschrift aufgrund einer solchen Einigung mit dem Verlag des "ste" mit dem Titel "S-C N" ohne Mitverwendung des Sternbildzeichens fortzuführen, da sie bereits bei Vertragsabschluß gewußt habe, daß das Sternbildzeichen mit den Kennzeichnungsrechten des Verlages des "ste" kollidiere.

VI. Demnach hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, daß der Schadensersatzanspruch des Klägers dem

Grunde nach gerechtfertigt ist, weil die Kündigung von der Beklagten ohne berechtigten Grund ausgesprochen worden ist.

VII. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Pehle

Merkel

Sprenkmann