

2041 058

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 41/66

URTEIL

Verkündet am

13. März 1968

Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Richard S c h [REDACTED], K [REDACTED], GL [REDACTED] -
[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Professor Dr. med. Kurt H [REDACTED], K [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1968 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. Februar 1966 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat das Buch "Vernünftiges Verhalten bei Verkehrsunfällen" verfaßt. Ende des Jahres 1960 vereinbarten die Parteien, daß die Klägerin das Buch drucke (die Angabe 1961 BU 2 ist ein Schreibfehler, unstreitig war das Buch Ende Juni 1961 gedruckt). Die Klägerin führte diese Arbeiten aus und besorgte auch den Vertrieb der Bücher. Der Beklagte bemühte sich ebenfalls um deren Absatz. Der Vertrieb erfolgte nicht über den Buchhandel, vielmehr wurde in Fachzeitschriften und bei Behörden und Firmen für den Absatz des Buches geworben. An Stelle der Verlagsangabe befand sich auf dem Umschlagdeckel und der Titelseite die Angabe "Herausgeber Grafische Betriebe Sch [REDACTED] K [REDACTED]". Das alles geschah, ohne daß die Parteien

- 3 -

ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten durch eindeutige Vereinbarungen geregelt hatten.

Nach Fertigstellung des Buches und der Ermittlung des Verkaufspreises machte die Klägerin dem Beklagten durch Schreiben vom 28. Juni 1961 den Vorschlag, nunmehr die Beziehungen vertraglich zu regeln. Sie wies darauf hin, es sei im Verlagswesen von jeher üblich, daß der Autor vom Verkaufspreis 10 % erhalte. Die auch von ihrer Seite notwendig gewesenenen bedeutenden Investitionen könne sie nicht allein tragen. Deshalb bitte sie den Beklagten, hiervon einen kleinen Teil mitzuübernehmen und schlage ein Honorar vor, daß für die ersten 5000 Exemplare 8 % des Verkaufspreises betragen und dann je nach Auflagenhöhe zwischen 11 % und 15 % liegen sollte. In seinem Antwortschreiben vom 10. Juli 1961 führte der Beklagte u.a. aus:

"Zu den finanziellen Ausführungen und wohl auch Sorgen, die Sie in ihrem Brief zum Ausdruck bringen, möchte ich Ihnen das wiederholen, was ich früher bereits hinsichtlich ihres Risikos versichert habe: Es ist grundlos, daß Sie sich Sorgen machen, Sie brauchen in der ganzen Angelegenheit kein Risiko einzugehen Für einen Autor erscheinen mir die Routineverträge sehr hemmend zu sein. Wir müssen uns daher noch einmal darüber unterhalten. Auch ich bin, wie Sie, der Meinung, daß die weiteren Dinge vertragsmäßig festgelegt werden sollen"

In der Folgezeit fand das Buch nicht den erhofften Zuspruch. Die Verkaufsergebnisse waren gering. Währenddessen führten die Parteien bis gegen Ende des Jahres 1963 einen umfangreichen Schriftwechsel zur Herbeiführung einer vertraglichen Regelung, insbesondere im Hinblick auf das dem Geschäft innewohnende Risiko und wegen



der Art und Höhe des Autorenhonorars. Unter anderem teilte die Klägerin dem Beklagten in ihrem Schreiben vom 20. November 1961 mit, daß sie bisher etwa 40.000,-- DM in die Sache hineingesteckt habe, der Rücklauf aber nur 7.000,-- DM betrage; der Beklagte möge sich einmal Gedanken darüber machen, wie das überbrückt werden könne. In ihrem Schreiben vom 16. Dezember 1961 führte die Klägerin u.a. aus:

"Gute Kaufmannsart ist es seit eh und je gewesen, daß bei Verteilung der Risiken eines Geschäftes auf zwei Schultern auch unter Umständen später daraus erwachsende Vorteile beiden Partnern zugute kommen sollen, und zwar in einem vernünftigen Verhältnis zueinander. Dieses Verhältnis würde sich auf dem von Ihnen eingeschlagenen Weg sehr ungleich ausnehmen."

Der Beklagte antwortete darauf durch Schreiben vom 19. Dezember 1961 unter anderem:

"Was das in Ihrem Brief erwähnte Risiko angeht, so darf ich Sie daran erinnern, daß ich Ihnen schriftlich erklärt habe, das wirtschaftliche Risiko für dieses Buch zu übernehmen. Vor etwa 3 Wochen schrieben Sie mir, daß von dem Buch nur etwa 750 Exemplare verkauft worden seien, daß Sie 40.000,-- DM investiert hätten, und daß wir uns nach den Feiertagen über die wirtschaftliche Seite der Angelegenheit unterhalten müßten, mit anderen Worten, es wurde in Aussicht gestellt, mich an die Übernahme des Risikos zu erinnern. Ich darf weiter darauf hinweisen, daß Sie mir in einem weiteren Brief für die 1. Auflage nur ein Autorenhonorar von 8 % angeboten haben. Zusammenfassend darf ich zum Risiko sagen, daß die ganze Angelegenheit für Sie mit keinem Risiko verbunden ist, da ich mich schriftlich zur Übernahme des Risikos bereit erklärt habe, und daß unter diesen Umständen, meine ich, der Autor auch ein moralisches Recht hat, mit einem anderen Satz am Gewinn beteiligt zu werden, als dies vielleicht sonst üblich ist".

Sodann erörtert der Beklagte in demselben Schreiben nach Hinweis auf seine eigenen hohen Aufwendungen die Preiskalkulation des Buches unter Berücksichtigung der Herstellungskosten und das Verhältnis zwischen Unternehmergewinn und Autorenhonorar, wenn bei einer sehr hohen Auflage von der Klägerin dem Autor 15 % vom Bruttopreis konzedierte würden. Am Ende dieses Schreibens heißt es dann:

"Nachdem nunmehr durch Ihren Brief Ihr Standpunkt, durch diesen Brief der meine dargelegt worden ist, wollen wir im Gespräch die Angelegenheit zu einem freundlichen Ende beraten."

Auch aufgrund weiterer Korrespondenz, in der es neben den Absatzmöglichkeiten weiterhin darum ging, die finanzielle Seite vertraglich zu regeln, kam es nicht zu der angestrebten Regelung. Vorschläge der Klägerin, der Beklagte möge sich mit 15.000,-- DM an den Unkosten beteiligen oder er solle die ganzen Unkosten tragen und dafür den vollen Gewinn aus dem Verkauf der Bücher erhalten, führten nicht zum Erfolg.

Die Klägerin verlangt mit der Klage die Zahlung des Betrages ihrer Unkosten, der durch die bisherigen Verkaufserlöse nicht gedeckt worden ist. Sie hat diese Unkosten zunächst als Werklohn geltend gemacht und sodann ihren Anspruch auf einen Garantievertrag gestützt, den sie in den Erklärungen des Beklagten in seinen vorstehend wiedergegebenen Briefen vom 10. Juli 1961 und 19. Dezember 1961 sieht.

Die Klägerin hat ihren Anspruch wie folgt berechnet:

Herstellungskosten des Buches	35.083,11 DM
Verkaufserlöse bis zum 30.6.64 =	21.332,-- DM
abzüglich 4 % Umsatzsteuer =	853,28 DM
abzüglich 17 % Vertriebskosten =	3.626,40 DM
	18.230,83 DM

Davon sind nach der Darstellung der Klägerin 426,60 DM netto nach Klagerhebung für weitere Verkäufe eingegangen.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, 18.657,53 DM
an sie zu zahlen, abzüglich bis zum 30.6.64
gezahlter 426,60 DM.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat geltend gemacht, daß aus seinen Schreiben vom 10. Juli und 16. Dezember 1961 ein selbständiger Garantievertrag nicht hergeleitet werden könne. Jedenfalls sei die Klageforderung noch nicht fällig, da erst später festgestellt werden könne, ob die Herstellungskosten durch die noch zu erwartenden Verkaufserlöse gedeckt würden. Der schlechte Absatz des Buches sei darauf zurückzuführen, daß die Klägerin das Buch nicht in ihrem Verlage herausgegeben und es auch abgelehnt habe, den Buchhandel auf das Erscheinen des Werkes aufmerksam zu machen. Schließlich werde die Höhe der Klageforderung bestritten.

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

Im zweiten Rechtszug hat die Klägerin nach Eingang weiterer Verkaufserlöse von 1.934,93 DM den Klageanspruch in dieser Höhe in der Hauptsache für erledigt erklärt. In- soweit haben die Parteien wechselseitig beantragt, die Kosten der anderen Partei aufzuerlegen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesge- richt die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederher- stellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit der Klaganspruch als Vergütungsanspruch für die Herstellung des Buches geltend gemacht und auf Werk- vertrags- (§§ 631, 632 BGB) bzw. Auftragsvorschriften (§§ 675, 670 BGB) gestützt wird, hat das Berufungsgericht die- se Anspruchsgrundlage mit der Begründung verneint, daß es an einem entsprechenden Vertragsabschluß fehle. Die Parteien hätten nicht vereinbart und auch nicht vereinba- ren wollen, daß die Klägerin das Buch gegen Zahlung einer Vergütung drucken solle. Wären die Parteien hiervon ausge- gangen, so hätten sie über die Verteilung der Herstellungs- kosten nicht mehr zu verhandeln brauchen. Der Wille der Parteien sei nicht auf den Abschluß eines Lohndruckauftra- ges, sondern auf den Abschluß eines Verlagsvertrages ge- richtet gewesen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Zu Unrecht meint die Revision, da nach dem übereinstimmenden Vortrag ein Verlagsvertrag nicht zustande

gekommen sei, dagegen unstreitig sei, daß die Klägerin den Druck des von dem Beklagten verfaßten Werkes übernommen und auch ausgeführt habe, sei ein Vergütungsanspruch nach den Vorschriften über den Werkvertrag gegeben. Hierbei übersieht die Revision, daß die Klägerin unstreitig nicht nur den Druck, sondern auch den Vertrieb des Buches übernommen hat, also Aufgaben, die in der Regel von einem Verleger nur im Rahmen eines Verlagsvertrages übernommen werden. Streitig ist zwischen den Parteien allein die Frage, für wessen Rechnung diese Aufgaben durchgeführt werden sollten, ob nämlich insoweit die für den normalen Verlagsvertrag geltende gesetzliche Regelung eingreifen sollte, wonach der Verleger die Vervielfältigung und Verbreitung auf eigene Rechnung vorzunehmen hat (§ 1 VerlG) oder ob über diese Frage der Kostentragung eine Einigung zwischen den Parteien nicht zustande gekommen ist. Das Schreiben der Klägerin vom 28. Juni 1961 ergibt eindeutig, daß sie jedenfalls in diesem Zeitpunkt - also nach Fertigstellung des Druckes - selbst nicht davon ausgegangen ist, daß sie die Herstellung des Buches aufgrund eines Lohndruckvertrages und den Vertrieb aufgrund eines Vertriebsvertrages auf Kosten des Beklagten durchführen sollte (vgl. für einen solchen Fall RG GRUR 1935, 697). Wäre die Klägerin von einer Vereinbarung dieses Inhaltes ausgegangen, so hätte es nahegelegen, daß sie dem Beklagten nach Drucklegung eine Rechnung über die Herstellungskosten mit Zahlungsaufforderung übersandt hätte. Dies ist jedoch nicht geschehen, vielmehr hat sich die Klägerin, wie die vorgelegte Korrespondenz erweist, in der Folgezeit vergeblich bemüht, den Beklagten zum Abschluß eines Verlagsvertrages unter Festlegung eines Verfasserhonorars nach einer anteiligen Beteiligung am Absatzerlös zu bewegen. Die Weigerung des Beklagten, einen solchen Vertrag abzuschließen, berechtigt die Klägerin nicht, nunmehr

einen Vergütungsanspruch nach Werkvertrags- oder Auftragsvorschriften geltend zu machen, obwohl nach ihrer eigenen Sachdarstellung ein Vertrag solchen Inhalts nicht geschlossen worden ist.

II. 1. Ansprüche der Klägerin aus einem Garantievertrag hat das Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint.

Es legt dar, hierfür wäre Voraussetzung gewesen, daß der Beklagte sich verpflichtet hätte, dafür einzustehen, daß die von der Klägerin für die Herstellung des vom Beklagten verfaßten Buches aufgewendeten Kosten aus den Verkaufserlösen auf jeden Fall gedeckt werden würden. Der Beklagte hätte daher die Verpflichtung übernommen haben müssen, die Klägerin so zu stellen, als ob die Verkaufserlöse die Unkosten gedeckt hätten, der Klägerin also aus dem Geschäft ein Schaden nicht entstanden wäre. Eine solche Verpflichtung könne dem Schriftwechsel der Parteien, insbesondere den Schreiben des Beklagten vom 10. Juli und 19. Dezember 1961 nicht entnommen werden.

Dabei sei davon auszugehen, daß die Parteien anfangs den Abschluß eines Verlagsvertrages ins Auge gefaßt hätten. Dann aber hätte das Risiko des Geschäfts zunächst bei der Klägerin gelegen. Bei solcher Sachlage hätte es zur Begründung des Rechts, die Erstattung der durch Verkaufserlöse nicht gedeckten Herstellungskosten von dem Beklagten verlangen zu können, einer von diesem eindeutig erklärten Freistellung der Klägerin von dem Risiko und einer eindeutigen Übernahme dieses Risikos durch ihn bedurft.

Eine solche eindeutige Risikoübernahme könne dem Schreiben des Beklagten vom 10. Juli 1961 nicht entnom-

men werden. Wenn es darin heiße, es sei grundlos, daß die Klägerin sich hinsichtlich ihres Risikos Sorgen mache, sie brauche in der ganzen Angelegenheit kein Risiko einzugehen, so könne diese Erklärung auch den Inhalt haben, er messe dem Buch einen solchen Verkaufserlös bei, daß die Herstellungskosten auf jeden Fall gedeckt würden, daß also ein Risiko überhaupt nicht gegeben sei. Dagegen sei eine eigene Garantie, nämlich daß er selbst das Risiko trage und die Klägerin davon freistelle, weder wörtlich erklärt, noch als Inhalt seiner Erklärung eindeutig festzustellen. Daß die Erklärung weder mit diesem Willen abgegeben worden sei noch so habe verstanden werden müssen, folge auch daraus, daß der Beklagte in dem Schreiben weiter ausgeführt habe, auch er sei, wie die Klägerin, der Meinung, daß die weiteren Dinge vertragsmäßig festgelegt werden sollten. Wenn die Klägerin in ihrem Schreiben vom 20. November 1961 den Beklagten unter Hinweis auf ihre Investitionen und den geringen Rücklauf bitte, sich einmal Gedanken darüber zu machen, wie dies überbrückt werden könne, so zeige das, daß auch sie die Erklärungen des Beklagten nicht als ein Garantieverprechen angesehen habe, denn anderenfalls hätte sie ihn nicht zu bitten brauchen, sich Gedanken über die Überbrückung des Defizits zu machen.

Auch aus den Ausführungen des Beklagten im Schreiben vom 19. Dezember 1961 lasse sich ein Garantievertrag nicht herleiten. Zwar habe der Beklagte darin nicht lediglich erklärt, daß er ein Risiko überhaupt nicht für gegeben halte, sondern gesagt, was das erwähnte Risiko angehe, so dürfe er die Klägerin daran erinnern, daß er ihr schriftlich erklärt habe, das wirtschaftliche Risiko für das Buch zu übernehmen. Diese Erklärungen dürften jedoch nicht für sich allein gewertet werden, sondern nur im Zusammenhang

mit dem weiteren Inhalt dieses Schreibens und im Zusammenhang mit dem gesamten Schriftwechsel. Der Beklagte habe seine Erklärung in Beantwortung des Schreibens der Klägerin vom 16. Dezember 1961 abgegeben. Nach diesem Schreiben habe die Klägerin wegen des für sie bestehenden Risikos den Beklagten an den Verkaufserlösen mit einem geringeren Anteil als von ihm beansprucht beteiligen wollen. Wenn der Beklagte hierauf geantwortet habe, er habe schriftlich erklärt, das Risiko für dieses Buch zu übernehmen, so sei diese Erklärung ersichtlich nicht darauf gerichtet gewesen, unabhängig von der weiteren Regelung der Streitpunkte hinsichtlich der Höhe der Beteiligung am Verkaufserlös einseitig und in vollem Umfang das Risiko zu übernehmen. Die Erklärung sei so gemeint gewesen und habe nicht anders verstanden werden müssen, als daß der Beklagte der Klägerin schriftlich erklärt habe, das Risiko zu übernehmen, dies aber nur für den Fall einer Regelung, bei der er mit einem höheren Anteil am Erlös beteiligt werde. Das komme eindeutig darin zum Ausdruck, daß der Beklagte in demselben Schreiben weiter ausgeführt habe: "Zusammenfassend darf ich zum Risiko sagen, daß die ganze Angelegenheit für Sie mit keinem Risiko verbunden ist, da ich mich schriftlich zur Übernahme des Risikos bereit erklärt habe, und daß unter diesen Umständen, meine ich, der Autor auch ein moralisches Recht hat, mit einem anderen Satz am Gewinn beteiligt zu werden, als dies vielleicht sonst üblich ist". Die Erklärung des Beklagten bedeute daher nicht, daß er sich in der Frage des Risikos einseitig und im vollen Umfang zur Übernahme habe verpflichten wollen, ohne daß auch die Frage der Gewinnbeteiligung in seinem Sinne geregelt würde, zumal die Klägerin selbst in ihrem vorangegangenen Schreiben nur von einer Verteilung der Risiken auf zwei Schultern gesprochen habe. Da aber eine Einigung über das Autorenhonorar nicht zustandegekom-

men sei, sei auch die Übernahme des Risikos für sich allein nicht wirksam geworden. Die Klägerin selbst habe weder unmittelbar nach Erhalt des Schreibens noch in der Folgezeit die Erklärungen des Beklagten als bindendes Garantieverprechen aufgefaßt, wie aus ihren Schreiben vom 30. Januar 1962 und vom 16. Mai 1962 hervorgehe.

2. Diese Ausführungen werden von der Revision vergeblich angegriffen. Es handelt sich um die Auslegung individueller Erklärungen, die in der Revisionsinstanz nur begrenzt nachprüfbar ist. Davon, daß die Auslegung durch das Berufungsgericht nach den Denkgesetzen unmöglich sei oder gegen allgemeine Auslegungsregeln oder gegen Verfahrensvorschriften verstoße, kann nicht die Rede sein.

a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, angesichts der Tatsache, daß die Parteien zunächst den Abschluß eines Vorlagsvertrages beabsichtigt hätten, hätte es einer eindeutigen Erklärung der Risikoübernahme seitens des Beklagten bedurft, um die Annahme eines Garantievertrages zu rechtfertigen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision greift diesen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts unter Hinweis auf den Vortrag der Klägerin an, das Schreiben des Beklagten vom 10. Juli 1961 ergebe, daß dieser bereits früher mündlich versichert gehabt habe, die Klägerin brauche in der ganzen Angelegenheit kein Risiko einzugehen. Gemäß § 139 ZPO befragt, hätte die Klägerin vorgetragen, dieser ihr günstigen Versicherung zugestimmt zu haben. Ferner hätte sie sich zum Beweis dieser mündlichen Zusage des Beklagten auf dessen Parteivernehmung

bezogen (§ 286 ZPO). Es müsse daher davon ausgegangen werden, daß der Beklagte bereits vor dem Schriftwechsel der Parteien vom 28. Juni und 10. Juli 1961 die Risikoübernahme zugesichert habe.

Die Verfahrensrüge kann keinen Erfolg haben. Dabei kann zu Gunsten der Revision unterstellt werden, daß eine etwaige Beweisaufnahme zu Gunsten der Klägerin ausgefallen wäre. Denn eine etwaige mündliche Zusage des Beklagten hätte nach dem Klagevorbringen denselben Inhalt gehabt, wie die in dessen Schreiben vom 10. Juli 1961 enthaltene Zusage. Diese enthielt aber - wie noch darzulegen ist - nach der rechtlich unangreifbaren Annahme des Berufungsgerichts keine Verpflichtung des Beklagten, die Klägerin so zu stellen, als ob ihr aus dem Geschäft kein Schaden entstanden wäre.

Dagegen, daß der Beklagte bereits vor Beginn des Schriftwechsels, der die Vorschläge der Parteien hinsichtlich des Inhalts des abzuschließenden Vertrages enthält, der Klägerin mündlich eine Risikoübernahme weitergehenden Inhalts gemacht haben soll, spricht im übrigen nicht nur, daß die Klägerin in ihrem ersten diesbezüglichen Schreiben vom 28. Juni 1961 dies nicht erwähnt hat, obwohl dieser Punkt einen wesentlichen Teil der zu treffenden vertraglichen Regelung ausgemacht hätte. Entscheidend spricht vielmehr dagegen, daß die Klägerin darin ein Verfasserhonorar vorgeschlagen hat, das geringer als das von ihr als üblich bezeichnete Honorar gewesen ist. Das begründete die Klägerin in dem Schreiben damit, daß sie die hohen Anfangskosten nicht allein tragen könne und daher den Beklagten bitten müsse, hiervon einen kleinen Teil mitzuübernehmen, weshalb sie bei den ersten 5000 Exemplaren ein Honorar von 8 % statt 10 % des Verkaufsprei-

ses vorschlage. Zu einer solchen Regelung hätte aber keine Veranlassung bestanden, wenn der Beklagte bereits mündlich eine so weitgehende Risikoübernahme zugesichert hätte, wie sie zur Begründung des Klageanspruches erforderlich gewesen wäre.

b) Da, wie dargelegt, die früheren mündlichen Versicherungen des Beklagten bezüglich des Risikos der Klägerin, die er in seinem Schreiben vom 10. Juli 1961 erwähnt, keinen weitergehenden Inhalt haben, als die in diesem Schreiben selbst enthaltenen Erklärungen, stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht diese früheren Erklärungen des Beklagten nicht bei der Würdigung der in diesem Schreiben enthaltenen Erklärungen des Beklagten besonders gewürdigt hat.

Der vom Berufungsgericht gegebenen Auslegung der im Schreiben des Beklagten vom 10. Juli 1961 enthaltenen Erklärungen steht auch nicht entgegen, daß der Beklagte hinsichtlich seiner Erklärungen im späteren Schreiben vom 19. Dezember 1961 geäußert hat, er habe bereits schriftlich erklärt, das wirtschaftliche Risiko für das Buch zu übernehmen. Denn auch diese Erklärung im späteren Schreiben enthält, wie noch auszuführen ist, nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts keine einseitige Übernahme des vollen Risikos. Da der Erklärung des Beklagten im früheren Schreiben kein weitergehender Inhalt zukommt als seiner Äußerung im späteren Schreiben, ist es verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung der im Schreiben vom 10. Juli 1961 enthaltenen Erklärung des Beklagten nicht auf die in seinem späteren Schreiben ausgesprochene Bezugnahme auf seine Erklärung im früheren Schreiben ausdrücklich eingegangen ist.

Weiter stellt es keinen Verfahrensverstoß dar, wenn das Berufungsgericht den Erklärungen des Beklagten im Schreiben vom 10. Juli 1961, die Klägerin brauche in der ganzen Angelegenheit kein Risiko einzugehen und auch er sei der Meinung, daß die weiteren Dinge vertragsgemäß festgelegt werden müßten, nicht den Inhalt beigelegt hat, mit der ersten Äußerung sei eine Regelung für den Fall des Mißerfolges des Buches dahin vorgeschlagen, daß der Beklagte dieses Risiko übernehme, während für den Fall des Erfolges noch eine weitere, die Anteile der Parteien am Verkaufserlös regelnde Vereinbarung zu treffen gewesen sei. Die Revision läßt bei dieser Auslegung außer acht, daß diese Erklärungen des Beklagten seine Antwort auf den im Schreiben der Klägerin vom 28. Juni 1961 enthaltenen Vorschlag bezüglich des Honoraranteils des Beklagten darstellten. Die Klägerin hatte in ihrem Brief darauf hingewiesen, daß sie die hohen Anfangskosten nicht allein tragen könne und daß sie daher an Stelle des üblichen Autorenhonorars von 10 % einen nach Auflagenhöhe von 8 % bis 15 % gestaffelten Honoraranteil vorschlage. Wenn der Beklagte hierauf antwortete, die Klägerin brauche kein Risiko einzugehen, so hat er ersichtlich den Vorschlag der Klägerin, an Stelle des üblichen Honoraranteils des Autors einen zunächst geringeren mit zunehmender Auflagenhöhe steigenden Honoraranteil vorzusehen, dahin aufgefaßt, daß die Klägerin durch diese Art der Honorarvereinbarung ihr Risiko verringern wollte. Hierauf hätte das Berufungsgericht zusätzlich hinweisen können, um seine Annahme, die fragliche Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 10. Juli enthalte keine einseitige Risikoübernahme, zu stützen. Wenn der Beklagte in dem Schreiben fortfährt, er sei - wie die Klägerin - der Meinung, daß die "weiteren Dinge" vertragsmäßig festgelegt werden müßten, so hat er damit offensichtlich die von der

Klägerin in ihrem vorangegangenen Schreiben gemachten Vorschläge in ihrer Gesamtheit gemeint.

c) Den weiteren Angriffen der Revision liegt die Auffassung zu Grunde, daß der Beklagte unabhängig davon, ob wegen seines Honoraranteils eine seinen Vorstellungen entsprechende Vereinbarung zustandekäme, sich einseitig verpflichtet habe, das volle Risiko zu übernehmen. Damit setzt die Revision in unzulässiger Weise ihre eigene Würdigung an die Stelle der Würdigung des Tatrichters. Denn die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 19. Dezember 1961, er habe sich schriftlich zur Übernahme des Risikos bereit erklärt, nach ihrem Zusammenhang mit dem weiteren Inhalt dieses Schreibens und dem Inhalt des gesamten Schriftwechsels von ihm so gemeint gewesen sei und von der Klägerin auch habe so verstanden werden müssen, daß er dann bereit sei, das Risiko zu übernehmen, wenn eine Regelung zustandekäme, bei der er mit einem höheren Anteil am Erlös beteiligt würde, hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Wenn es in diesem Schreiben heißt, der Beklagte sei zur Übernahme des Risikos bereit, erwarte aber eine höhere Beteiligung am Gewinn, so verstößt es weder nach dem Wortlaut der Erklärung noch nach dem Sinn, der ihr bei Berücksichtigung ihres Zusammenhanges mit dem Inhalt des vorangegangenen Schriftwechsels zukommt, gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze, wenn das Berufungsgericht hierin nur die Bereitschaft des Beklagten zur Risikoübernahme bei einer seinen Vorstellungen entsprechenden Regelung seines Honoraranteils erblickt hat.

Es bedeutet auch keinen Verfahrensverstoß, wenn das Berufungsgericht bei der Auslegung dieses Schreibens des

Beklagten nicht ausdrücklich berücksichtigt hat, daß der Beklagte darin zum Ausdruck gebracht hat, er habe das Schreiben der Klägerin vom 20. November 1961 als Erinnerung an die Übernahme des Risikos durch ihn aufgefaßt. In jenem Schreiben hatte die Klägerin unter Hinweis auf ihre hohen Investitionen und auf den geringen Rücklauf den Beklagten gebeten, sich einmal Gedanken darüber zu machen, wie die Parteien das Defizit überbrücken könnten. Das Berufungsgericht hat aus dieser Bitte der Klägerin gefolgert, daß diese die Erklärungen des Beklagten in dessen Schreiben vom 10. Juli nicht als Garantieverprechen angesehen habe, da sie sonst diese Bitte nicht mehr hätte an ihn zu richten brauchen. Wenn die Revision dagegen hierin die Erklärung der Klägerin sehen will, sie wolle den Beklagten nunmehr an der Risikoübernahme festhalten und die Einlösung des Versprechens verlangen, so setzt sie vergeblich ihre eigene Auslegung an die Stelle der Auslegung, die das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum dem Inhalt der Erklärung der Klägerin in Verbindung mit dem vorangegangenen Schreiben des Beklagten vom 10. Juli gegeben hat.

Ohne Erfolg greift die Revision auch die Würdigung der späteren Schreiben der Klägerin durch das Berufungsgericht an. Dieses hat den Schreiben entnommen, daß die Klägerin die Erklärungen des Beklagten im Schreiben vom 19. Dezember 1961 nicht als ein bindendes Garantieverprechen aufgefaßt hat. Die Revision geht auch hierbei von der unzutreffenden Auffassung aus, nachdem durch die vom Beklagten ausgesprochene Risikoübernahme eine Regelung für den Fall des Mißerfolges getroffen worden sei, seien die späteren Aufforderungen der Klägerin notwendig gewesen, weil noch eine Regelung für den Fall des Erfolges gefehlt habe, die auch von beiden Parteien für erforder-

lich gehalten worden sei. Mit diesem Vorbringen geht jedoch die Revision daran vorbei, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin in ihrem, den Brief des Beklagten vom 19. Dezember 1961 beantwortenden Schreiben vom 30. Januar 1962 darauf hingewiesen hat, daß nur ein Verlagsvertrag das Verhältnis des Autors zum Verleger regeln könne und daß die Klägerin im Schreiben vom 16. Mai 1962 sogar vorgeschlagen hat, endgültig am 15. Juni 1962 eine vertragliche Regelung beziehungsweise eine Auseinandersetzung wegen der Druckkosten herbeizuführen. Wenn das Berufungsgericht hieraus gefolgert hat, daß die Klägerin damals selbst noch nicht von einem abgeschlossenen Garantievertrag ausgegangen sei, so läßt dies einen Rechtsfehler nicht erkennen.

III. Mit der Feststellung, daß zwischen den Parteien weder ein Garantie- noch ein Werkvertrag abgeschlossen oder ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis zustande gekommen ist, sind jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die nach dem Sachvortrag der Klägerin möglichen Grundlagen für den Klaganspruch nicht erschöpft.

Unstreitig haben sich die Parteien zu dem gemeinsamen Zweck zusammengeschlossen, das fragliche Werk des Beklagten auf möglichst breiter Basis der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Beklagte hat das Manuskript geliefert, die Klägerin hat das Werk vervielfältigt und verbreitet. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß - falls ein Verlagsvertrag zustande gekommen wäre - die Klägerin als Verlegerin allein das wirtschaftliche Wagnis getragen hätte, ob das Werk des Beklagten den erhofften Absatz fin-

den würde und damit aus den Verkaufserlösen nicht nur die aufgewendeten Kosten gedeckt, sondern auch ein Unternehmergewinn erzielt werden konnte. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß ein Verlagsvertrag geschlossen worden ist, der voraussetzt, daß die Vervielfältigung und Verbreitung für Rechnung des Verlegers stattfindet. Es geht vielmehr lediglich im Rahmen seiner Ausführungen zum Abschluß eines Garantievertrages davon aus, daß die Parteien sich bei Beginn ihrer Zusammenarbeit darüber einig gewesen seien, daß die Klägerin das Werk des Beklagten in Buchform herstellen und vertreiben und der Beklagte an dem "Verkaufserlös" in irgendeiner Weise beteiligt werden sollte, wobei man den Abschluß eines Verlagsvertrages "ins Auge gefaßt habe". Die hieraus gezogene Folgerung aber, daß das Risiko eines Verlustgeschäftes allein bei der Klägerin gelegen habe, wäre nur dann gerechtfertigt, wenn ein Verlagsvertrag tatsächlich - sei es auch nur stillschweigend - geschlossen worden wäre. Insoweit aber fehlt es an einer dahingehenden Feststellung durch das Berufungsgericht.

Wenn ein Autor sein Werk einem Verlag zur Vervielfältigung und Verbreitung anvertraut, so ist zwar in der Regel - auch wenn insoweit ausdrückliche Absprachen fehlen -, davon auszugehen, daß der Verleger diese typische Verlegertätigkeit, zu der er sich verpflichtet hat, für eigene Rechnung ausüben muß, ihn also das Risiko eines etwaigen Verlustgeschäftes trifft. In einem solchen Fall ist der stillschweigende Abschluß eines Verlagsvertrages auch dann anzunehmen, wenn eine Einigung über die Höhe des Autorenhonorars noch nicht erzielt worden ist, denn diese Einigung ist nicht wesentlicher Bestandteil eines Verlagsvertrages. Vielmehr greift beim Fehlen ausdrücklicher Abreden über die Höhe der Autorenvergütung

§ 22 des Verlagsgesetzes ein, wonach eine angemessene Vergütung in Geld als vereinbart anzusehen ist, wenn die Überlassung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Angesichts der Besonderheiten des Streitfalles ist das Revisionsgericht jedoch nicht in der Lage, aufgrund des bisher festgestellten Sachverhalts bei der Beurteilung des Geschäftsrisikos von dem Abschluß eines Verlagsvertrages auszugehen. Zwar heißt es im angefochtenen Urteil (BU 9), es sei davon auszugehen, die Parteien seien sich zu Beginn ihrer Zusammenarbeit darüber einig geworden, daß die Klägerin das Werk des Beklagten in Buchform herstellen und vertreiben und daß der Beklagte in irgendeiner Weise an den Verkaufserlösen beteiligt werden sollte. Hiermit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, welche der Parteien den Gewinn oder Verlust tragen sollte. Wäre zwischen den Parteien ein Verlagsvertrag bereits zustande gekommen, so wäre nur noch eine Regelung über die Höhe des Autorenanteils des Beklagten am Bruttoerlös, das heißt am Verkaufserlös des Buches zu treffen gewesen. Es hätte dann nahe gelegen, daß der Beklagte sich in der folgenden Auseinandersetzung der Parteien lediglich für einen möglichst hohen Verfasseranteil eingesetzt, jedoch nicht seine etwaige Beteiligung am Gewinn oder Verlust zum Gegenstand der Auseinandersetzung gemacht hätte. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, welche Folgerungen in dieser Hinsicht aus dem Verhalten der Parteien zu ziehen sind. In diesem Zusammenhang wäre etwa zu beachten, daß der Beklagte selbst nicht nur auch noch im Verlauf des Rechtsstreits das Zustandekommen eines Verlagsvertrags in Abrede gestellt hat (vgl. u.a. Schrifts. vom 23. Oktober 1964, S. 9 = GA 27), sondern daß er schon zu einer Zeit, als noch beide Parteien auf einen erheblichen wirtschaftlichen

Erfolg des Werkes hofften, den Abschluß eines Verlagsvertrags unter den üblichen Bedingungen im wesentlichen mit der Begründung abgelehnt hat, er fühle sich angesichts seines besonderen Einsatzes für die Herstellung und Verbreitung des Werkes auch berechtigt, in einer über das übliche Autorenhonorar hinausgehenden Weise an dem "Gewinn" dieses Geschäftes beteiligt zu werden. Aus dem vorgelegten Schriftwechsel der Parteien geht hervor, daß die Parteien nach Fertigstellung des Druckes und nach dem Beginn des Vertriebes des Werkes im Kern um eine angemessene Verteilung von Gewinn oder Verlust des gemeinsam geplanten Geschäftes miteinander gerungen haben (vgl. insbesondere das Schreiben der Klägerin vom 16. Dezember 1961 und das Antwortschreiben des Beklagten vom 19. Dezember 1961, GA Hülle 60 Anl. 20 u. 21). Auch bei der Behandlung des von der Firma Bayer erhofften Auftrages hat der Beklagte versucht, von der Klägerin außer einem Autorenhonorar von 10 % des Verkaufspreises eine zusätzliche Gewinnbeteiligung zu erhalten (Schr. des Bekl. v. 15. Dezember 1961, GA Hülle 60 Anl. 19). Diese Auseinandersetzungen wären jedoch unverständlich, wenn bereits ein Verlagsvertrag vorgelegen hätte, weil dann nur noch die Höhe des Autorenhonorars auszuhandeln gewesen wäre. Dieses Honorar aber wäre, selbst wenn es als prozentuale Beteiligung am Preis je abgesetzten Exemplars festgelegt worden wäre, mit dem Risiko eines Verlustgeschäftes im Sinne einer Beteiligung an Herstellungs- oder Vertriebskosten, die durch die Verkaufserlöse nicht gedeckt sind, in keinem Fall belastet gewesen.

In diesem Zusammenhang ist vom Berufungsgericht auch zu berücksichtigen, daß die Klägerin im Impressum des Werkes nicht etwa als Verlegerin, sondern als Herausgeberin erscheint, der Beklagte sich im Vorwort bei dem Inhaber der

Klägerin für die Ratschläge und die Förderung bedankt, die dieser der Veröffentlichung habe angedeihen lassen, das Werk weiter nicht über den Buchhandel vertrieben wurde und der Beklagte sich für den Vertrieb des Werkes - nach seinen Behauptungen unter Aufwand erheblicher Kosten und Mühen (vgl. Schrifts. vom 23. Oktober 1964 S. 7 = GA 25) - selbst eingesetzt hat. Die Klägerin räumt in ihrem Schreiben vom 28. Juni 1961 (GA 56) ein, daß auch von seiten des Beklagten bedeutende Investitionen für das Buch notwendig geworden seien. Hinzu kommt, daß der Beklagte behauptet, über das bei Autoren übliche Maß an der Herstellung des Werkes (Umschlagsentwurf, Klischees, Mitgestaltung bei den Zeichnungen vgl. S. 4 des Schreibens des Beklagten vom 19. Dezember 1961) mitgewirkt zu haben. Schließlich wäre zu prüfen, ob der Inhaber der Klägerin auch ein Verlagsunternehmen besitzt und ob er ähnliche Verlagsobjekte schon herausgebracht hat. Auch wäre zu untersuchen, ob und welche Bedeutung es haben könnte, daß die Klägerin im Verlaufe des Schriftwechsels auch ihre eigene ideelle Zielsetzung betont hat, die sie mit der Herausgabe des Werkes des Beklagten verknüpfe.

Diese besonderen Umstände des Streitfalles hindern das Revisionsgericht, allein daraus, daß die Klägerin die Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes übernommen und sich späterhin erfolglos um eine Regelung des Autorenhonorars auf der Grundlage eines Verlagsvertrages bemüht hat, zu folgern, ein Verlagsvertrag sei trotz mangelnder Einigung über Art und Höhe des Autorenhonorars stillschweigend zustande gekommen. Vielmehr mußte dem Tatrichter aufgegeben werden, den Streitfall erneut unter den dargelegten rechtlichen Gesichtspunkten zu überprüfen.

Sollte der Abschluß eines Verlagsvertrages nicht festgestellt werden können, so wäre zu prüfen, ob zwischen den Parteien stillschweigend eine Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB oder ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis zustande gekommen ist (vgl. RGRK 11. Aufl. vor § 705 BGB Anm. 10 f) und ob für die Verlustverteilung, die allein noch in Frage stehen dürfte, die Rechtsregel des § 722 BGB eingreift, wonach mangels anderweiter Abreden jeder Gesellschafter den Verlust in gleicher Weise zu tragen hat. Dabei wären die Aufwendungen beider Parteien zu berücksichtigen, soweit diese nach dem Gesellschaftszweck als geboten erscheinen. Käme auch dies nicht in Betracht, so wäre zu prüfen, ob die Abwicklung nach den Vorschriften über die Gemeinschaft zu erfolgen hätte (§§ 741 ff BGB).

Nach alledem war das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Krüger-Nieland Pehle Sprenkmann Alff Simon