

S

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 157 D, Gg, 242 Bg

Postkalender

Ob, zu welcher Zeit und unter Einhaltung welcher Kündigungsfrist der Herausgeber eines Kalenders, der die drucktechnische Herstellung, die Verpackung, und den Versand des Kalenders einem Dritten vertraglich auf unbestimmte Zeit überlassen hat, dieses Dauerschuldverhältnis kündigen kann, läßt sich, falls es insoweit an ausdrücklichen Vereinbarungen fehlt, nur unter Berücksichtigung aller wesentlichen Begleitumstände unter Abwägung der Interessenlage der Vertragsparteien nach Treu und Glauben und den Verkehrssitten ermitteln.

BGH, Urt. v. 13. Januar 1959 - I ZR 47/58

OLG Frankfurt (Main)

ZR 47/58

Verkündet

am 13. Januar 1959

Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma K-Verlag GmbH, F./M., gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer Reinhold R.,
F./M., J-str.

Klägerin und Revisionsklägerin.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Deutsche Bundespost, vertreten durch den Bundesmi-
nister für das Post- und Fernmeldewesen, B./H.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1959 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde, Dr. Bock, Dr.
Krüger-Nieland, Dr. Christoph und Dr. Weiß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Frankfurt/Main vom 14. November 1957 aufge-
hoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand :

Der Konkordiaverlag Reinhold R., den der Geschäftsführer der Klägerin damals noch als Einzelkaufmann führte, stellt erstmalig im Jahre 1929 auf Grund einer Vereinbarung mit dem Reichspostministerium, der Vorgängerin der Beklagten, einen Abreißkalender mit Bildern und Texten, den sog. "Reichspostkalender", her. Das der Vereinbarung zugrunde liegende Auftragschreiben vom 28. August 1928 ist durch Kriegseinwirkung verloren gegangen. Sein Inhalt ist von dem Amtsrat a. D. Kurt M., dem damaligen Sachbearbeiter des Reichspostministeriums, nach der Erinnerung in der eidesstattlichen notariellen Erklärung vom 9. Juli 1954 niedergelegt worden. In dieser heißt es u. a.:

" Der Kalender wird inhaltlich hier bearbeitet werden. Er soll erstmalig für das Jahr 1929 erscheinen. Seine drucktechnische Herstellung, Verpackung und Versand werden dem K. Verlag übertragen. Der Verlag hat auch als Herausgeber zu gelten und das jeweilige Erscheinen des Kalenders mit dem Zusatz "mit Unterstützung des Reichspostministeriums" zu versehen. Dem Verlag wird die postseitige Abnahme einer größeren Auflage des Kalenders zu einem vorher vereinbarten Stückpreis zugesichert. Die Höhe dieser Auflage und der Stückpreis werden von Jahr zu Jahr neu festgesetzt. "

Der Kalender erschien in 16 Jahrgängen mit dem Impressum: "Herausgegeben mit Unterstützung des Reichspostministeriums. Verlag: K. Verlag Leipzig". Nach einer durch die Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse bedingten Unterbrechung und nachdem der Verlag in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die jetzige Klägerin umgewandelt war, bemühte sich diese im Jahre 1949 bei der Hauptverwaltung



für das Post- und Fernmeldewesen mit Erfolg um das Wiedererscheinen des Kalenders. Dieser erschien erneut im Jahre 1953 als 17. Jahrgang unter der Bezeichnung "Deutscher Postkalender". Vom folgenden Jahr bis einschließlich 1956 trug er die Bezeichnung "Deutscher Bundespostkalender". Das Impressum wies vom Jahre 1951 ab bei im übrigen unverändertem Wortlaut auf das Bundesministerium für das Post- und Fernmeldewesen hin.

Erstmalig im Jahre 1954 veranstaltete die Beklagte eine Ausschreibung, um auch Angebote anderer Firmen für die Herstellung des Kalenders 1955 einzuholen. Auch die Klägerin beteiligte sich an dieser Ausschreibung. Nach persönlichen Erörterungen und einem Briefwechsel, in welchem die Klägerin unter Vorlage eines Rechtsgutachtens des Rechtsanwalts Runge den Standpunkt vertrat, ihr dürfe das Verlagsobjekt nicht entzogen werden, wurde sie erneut beauftragt. Jedoch wurde entgegen der bisherigen Übung mit ihr ein besonderer Vertrag geschlossen. Das gleiche geschah auch im darauffolgenden Jahr. Bei Rücksendung der unterzeichneten Einzelverträge brachte die Klägerin jeweils in ihren Begleitschreiben zum Ausdruck, sie gehe als selbstverständlich davon aus, daß damit das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Rechtsverhältnis nicht verändert werde.

Mit Schreiben vom 5. Juli 1956 teilte der Bundespostminister der Klägerin mit, daß er trotz Würdigung der von der Klägerin dargelegten Umstände bei seinem Entschlusse bleibe, in Zukunft den im Verlag der Klägerin erschienenen "Deutschen Bundespostkalender" nicht mehr herauszugeben. Um die gleiche Zeit veranstaltete die Beklagte eine Ausschreibung für die Herstellung eines "Bildkalenders 1957 der Deutschen Bundespost", dessen Ausstattung in verschiedener Hinsicht von dem "Bundespostkalender" abweichen sollte, und vergab den Auftrag

an ein anderes Unternehmen.

Die Klägerin erblickt in diesem Verhalten der Beklagten einen Verstoß gegen ihre Rechte als Herausgeberin und Verlegerin. Weiterhin vertritt sie die Auffassung, die Beklagte habe gegen die von ihr übernommenen Vertragspflichten verstoßen. Der Auftrag für die Herausgabe des Kalenders hätte zum mindesten für die Jahre 1957 und 1958 ihr, der Klägerin, erteilt werden müssen. Es habe ein Dauerschuldverhältnis bestanden, das allenfalls nur unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist von der Beklagten hätte einseitig aufgelöst werden können.

Die Klägerin hat beantragt:

1. die Beklagte zur Unterlassung der Vervielfältigung und Verbreitung eines "Deutschen Bundespostkalenders" für 1957, eines "Bildkalenders 1957 der Deutschen Bundespost" oder eines ähnlichen Kalenders zu verurteilen;
2. festzustellen, daß die Beklagte zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, der der Klägerin durch Vervielfältigung und Verbreitung der in Ziff. 1 genannten Kalender entstehe;
3. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, zumindest die Kalender für 1957 und 1958 im Verlag der Klägerin erstellen zu lassen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat in Abrede gestellt, daß sie zu der Klägerin in einem Dauerschuldverhältnis gestanden habe. Ein solches Verhältnis

habe jedenfalls nicht mehr vom Jahre 1954 ab bestanden, als man zum Abschluß von Einzelverträgen übergegangen sei. Selbst wenn man aber eine Kündigung als erforderlich ansehe, so liege diese bereits in der von ihr im Jahre 1954 vorgenommenen Änderung der früheren Handhabung. Im übrigen sei die Kündigung rechtzeitig durch Schreiben des Bundespostministers vom 5. Juli 1956 erneut erklärt worden. Herausgeberin des Kalenders sei sie selber gewesen. Den Vertragsbeziehungen könne auch nicht der Charakter eines Verlagsvertrages beigelegt werden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstantz hat die Klägerin geltend gemacht, ihr sei durch die zur "Unzeit" erfolgte Kündigung ein empfindlicher Schaden entstanden. Sie hat nunmehr lediglich noch beantragt:

die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an die Klägerin als Schadenersatz dafür, daß der Bildkalender der Deutschen Bundespost für die Jahrgänge 1957 und 1958 nicht im Verlag der Klägerin erscheint, einen vom Gericht gemäß § 287 ZPO zu schätzenden Schadensbetrag zu zahlen.

Die Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt. Sie hat eingewendet, die Klägerin habe durch die Forderung unverhältnismäßig hoher Preise das beiderseitige Vertrauensverhältnis gestört und habe damit einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben.

Das Berufungsgericht hat nach persönlicher Anhörung der Geschäftsführer der Klägerin die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre in der Berufungsinanz gestellten Klageansprüche weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe :

- I. 1. Die Parteien streiten, wie die Revision zu Recht betont, lediglich noch darum, ob die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung rechtswirksam ist und ob der Klägerin aus dieser Kündigung Schadenersatzansprüche erwachsen sind. Den im ersten Rechtszug erhobenen Unterlassungsanspruch hat die Klägerin in der Berufungsinanz fallen gelassen. Mithin bedarf es auch keiner Erörterung mehr, wem im Falle einer rechtswirksamen Kündigung das Recht auf Fortführung des Kalenders unter dem bisherigen Titel zustehen würde. Auch kommt hiernach der vom Berufungsgericht im Eingang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils erörterten Frage, ob der Klägerin ein absolutes Ausschließungsrecht nach den Vorschriften des Urheber- oder Verlagsrechts zusteht, eine entscheidungserhebliche Bedeutung nicht mehr zu.
2. Das Berufungsgericht hat einen vertraglichen Anspruch der Klägerin des Inhalts, daß die Beklagte verpflichtet wäre, den Kalender weiter bei ihr erscheinen zu lassen, verneint. Es ist der Auffassung, daß die Vertragsbeziehungen der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 5. Juli 1956, die es unter entsprechender Anwendung des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB als zulässig ansieht, aufgelöst und der Klägerin hieraus Schadenersatzansprüche nicht erwachsen seien. Die Kündigung sei, so führt das Berufungsgericht im einzelnen aus, weder zur Unzeit ausgesprochen, noch sei durch sie schuldhaft ein nach-

weisbarer Schaden verursacht worden, der über die Nachteile hinausginge, die der Klägerin auch bei einer "späteren" Kündigung entstanden wären. Die Klage sei daher in vollem Umfang unbegründet.

II. Den Angriffen, mit denen die Revision dieser Begründung entgegentritt, kann die Berechtigung nicht abgesprochen werden.

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß das Vertragsverhältnis als ein Dauerschuldverhältnis anzusehen ist. Ein solches Schuldverhältnis liegt nicht nur dann vor, wenn die geschuldete Leistung in einem Dauerverhalten besteht, sondern insbesondere auch in den Fällen, in denen eine Partei zu einem zwar vorübergehenden und in sich abgeschlossenen, aber wiederkehrenden Verhalten vertraglich verpflichtet ist (vgl. Palandt, BGB Einl. vor § 241 Anm. 5). Daß diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, hat das Berufungsgericht insbesondere dem rekonstruierten Auftragschreiben des Reichspostministers vom 28. August 1928 entnommen. Es hat darauf hingewiesen, daß es in diesem Schreiben heiße, der Kalender solle "erstmalig" für das Jahr 1929 erscheinen und die Höhe der Auflage solle ebenso wie der Stückpreis "von Jahr zu Jahr" neu festgesetzt werden. Auch sei in diesem Schreiben von dem "jeweiligen" Erscheinen des Kalenders die Rede. Das Berufungsgericht hat darüber hinaus betont, diesem Wortlaut des Schreibens habe auch die tatsächliche Handhabung bei der Herausgabe des Kalenders entsprochen, die bis zum Jahre 1945 unverändert beibehalten worden sei und zunächst auch weder durch die kriegsbedingte Unterbrechung noch etwa dadurch eine Änderung erfahren habe, daß nach dem Kriege an die Stelle des Einzelunternehmers die Klägerin

und an die Stelle der Deutschen Reichspost die Beklagte getreten sei. Wenn das Berufungsgericht aus alledem die Folgerung zieht, die von den Parteien eingegangenen Bindungen seien im Grundsatz auf Dauer ausgerichtet gewesen, so kann dieser Beurteilung aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Die Vertragsgestaltung hat allerdings im Jahre 1954 insoweit eine Änderung erfahren, als in diesem Jahr die Beklagte eine Ausschreibung veranstaltete, um auch Angebote anderer Firmen für die Herstellung des Kalenders 1955 einzuholen, und von diesem Zeitpunkt ab Einzelverträge mit der Klägerin für jede neue Folge des Kalenders abgeschlossen worden sind. Das Berufungsgericht hat es indessen zu Recht abgelehnt, in dieser Änderung eine Beendigung des Dauerschuldverhältnisses zu erblicken. Es hat auf die Bestätigungsschreiben der Klägerin vom 15. September 1954 und 29. August 1955 verwiesen, in denen die Klägerin zum Ausdruck gebracht hat, sie gehe trotz des von der Beklagten gewünschten Abschlusses von Einzelverträgen davon aus, daß das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Vertragsverhältnis hierdurch nicht verändert werde. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagte hätte für den Fall, daß sie den Standpunkt der Klägerin nicht billige, alsbald ausdrücklich widersprechen müssen, und zwar um so mehr, als die Klägerin ihre Rechtsauffassung unter gleichzeitiger Vorlage eines Gutachtens des Rechtsanwalts Ru[REDACTED] schon vor dem Neuabschluß für das Jahr 1955 eingehend dargelegt habe. Dieser Auffassung gegenüber kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf ihr eigenes Schreiben vom 19. Juli 1954 berufen. Im Eingang dieses Schreibens heißt es zwar, daß die Deutsche Bundespost - "allgemein" - nicht verpflichtet sei,

den Bundespostkalender "ohne zeitliche Begrenzung" im Verlag der Klägerin erscheinen zu lassen. Dieser Standpunkt der Beklagten war, wie noch darzulegen ist, nur bedingt richtig. Keinesfalls konnte durch die Erklärung der Beklagten im Grundsatz etwas an dem Wesen der bisher bestehenden Vertragsbeziehungen geändert werden. Eine solche Auffassung wollte ersichtlich auch die Beklagte nicht vertreten. Denn in dem Schreiben bringt sie zum Ausdruck, ihr könne nicht verwehrt werden, die Angemessenheit des Herstellungspreises zu überprüfen, und sie betont ausdrücklich, daß es ihr bei der Einholung von weiteren Angeboten "in erster Linie" darauf ankomme, "die für uns verantwortungswerte Preisangemessenheit festzustellen". Wenn sich die Klägerin unter diesen Umständen mit dem Abschluß von Einzelverträgen einverstanden erklärte und in den Begleitschreiben zu den von ihr unterschriebenen Verträgen darauf hingewiesen hat, sie gehe davon aus, daß der Charakter des bisherigen Vertragsverhältnisses keine Veränderung erfahre, so würde nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts nunmehr der Beklagten die Rechtspflicht obliegen haben, klar erkennen zu geben, daß der Abschluß der Verträge in Wahrheit nicht nur der Überprüfung der Angemessenheit der Preise dienen, sondern darüber hinaus auf diese Weise die gesamten Vertragsbeziehungen auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt werden sollten. Das ist tatsächlich nicht geschehen. Daher kann nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts auch keinesfalls angenommen werden, die Ausschreibung und der Abschluß eines Einzelvertrages seien als Kündigung des bisherigen Dauer-schuldverhältnisses zu würdigen. Gerade der Inhalt der Verträge ergibt, daß die Parteien von den seit vielen Jahren bestehenden Vertragsbeziehungen weiterhin ausgegangen sind und in den Verträgen nur diejenigen Abreden

niedergelegt haben, die für die Herstellung des jeweiligen Kalenders unbedingt erforderlich waren. Nirgends kommt in ihnen zum Ausdruck, daß durch sie die bisherigen Vertragsbeziehungen etwa eine rechtlich irgendwie bedeutsame Abänderung hätten erfahren sollen.

2. Ist hiernach mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß die ursprünglich von den Parteien eingegangenen vertraglichen Bindungen auch in der Folgezeit unverändert von Bestand geblieben sind, so folgt daraus allerdings noch nicht, daß sie von der Beklagten überhaupt nicht oder nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Auflösung hätten gebracht werden können. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, es sei für die Lösung eines Dauerschuldverhältnisses jeweils zu prüfen, ob die bei bestimmten gesetzlich geregelten Dauerschuldverhältnissen vorgesehenen Vorschriften, die eine Kündigung aus wichtigem Grunde gestatteten (z. B. § 626, § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB), eine entsprechende Anwendung in dem zur Entscheidung stehenden Streitfall gestatteten. Darüber hinaus sei eine Vertragsauflösung in angemessenen Grenzen zuzulassen, soweit dies nach der Rechtsnatur des Vertrages und den besonderen Umständen des Einzelfalles geboten sei. Bestehe indessen - wie im vorliegenden Fall - keine genügende Handhabe, die Vertragslücke auf dem Wege der Ergänzung nach § 157 BGB zu schließen, etwa in dem Sinne, daß unter entsprechender Heranziehung der gesetzlichen Regelung verwandter Fälle die Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist als vereinbart zu gelten habe, so werde in der Regel auf die Vorschrift des § 723 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB zurückzugreifen sein, die einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck brächten. Ihre entsprechende Anwendung bedeute, daß das Vertragsverhältnis zwar grundsätzlich jederzeit

gekündigt werden könne, jedoch die Kündigung nicht zur Unzeit geschehen dürfe.

- a) Dieser Begründung kann bereits insoweit nicht beigetreten werden, als das Berufungsgericht der Vorschrift des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken entnimmt, der die jederzeitige Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses gestatten soll. In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine solche Auffassung bisher nicht vertreten worden; insbesondere findet sie auch nicht in den von dem Berufungsgericht zitierten Kommentaren Sörgel § 723 Anm. 6 BGB und Achilles/Greifff 20. Aufl. § 723 Anm. 1 BGB eine Bestätigung. In den angeführten Kommentarstellen ist im Anschluß an die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung stets nur ausgesprochen, daß eine Kündigungsmöglichkeit aus wichtigem Grunde in entsprechender Anwendung des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer gegeben sei, insbesondere wenn diese ein persönliches Zusammenarbeiten und gütliches Einvernehmen fordern. Soweit die Kommentare nicht besonders darauf hinweisen, daß nur eine solche Kündigung gemeint ist, ergeben es die jeweils zur Begründung zitierten Entscheidungen. Auch der Bundesgerichtshof hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grunde gekündigt werden können, wenn eine enge Verknüpfung der Interessen der Beteiligten gegeben oder eine persönliche Zusammenarbeit in gegenseitigem Vertrauen notwendig seien, und darüber hinaus auch dann, wenn die Durchführung des Vertrages durch irgendein Ereignis erheblich gefährdet und deshalb dem Kündigenden nicht mehr zumutbar sei

(vgl. z. B. LM BGB § 242 [B a] Nr. 2). Es ist indessen niemals der Standpunkt eingenommen worden, auch im § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB sei ein allgemeiner Rechtsge-
danke zum Ausdruck gekommen, der auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes eine jederzeitige Kündigung von Dauerschuldverhältnissen zuließe, die bei Vermeidung von Schadenersatzansprüchen nur nicht "zur Unzeit" erfolgen dürfe. Eine solche Auffassung wäre tatsächlich auch nicht vertretbar. Wenn nach der zitierten Bestimmung eine nicht für eine bestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft jederzeit gekündigt werden kann, so bieten die übrigen Vorschriften des Gesellschaftsrechts, soweit sie insbesondere die nachfolgende Liquidation der Gesellschaft betreffen, der gekündigten Partei einen hinreichenden Schutz gegen Nachteile und Schäden, die aus einer solchen Kündigung der betroffenen Partei erwachsen können. Die Sicherungen, die ein Gesellschafter nach dem Gesetz genießt, stehen indessen den Parteien eines Dauerschuldverhältnisses - infolge des Fehlens eines Gesellschaftsvermögens - in der Regel nicht zur Seite. Die nur im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse der Gesellschaft getroffene gesetzliche Bestimmung des § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB kann daher auch nicht ohne weiteres im Sinne der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung weiternd ausgelegt werden.

- b) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Beklagte sich für ihre Kündigung auf einen wichtigen Grund nicht berufen könne. Es hat dargelegt, die Beklagte könne mit ihrer Behauptung, das Preisgebaren der Klägerin sei zu beanstanden und eine hierauf bezügliche Denunziation eines der Söhne des Geschäftsführers Reinhold R. [REDACTED]

habe das Vertrauensverhältnis zerstört, schon deswegen nicht gehört werden, weil sie aus dem ihr 1955 bekannt gewordenen Sachverhalt zu gegebener Zeit keine Folgerungen gezogen, vielmehr zu einem späteren Zeitpunkt noch den neuen Vertrag für das Jahr 1956 mit der Klägerin abgeschlossen habe. Nach dieser rechtlich nicht angreifbaren Auffassung des Berufungsgerichts scheidet die Möglichkeit der Annahme aus, daß der Beklagten für die Kündigung ein wichtiger Grund zur Seite gestanden habe. Ist andererseits ein jederzeitiges Kündigungsrecht, wie erörtert, aus § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht herzuleiten, so bleibt zu prüfen, ob gleichwohl das bestehende Vertragsverhältnis von der Beklagten zur Auflösung gebracht werden und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen die Beendigung der Vertragsbeziehungen erfolgen konnte.

- III. 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, daß eine Vertragsauflösung zugelassen werden müsse, soweit der Charakter des Vertrages es gestatte und eine Auflösungsmöglichkeit nach den besonderen Umständen des Einzelfalles geboten erscheine. Dem Berufungsgericht ist auch in seiner Auffassung zuzustimmen, daß - falls es an Parteiabreden über die Auflösung des Dauerschuldverhältnisses fehle - diese Vertragslücke auf dem Wege einer ergänzenden Auslegung geschlossen werden müsse. Demgegenüber kann von der Revision nicht mit Erfolg eingewendet werden, Dauerschuldverhältnisse könnten mangels ausdrücklicher Abreden über ihre Beendigung, wenn überhaupt, jedenfalls nur aus wichtigem Grunde zur Auflösung gebracht werden. Da es den Parteien freisteht, ihre Rechtsbeziehungen so zu gestalten, wie es ihrem Willen entspricht, muß auch für Dauerschuldverhältnisse und ihre Abwicklung jeweils geprüft

werden, in welcher Weise die Parteien ihre Beziehungen geregelt wissen wollten. Das gilt für die Durchführung des Vertrages in allen Einzelheiten, mithin auch für seine Auflösung.

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, daß die Parteien eine eindeutige Abrede über die Beendigung ihrer Vertragsbeziehungen nicht getroffen haben. Es besteht daher eine Lücke in den rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, die nur im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden kann. Da die Auslegung eines Vertrages gemäß § 157 BGB so zu erfolgen hat, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, hat das Gericht bei Bestehen einer Vertragslücke zu ermitteln, welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den von ihnen mit dem Vertrag verfolgten Zweck und zugleich unter Beachtung von Treu und Glauben getroffen haben würden, wenn sie bei Vertragsabschluß bemerkt hätten, daß ein wesentlicher Punkt bei ihren Abreden offengeblieben war (BGB-RGRK § 157 Anm. 1; BGHZ 9, 273, 278; 16, 71, 76). Die Auslegung muß unter Berücksichtigung aller wesentlichen Begleitumstände, insbesondere auch der Interessenlage, der Lebenserfahrung sowie der Verkehrssitte erfolgen (LM BGB § 133 A Nr. 5).

Die in diesem Rahmen zulässige und im Streitfall notwendige ergänzende Vertragsauslegung kann durch das Revisionsgericht selbständig und frei erfolgen (LM BGB § 133 A Nr. 2; BGHZ 23, 71, 81). Indessen ergibt sich aus den nachfolgenden Erörterungen, daß der Sachverhalt bisher in tatsächlicher Beziehung nicht ausreichend aufgeklärt ist, um eine abschließende rechtliche Beurteilung zu gestatten, unter welchen Voraussetzungen eine Kündigung erfolgen konnte, insbesondere welche Fristen von der Beklagten gegebenenfalls hätten gewahrt werden müssen, um

das Vertragsverhältnis rechtsgültig zu beenden.

3. Das Berufungsgericht hat den Standpunkt vertreten, daß es sich bei dem Verträge um ein gemischtes Vertragsverhältnis handle, das Merkmale verschiedener Vertragstypen in sich vereine. Es legt den Vertrag dahin aus, daß in ihm u.a. Elemente des Werklieferungsvertrages (§ 651 BGB), des Geschäftsbesorgungsvertrages (§ 675 BGB) sowie gewisse Merkmale des Verlagsvertrages enthalten seien, obwohl es für den letzteren Vertragstyp die Verpflichtung der Klägerin zur Verbreitung des Sammelwerks vermißt und weiterhin darauf verweist, daß das wirtschaftliche Risiko nahezu völlig bei der Beklagten liege. Elemente solcher Verträge, für die das Gesetz in der Regel eine befristete Kündigung vorsehe (Dienstverträge, Miet- oder Pachtverträge usw.), seien nicht zu erkennen. Entscheidend wird nach Auffassung des Berufungsgerichts das Vertragsverhältnis durch die Verpflichtung der Klägerin gekennzeichnet den Kalender nach den Weisungen der Beklagten unter Verwendung der von dieser gelieferten Beiträge herzustellen. Das Berufungsgericht verweist hierfür auf den Runderlaß des Reichspostministers vom 16. April 1936 (Az: VI 7541 - 2 - Wirp) sowie auf den Inhalt des überreichen Einzelvertrages für das Jahr 1956, wo es u.a. in § 3 heißt, daß die Deutsche Bundespost das gesamte Bild- und Textmaterial liefere, die Bilder, Texte und Daten festlege und ihr Referent für die künstlerische Formgebung jedes einzelne Blatt auf Anordnung und Bildwirkung überprüfe. Dieser Vertragstext steht in Übereinstimmung mit dem rekonstruierten Auftragsschreiben aus dem Jahre 1928, nach dem die drucktechnische Herstellung, Verpackung und Versand der Klägerin übertragen sind, während die inhaltliche Bearbeitung von der Beklagten erfolgen soll. Wenn nun auch das Berufungsgericht hiernach die Elemente eines Werkvertrages als überwiegend ansieht, glaubt es gleichwohl

daraus keine sicheren Folgerungen ziehen zu können, welche Regelung die Parteien getroffen haben würden, wenn sie sich der Vertragslücke hinsichtlich der fehlenden Kündigungsfrist bewußt gewesen wären.

- a) Diese Ausführungen werden von der Revision in erster Linie mit der Begründung beanstandet, das Berufungsgericht habe verkannt, daß sich die Rechtsbeziehungen der Parteien entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in Wahrheit als echter Verlagsvertrag darstellten, der nur bei Vorliegen der in dem Verlagsgesetz vorgesehenen Voraussetzungen, nämlich bei Eingreifen der Vorschriften der §§ 17, 32, 35 VerlG, habe aufgehoben werden können. Da das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, daß irgendeiner dieser Aufhebungsgründe im Streitfalle gegeben sei, und auch die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grunde nicht erfüllt seien, habe das Vertragsverhältnis durch die Erklärung der Beklagten vom 5. Juli 1956 überhaupt nicht aufgelöst werden können. Dieser Auffassung der Revision kann nicht gefolgt werden.

Die zwischen den Parteien bestehenden Vertragsbeziehungen enthalten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Verpflichtung der Klägerin zur Verbreitung des Sammelwerks, die das Hauptmerkmal eines Verlagsvertrages darstellt (§ 14 VerlG), noch trifft sie ein ins Gewicht fallendes wirtschaftliches Risiko, dessen Vorhandensein auf seiten des Verlegers ebenfalls Voraussetzung dafür ist, daß ein Verlagsgeschäft auf eigene Rechnung des Verlegers angenommen werden kann (Bappert/Maunz, Verlagsrecht § 1 Anm. 38; Runge, Urheber- und Verlagsrecht § 40 V).

Zwar hatte die Klägerin die Verpflichtung übernommen, die Beklagte auftragsgemäß zu beliefern. Es lag auch im Ermessen der Klägerin, so viele Exemplare für einen

freien Verkauf zu drucken, wie sie glaubte, absetzen zu können. In § 11 des Vertrages für das Jahr 1956 ist demgemäß bestimmt, daß die Klägerin berechtigt sei, den Kalender freihändig zu verkaufen, und daß seine möglichst weite Verbreitung erwünscht sei. Hieraus folgt indessen, wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei angenommen hat, noch keine verlagsrechtliche Verbreitungspflicht der Klägerin. Die Annahme der Revision, daß sich die Beklagte in dem Vertrag für das Kalenderjahr 1956, in dem, wie sie zugibt, nur von der Berechtigung der Klägerin zum freihändigen Verkauf des Kalenders die Rede sei, "ganz offensichtlich" bemüht habe, die Rechtslage zu ihren Gunsten zu verschieben, und daher die ursprüngliche Abmachung eine entsprechende Verpflichtung dargestellt haben müsse, findet in dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Von einem Prozeßverstoß des Berufungsgerichts, das nach Ansicht der Revision den erörterten Gedankengang zu Unrecht nicht berücksichtigt habe (§ 286 ZPO), kann daher unter den gegebenen Umständen keine Rede sein. Das Vorliegen eines Verlagsvertrages kann auch nicht mit dem Hinweis auf das Impressum begründet werden, in dem es bei 16 Jahrgängen geheißen hatte: "Herausgegeben mit Unterstützung des Reichspostministeriums. Verlag: K [REDACTED] Verlag Leipzig." Entscheidend für die Eigenschaft eines Verlegers können nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts stets nur die tatsächlich gegebenen Verhältnisse sein. Ob die Klägerin Verlegerin für das Kalenderwerk gewesen ist, richtet sich in erster Linie nach der von ihr im Rahmen des Vertrages ausgeübten Tätigkeit und den gegenüber der Beklagten tatsächlich übernommenen Vertragspflichten, nicht aber danach, welche Bezeichnung für sie der Außenwelt gegenüber gewählt worden ist. Daß dem Wortlaut des Impressums im Streitfall keine Bedeutung beigemessen werden kann, folgt im übrigen auch daraus, daß der Klägerin, wie die Revision nicht mehr

bestreitet, entgegen dem Wortlaut des Impressums die Tätigkeit einer Herausgeberin in Wahrheit nicht obgelegen hat, sondern daß diese allein von der Beklagten geleistet worden ist. Über die Stellung der Parteien im Innenverhältnis zueinander kann aus dem Impressum mithin allein nichts entnommen werden.

Das Geschäft ist auch nicht ganz oder nur zu einem überwiegenden Teil auf Rechnung und Gefahr der Klägerin gegangen. Aus der Tatsache, daß die Beklagte sich zur Festabnahme von ca. 40 000, später ca. 50 000 Exemplaren verpflichtet hat, während die Klägerin nach anfänglich höheren Umsätzen jedenfalls in der letzten Zeit nur 500 Exemplare frei verkauft hat, folgt, daß ihr ein ins Gewicht fallendes Risiko in Wahrheit nicht aufgebürdet worden ist. Zwar sind bei jeder Herstellung von Schriftwerken auch Fehler und Verluste möglich. In diesem Umfang lag allerdings auch der Klägerin ein Risiko ob. Indessen hatte sie diese Gefahr wie jeder Werkunternehmer, der sich vertraglich zur Übernahme derartiger Arbeiten verpflichtet hat, bis zur Abnahme oder Vollendung des Werkes (§§ 640, 649 BGB) zu tragen. Das wirtschaftliche Risiko eines Verlegers läßt sich hiermit nicht in Vergleich setzen.

- b) Soweit das Berufungsgericht den Standpunkt vertreten hat, aus der Rechtsnatur der verschiedenen Vertragstypen, aus denen sich das Vertragsverhältnis zusammensetze, könnten noch keine sicheren Anhaltspunkte gewonnen werden, in welcher Weise die Parteien die Beendigung des Vertragsverhältnisses geregelt haben würden, bestehen gegen seine Auffassung keine rechtlichen Bedenken. Denn wenngleich das Berufungsgericht, wie erörtert, den Vertrag dahin auslegt, daß die Merkmale des Werkvertrages in ihm inhaltlich überwiegen, wäre es bereits im Hinblick auf

die auf Dauer ausgerichteten Bindungen der Parteien nicht angängig, ohne weiteres die gesetzlichen Vorschriften über den Werkvertrag, die nicht von einem Dauerschuldverhältnis ausgehen, auch für die Lösung eines solchen Vertragsverhältnisses zur Anwendung zu bringen.

Das Berufungsgericht durfte sich andererseits aber nicht darauf beschränken, nur die im Gesetz für die hier in Betracht kommenden Vertragstypen vorgesehenen Bestimmungen auf eine Lösungsmöglichkeit des Vertrages zu prüfen. Unter welchen Voraussetzungen die Vertragsbeziehungen gekündigt werden konnten und welche Fristen bei einer solchen Auflösung von der Beklagten gegebenenfalls einzuhalten waren, läßt sich, wie erörtert, infolge des Fehlens bestimmter Parteiabreden nur unter Würdigung der gesamten Umstände des Falles und in gerechter Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen ermitteln. Hierbei kommt es nicht entscheidend darauf an, wie die einzelnen Vertragspflichten rechtlich einzuordnen sind. Wesentlich ist vielmehr die tatsächliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses und die Erforschung, welche Pflichten sich für die Parteien jeweils aus etwaigen Interessengegensätzen oder auch aus einem beiderseitigen Zusammenwirken nach Treu und Glauben im Hinblick auf die Verkehrssitte ergeben.

Insoweit bestehen, wie auch das Berufungsgericht ersichtlich hat annehmen wollen, keine rechtlichen Bedenken gegen die Annahme, daß im Grundsatz eine Kündigung der Vertragsbeziehungen möglich war. Die ordentliche Kündigung ist die natürliche Kündigungsart des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dauervertrags und stellt das Gegengewicht gegen dessen fortwirkende Verpflichtungskraft dar (Nehm., Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht 1933, 117).

Im Hinblick auf den vom Berufungsgericht festgestellten Charakter des Vertrages würde es jeder Lebenserfahrung widersprechen anzunehmen, daß sich die Beklagte etwa hätte verpflichten wollen, die Aufträge für die Herstellung und die Auslieferung des Kalenders - ungeachtet der von der Klägerin übernommenen Nebenverpflichtungen - für eine unbegrenzte Zeit und ohne die Möglichkeit einer Kündigung an die Klägerin zu vergeben. Ebensowenig könnte angenommen werden, daß sich die Klägerin ihrerseits in Anbetracht der bei Vertragsabschluß jedenfalls noch völlig ungewissen Abwicklung der Beziehungen zu einer so weitgehenden, jeder Verkehrsübung widersprechenden Verpflichtung unterworfen haben würde. In den Tatsacheninstanzen hat auch die Klägerin diesen Standpunkt eingenommen. Jedenfalls hat sie noch in der Berufungsbegründung (S. 11) vortragen lassen, auch sie sei der Ansicht, daß eine Kündigung des Dauer-schuldverhältnisses möglich sei. Eine entgegenstehende Behauptung sei von ihr niemals aufgestellt worden.

- c) Der Senat trägt keine Bedenken, den Vertrag von sich aus dahin auszulegen, daß er zwar, wie erörtert, grundsätzlich der Kündigung unterlag, jedoch für die Kündigung eine angemessene Frist gewahrt werden mußte. Ebenso wie die Annahme, daß eine unkündbare Bindung der Parteien gewollt gewesen sei, jeder Erfahrung widersprechen würde, kann auch nicht angenommen werden, die Beklagte habe ungeachtet der von ihr auf Dauer übernommenen Verpflichtungen berechtigt sein sollen, jederzeit fristlos diese Beziehungen wieder zur Auflösung zu bringen. Welche Frist indessen von der Beklagten hätte gewahrt und welcher Kündigungs-termin hätte eingehalten werden müssen, vermag der Senat nicht von sich aus zu bestimmen. Diese Prüfung wird vielmehr vom Berufungsgericht als der hierfür zuständigen

Tatsacheninstanz nachzuholen sein.

Die Erwägungen, die das Berufungsgericht unter dem - rechtsfehl samen - Blickpunkt vorgenommen hat, ob die Kündigung "zur Unzeit" erfolgt ist, trifft nicht den Kern der Streitfrage. Das Berufungsgericht beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Beklagte schuldhaft einen so ungünstigen Zeitpunkt für die Kündigung gewählt habe, daß dadurch die berechtigten Interessen der Klägerin in unangemessener Weise berührt würden. Wenn es bei dieser Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, daß der Klägerin durch die Kündigung kein nachweisbarer Schaden entstanden sei, der über die Nachteile hinausginge, die ihr auch bei einer "späteren" Kündigung durch den Wegfall des Verlagsobjektes entstanden wären, so besagen diese Erörterungen noch nichts zu der für den Streitfall entscheidungserheblichen Frage, ob der Klägerin etwa dadurch ein Schaden entstanden ist, daß die Beklagte durch die Kündigung im Juli 1956 der Klägerin die Herstellung des Kalenders für die im Klageantrag bezeichneten Jahre 1957 und 1958 deswegen ungerechtfertigterweise entzogen hat, weil sie für diese Kündigung keine angemessene Frist eingehalten hat. Bei der Kündigung zur "Unzeit", wie sie in § 723 Abs. 2 BGB geregelt ist, liegen an sich die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Kündigung vor. Der Kündigende darf nur von seinem formalen Recht in diesem Zeitpunkt keinen Gebrauch machen, weil hierdurch der Gesellschaft Nachteile entstehen, die bei einer Kündigung auf einen anderen Zeitpunkt nicht vorliegen (Staudinger, BGB 10. Aufl. § 723 Anm. 21 b). Durfte die Beklagte hingegen nur unter Einhaltung einer bestimmten Frist kündigen und hat sie diese Frist nicht innegehalten, so wäre eine Vertragsauflösung insoweit überhaupt nicht eingetreten und die Klägerin könnte daher den ihr durch den vorzeitigen Entzug des Kalenders eingetretenen Schaden fordern, ohne noch

den Nachweis der "Unzeit" erbringen zu müssen.

4. Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht - gegebenenfalls unter Heranziehung eines gerichtlichen Sachverständigen - in erster Linie zu ermitteln haben, welche Frist bei einer Vertragsgestaltung, wie sie im Streitfall nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gewählt ist, nach den Gesamtumständen verkehrsüblich erscheint. Insoweit wird es nicht allein entscheidend darauf ankommen können, welche Frist die Parteien etwa im Jahre 1928 gewählt haben würden, wenn sie sich der Vertragslücke bewußt gewesen wären, vielmehr werden maßgeblich auch die Verhältnisse im Zeitpunkt der Kündigung, d.h. im Juli 1956 heranzuziehen sein. Die Voraussetzungen, die vor ca. 30 Jahren gegolten haben mögen, haben sich mit dem inzwischen erfolgten Wechsel der früheren Parteien, insbesondere aber mit der weiteren Entwicklung der Vertragsbeziehungen, ihrer Unterbrechung in den Jahren 1944 bis 1949, ihrer Neuanknüpfung im Jahre 1950 und ihrer weiteren Gestaltung vom Jahre 1954 ab gewandelt. Wenn auch nicht anerkannt werden kann, daß sich dieser Wandel auf die Natur des Vertrages als eines auf Dauer ausgerichteten Schuldverhältnisses ausgewirkt hat, so erfordern doch andererseits die Gebote von Treu und Glauben, die Angemessenheit der Kündigungsfrist unter Berücksichtigung dieser veränderten Verhältnisse zu beurteilen, die nach einem so langen Zeitablauf nicht ohne Einfluß auf die Voraussetzungen für eine Kündigung geblieben sein können. Wäre daher selbst davon auszugehen, daß die Parteien im Jahre 1928 eine Kündigungsfrist von einer ganz bestimmten zeitlichen Dauer vereinbart haben würden, so bliebe gleichwohl zu prüfen, ob diese Frist noch im Hinblick auf die Verhältnisse des Jahres 1956 den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gerecht wird.

Für die Ermittlung einer angemessenen Kündigungsfrist kann von Bedeutung sein, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Idee und die Initiative für die Schaffung des Reichspostkalenders von dem damaligen Geschäftsführer der Klägerin ausgegangen ist und dieser jedenfalls bei der Gestaltung der ersten Jahrgänge des Kalenders auch durch eigene geistige Leistung wesentlich beigetragen hatte. Vor allem wird es aber einer Prüfung bedürfen, in welchem Umfange die Klägerin ganz allgemein in ihrer wirtschaftlichen Stellung durch den Entzug des Kalenderunternehmens betroffen worden ist und welche Bedeutung die Herstellung und der Vertrieb des Kalenders im Rahmen des Gesamtunternehmens der Klägerin im Laufe der Jahre gewonnen hatte. Jedenfalls hängt die von der Beklagten einzuhaltende Kündigungsfrist, die die Revision auf mindestens ein bis zwei Jahre bemessen will, unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben weitgehend von der Einstellung des ganzen Geschäftsbetriebes auf den regelmäßig jährlich erscheinenden Postkalender und den dadurch bedingten Zuschnitt des Betriebes ab. In diesem Rahmen könnte auch die Laufzeit des von der Klägerin abgeschlossene Mietvertrages, den das Berufungsgericht bereits im Hinblick auf die von ihm behandelte Frage einer "unzeitigen" Kündigung erörtert hat, eine Rolle spielen. Ebenso wird die jeweilige Beifügung eines Bestellscheins für den Kalender des folgenden Jahres, wie sie auch noch im Jahre 1955 stattgefunden hat, nicht ganz unbeachtet bleiben dürfen. Andererseits wird aber auch zu berücksichtigen sein, daß die Klägerin nicht die Rechtsstellung einer Verlegerin oder Herausgeberin eingenommen hat, sondern vorwiegend als Unternehmerin auf Grund der Bestellungen der Beklagten im Rahmen eines Werkvertrages tätig geworden ist. Insoweit

wird auch nicht außer acht zu lassen sein, daß die Auftragserteilung an die Klägerin jeweils von Jahr zu Jahr erfolgt ist, und zwar auch bereits zu der Zeit, als ein Abschluß von Einzelverträgen noch nicht stattgefunden hat. Gegebenenfalls wird auch zu erörtern sein, wann die Kündigung spätestens hätte ausgesprochen werden müssen, um die Beklagte von Verpflichtungen gegenüber der Klägerin für die folgenden Kalenderjahre freizustellen.

Würde sich herausstellen, daß die Kündigung vom 5. Juli 1956 verspätet war und die Vertragsbeziehungen jedenfalls nicht mehr für das Kalenderwerk des Jahres 1957 zur Auflösung bringen konnte, so wird das Berufungsgericht weiterhin zu prüfen haben, ob die Kündigung zu dem nächstzulässigen Termin, der vom Berufungsgericht noch festzustellen wäre, wirksam geworden ist. Erst nach Klärung aller dieser Fragen läßt sich beurteilen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Klägerin ein Schadensersatzanspruch zusteht.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und der Rechtsstreit zur Nachholung der fehlenden Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

BR Prof.-Dr. Wilde ist
wegen Erkrankung an
der Unterschriftslei-
stung verhindert

Bock

Krüger-Nieland

Bock

Christoph

Weiß