

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 339

- a) Eine Vertragsstrafe, die im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses für den Fall der Nichterfüllung einer Teilleistung vereinbart worden ist, kann nicht mehr verwirkt werden, wenn der Vertrag vor dem Fälligkeitstage der betreffenden Teilleistung aufgelöst worden ist. Dieses gilt - vorbehaltlich anderweiter Parteivereinbarung - selbst dann, wenn die Vertragsauflösung durch endgültige Leistungsweigerung des Schuldners mit anschließender fristloser Kündigung des Gläubigers herbeigeführt worden ist.
- b) Ein etwaiger Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Herbeiführung der vorzeitigen Vertragsauflösung bleibt unberührt. Jedoch umfaßt dieser Schadensersatzanspruch nicht den Anspruch auf Leistung einer bislang noch nicht verwirkten Vertragsstrafe.

BGH, Urt. v. 18. Mai 1962 - I ZR 91/60

OLG Karlsruhe

15
I ZR 91/60

Verkündet
am 18. Mai 1962

Grünau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Werbeberaters Emil H o [REDACTED], Ra [REDACTED] [REDACTED],
Kreis Ha [REDACTED],

Beklagten, als Revisionsklägers und
AnschlußRevisionsbeklagt
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die BÄ [REDACTED]- und Ku [REDACTED], B [REDACTED]-B [REDACTED], Anstalt des
öffentlichen Rechts, vertreten durch den Vorstand Ober-
bürgermeister Dr. Sch [REDACTED],

Klägerin als Revisionsbeklagte und
AnschlußRevisionsklägerin
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Mai 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der
Bundesrichter Pehle, Dr. Spengler, Ebel und Claßen

für Recht erkannt:

Die AnschlußRevision der Klägerin wird zurück-
gewiesen.

Auf die Revision des Beklagten werden die Urteile
des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 5. Zivilsenat
in Freiburg - vom 20. Mai 1960 und der I. Zivil-
kammer des Landgerichts Baden-Baden vom 7. Novem-
ber 1958 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen, soweit sie einen Betrag
von 10.000,-- DM nebst Zinsen übersteigt.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin überließ dem Beklagten durch Vertrag vom 19. Januar 1954 (I 5) die "Verwertung der Verlagsrechte" an der von ihr seit längerem in unregelmäßigen Abständen herausgegebenen Zeitschrift "Baden-Baden". Sinn des Vertrages war, daß der Beklagte die Zeitschrift auf eigene Rechnung herstellen und sich seinerseits aus den Einkünften, insbesondere des Anzeigengeschäfts, bezahlt machen sollte. Aufgrund dieses vorerst für die Dauer eines Jahres geschlossenen Vertrages verpflichtete sich der Beklagte, im Jahre 1954 3 Hefte herauszubringen, nämlich am 10. April, 1. August und 1. Dezember 1954. Für jedes dieser Hefte war ein unterschiedlicher Umfang vorgeschrieben und eine Höchstgrenze hinsichtlich der zugelassenen Herstellungskosten festgelegt. Der Beklagte hatte der Klägerin 10 000 Exemplare von jedem Heft kostenlos zur Verfügung zu stellen. Auch war er zur Mitarbeit an der redaktionellen und grafischen Gestaltung verpflichtet, während sich die Klägerin, als Herausgeberin der Zeitschrift, die Entscheidung in allen die Schriftleitung und Gestaltung der Zeitschrift angehenden Fragen vorbehielt.

Im Jahre 1954 erschienen nur die Hefte 1 und 2, nicht jedoch Heft 3. Der Beklagte hatte nämlich aufgrund von Unstimmigkeiten den Vertrag durch Schreiben vom 17. August 1954 "wegen schuldhaften Verstoßes gegen die Vertragsbestimmungen durch Herrn Ba [REDACTED]" - den damaligen Werbeleiter der Klägerin - gekündigt. Die Klägerin wies diese Kündigung durch Schreiben vom 14. September 1954 als ungerechtfertigt zurück und sprach ihrerseits die fristlose Kündigung des Vertrages aus, "weil Sie die Zusammenarbeit mit uns schuldhaft gefährdet haben".



Beide Parteien beriefen sich in ihren Kündigungsschreiben, in denen die Kündigungsgründe näher aufgeführt sind, auf § 10 des Vertrages, der folgenden Wortlaut hat:

"§ 10

Für den Fall, daß eine der Parteien schuldhaft gegen die Bestimmungen dieses Vertrages verstößt oder die Zusammenarbeit mit der anderen Partei schuldhaft gefährdet, ist diese zur sofortigen Kündigung dieses Vertrages berechtigt. Sie kann in diesem Fall ferner von dem vertragsbrüchigen Vertragsteil Schadensersatz verlangen.

Bei Nichterscheinen eines Heftes der Zeitschrift verpflichtet sich Ho[REDACTED], an die BKV Schadensersatz in Höhe von 10.000,-- DM je Heft zu leisten. Dieser Anspruch ist lediglich dann ausgeschlossen, wenn das Nichterscheinen auf einen von Ho[REDACTED] nicht zu vertretenden Umstand ursächlich zurückzuführen ist ..."

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Vertragsstrafe wegen Nichterscheinen von Heft 3/1954 sowie den noch offenstehenden Teil der von ihr verauslagten Herstellungskosten des Heftes 1/1954 geltend gemacht.

Der Beklagte hat den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und seinen Klagabweisungsantrag fernerhin damit begründet, daß seine eigene Kündigung aus wichtigem Grunde durchgreife. Gegen die restlichen Herstellungskosten hat der Beklagte mit eigenen Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 7. November 1958 in voller Höhe von 13.740,90 DM nebst Zinsen stattgegeben.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das Landgerichtsurteil dahin abgeändert, daß der Beklagte nur noch zur Zahlung von 10.740,90 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist, während die Klage im übrigen abgewiesen wurde. Das Oberlandesgericht hat es in Übereinstimmung mit dem Landgericht verneint, daß der Vertrag vom 19. Januar 1954 vom Beklagten durch Anfechtung oder Kündigung zu Fall gebracht worden sei. Hingegen hat es dem Beklagten zwei aufrechenbare Gegenforderungen von zusammen 3.000,--DM zugebilligt und die Klagforderung deshalb um diesen Betrag vermindert.

Gegen dieses Urteil des Oberlandesgerichts hat der Beklagte Revision eingelegt, mit der er seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiterverfolgt.

Die Klägerin hat Zurückweisung der Revision beantragt und ferner Anschlußrevision eingelegt mit dem Antrag, der Klage unter Aufhebung des angefochtenen Urteils in Höhe von weiteren 2.000,-- DM stattzugeben.

Der Beklagte hat Zurückweisung der Anschlußrevision beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Revision des Beklagten:

1. Anfechtung:

Da die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche die Rechtsbeständigkeit des am 19. Januar 1954 zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages voraussetzen, hat das Berufungsgericht folgerichtig zunächst untersucht, ob dieser Vertrag

infolge Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig geworden ist.

Offenbar erblickt das Berufungsgericht (BU S. 6 unten) die Anfechtungserklärung des Beklagten noch nicht in seinem Kündigungsschreiben vom 17. August 1954 (S. 2, Abs. 5), sondern erst in seinem Schriftsatz vom 4./5. Februar 1955 (S. 4). Diese Frage ist jedoch für die Entscheidung unerheblich, weil die Anfechtung selbst im letzteren Fallo, wie von der Klägerin nie geleugnet worden ist, noch innerhalb der Anfechtungsfrist des § 124 BGB erfolgt wäre.

Keinen Rechtsfehler läßt auch der weitere Ausgangspunkt des Berufungsurteils erkennen, wonach die Klägerin im Hinblick auf das zu begründende Vertrauensverhältnis an sich verpflichtet gewesen wäre, dem Beklagten vor dem Abschluß des Vertrages alle Umstände zu offenbaren, die für seine Entschließung von entscheidender Bedeutung sein mußten. Nach feststehender Rechtsprechung (vgl. BGH LM Nr. 18 zu § 123 BGB) kann durch das bloße Verschweigen solcher wahren Tatsachen, hinsichtlich derer eine Offenbarungspflicht gegeben ist, eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 BGB begangen werden. Indes erstreckt sich diese Offenbarungspflicht nicht auf Umstände und Verhältnisse, die mit den Rechtsbeziehungen der Parteien in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen (vgl. BGH LM Nr. 8 zu § 123 BGB).

Das Berufungsgericht gelangt in Anwendung dieser Rechtsgrundsätze zu der Würdigung, daß die Klägerin ihre Aufklärungspflicht in keinem der vom Beklagten bezeichneten Punkte arglistig verletzt habe. Denn in zwei Punkten hätte die Kenntnis der fraglichen Umstände die Entschließung des Beklagten nicht wesentlich beeinflussen können; dies gilt

laut Berufungsurteil (BU S. 8 - 11) für das alleinige Zeitschriften-Vertriebsrecht der Firma V [REDACTED] im geschlossenen Kurgelände und für gewisse Werbezuschüsse. In zwei weiteren Punkten hält es das Berufungsgericht für erwiesen, daß der Beklagte vor Vertragsschluß unterrichtet worden sei; dies gilt für das Vorhandensein sog. "Austauschinscrates" im Heft 3/1953 (BU S. 12/13) und für das Nichterscheinen des Heftes Nr. 4/1953 (BU S. 14).

Hinsichtlich all dieser Einzelpunkte erhebt die Revision Verfahrensrügen aus § 286 ZPO.

a) Alleinvertriebsrecht der Firma V [REDACTED]:

Laut Feststellung des Berufungsgerichts hat die Klägerin den Beklagten vor Abschluß des Vertrages vom 19. Januar 1954 nicht davon unterrichtet, daß seit Jahrzehnten zwischen ihr und dem Zeitschriftenvertrieb V [REDACTED] eine Abmachung besteht, wonach Vorbach im eingezäunten Kurgebiet (einschließlich Kurhaus und Restaurationsräumen) das alleinige Verkaufsrecht für Zeitungen und Zeitschriften zusteht.

Dieses Alleinvertriebsrecht Vorbachs ist jedoch nach der Auffassung des Berufungsgerichts für die Zwecke des Vertrages vom 19. Januar 1954 nicht von wesentlicher Bedeutung gewesen; denn von V [REDACTED] sei die Zeitschrift "Baden-Baden" - neben anderen Zeitschriften - geführt worden und hätte dem Beklagten auch Einkünfte gebracht; einer Intensivierung des Verkaufs seien aber im engeren Kurgelände naturgemäß erhebliche Schranken gesetzt gewesen. Zudem habe das Vertragsinteresse des Beklagten überwiegend in der Erzielung von Einkünften aus der Anzeigenwerbung gelegen, während einem Verkauf von Heften - neben deren unentgeltlichen

Verteilung durch die Klägerin - nur eine untergeordnete Bedeutung zugekommen sei (BU S. 9/10).

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe insoweit eine Offenbarungspflicht der Klägerin zu Unrecht vernimmt, weil es das erhebliche finanzielle Risiko verkannt habe, das der Beklagte mit dem Vertrage erkennbar eingegangen sei. Zwar sei die Anzeigenwerbung für den Beklagten die Haupteinnahmequelle gewesen, doch habe er daneben auch die sich aus dem Vertrieb der Zeitschrift ergebenden Einnahmeföglichkeiten ausschöpfen müssen, um zu einer gewinnbringenden Verwertung des Verlagsrechts gelangen zu können.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht etwa verkannt, daß der Beklagte durch Abschluß des Vertrages ein erhebliches finanzielles Risiko auf sich genommen hatte. Dies ergibt sich aus verschiedenen Stellen der Urteilsgründe, in denen z.B. davon die Rede ist:

der Beklagte habe mit dem Vertrage recht erhebliche finanzielle Verpflichtungen übernommen (BU S. 7);

der Beklagte habe gewußt, daß die Klägerin die Zeitschrift bisher stets mit Defizit herausgebracht hatte (BU S. 11);

der Zeuge W. habe dem Beklagten unter anderem erklärt, nach seinen mehrjährigen Erfahrungen könne die im Betrieb des Zeugen gedruckte Zeitschrift ohne Subventionen nicht auskommen (BU S. 11).

Die Würdigung von seiten des Berufungsgerichts leidet also nicht etwa an dem Rechtsfehler, daß wesentlicher Tatsachestoff unberücksichtigt geblieben wäre. Ebensowenig lassen seine Ausführungen einen Verstoß gegen die allgemeine Lebenserfahrung oder gegen anerkannte Denkgesetze erkennen.

11

Als einzige konkrete Rüge führt die Revision in diesem Zusammenhang an, es sei ein Beweisantritt des Beklagten dafür übergangen worden, daß sich die von Vorbach im Kurhaus beschäftigte Zeitungsverkäuferin unzulänglich für den Vertrieb der Zeitschrift "Baden-Baden" eingesetzt habe. Dieser angebotene Beweis brauchte indes vom Berufungsgericht schon deshalb nicht erhoben zu werden, weil es sich um ein einmaliges Vorkommnis aus einer Zeit gehandelt hat, die mehrere Monate nach dem Vertragsschluß lag (August 1954). Der Beklagte hat selbst nichts dazu vorgetragen, inwieweit dieses Vorkommnis einen Rückschluß darauf zulassen soll, daß bereits vor Abschluß des Vertrages zwangsläufig mit einer ungenügenden Einsatzbereitschaft der Firma V [REDACTED] zu rechnen gewesen sei. Fehlt es sonach bereits an einer objektiven Vorherschaubarkeit der angeblichen Zukunftsentwicklung, so läßt der Beweisantritt des Beklagten erst recht keinen sicheren Rückschluß darauf zu, daß sich die Vertreter der Klägerin subjektiv von vornherein des Umstandes, daß die Vertriebsinteressen des Beklagten wahrscheinlich durch V [REDACTED] nicht gebührend gefördert werden würden, bewußt gewesen seien und sonach arglistig geschwiegen hätten.

Der von der Revision vertretene Standpunkt, eine Offenbarungspflicht seitens der Klägerin hätte um deswillen bejaht werden müssen, weil die Kalkulation des Beklagten entscheidend durch Kenntnis von der Vertragsbeziehung zu Vorbach beeinflußt worden wäre, zielt also im Grunde darauf ab, die eigene Sachwürdigung der Revision an die Stelle der dem Tatrichter vorbehaltenen Würdigung des Sachverhalts zu setzen. Das ist in der Revisionsinstanz nicht statthaft.

b) Werbezuschüsse:

Wie im Berufungsurteil (BU S. 11) weiterhin festgestellt wird, hat die Klägerin im Zusammenhang mit dem Außenministertreffen in Baden-Baden von der Bundesregierung für das Heft 3/1953 einen einmaligen Zuschuß von 10.000,-- DM erhalten. Sollte der Beklagte hiervon nicht unterrichtet gewesen sein, so sei dies dennoch für seine Entschließungen belanglos gewesen. Denn nachdem der Beklagte durch mehrere Zeugen auf das laufende Defizit der Klägerin und durch den Zeugen W. auf das Erfordernis von Subventionen hingewiesen worden sei, müsse es für seine Kalkulation gleichgültig sein, ob die Klägerin bisher die Herstellungskosten aus eigenen Haushaltsmitteln oder aus Zuschüssen dritter Stellen bestritten habe. - Auf die Zuschüsse durch die Spielbank, so fährt das Berufungsurteil (BU S. 11/12) fort, sei der Beklagte in der Berufungsinstanz nicht mehr zurückgekommen. Im übrigen sei insoweit auch den Ausführungen des Landgerichts (Urteil S. 9) in vollem Umfange zu folgen.

Hier bemängelt die Revision, das Berufungsgericht hätte nach § 286 ZPO die erhebliche Höhe der für den Selbstverlag der Klägerin verbrauchten Zuschüsse berücksichtigen müssen, von deren Umfang sich der Beklagte selbst dann, wenn ihm das Defizit bekannt gewesen sei, noch kein Bild habe machen können. - Läßt man einmal außer Betracht, daß der Beklagte seine Anfechtung in den Vorinstanzen auf ein Verschweigen der Subventionen überhaupt, nicht allein ihrer Höhe gestützt hatte, so kann die Revisionsrüge dennoch nicht als begründet anerkannt werden. Denn da dem Beklagten nach der insoweit unangegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts drei Umstände bekannt waren, nämlich die Herstellungskosten, die Tatsache eines Defizits und die Tatsache der Gewährung von Subventionen, so erledigte sich

damit die für seine Kalkulation allein bedeutsame Frage, ob in der Vergangenheit die Einnahmen zur Deckung der Herstellungskosten ausgereicht hatten. Wüsste der Beklagte genauere Unterlagen über die Höhe des Defizits, so hätte er zahlenmäßige Bekanntgabe des aus dem Inseratenteil erzielten Ertrages verlangen können und müssen. Keinesfalls ging die Aufklärungspflicht der Klägerin, insbesondere bei dem Risiko-Charakter des ganzen Vertrages, bei dem man sich offensichtlich aus der persönlichen Tüchtigkeit des Beklagten erstmalig eine Rentabilität versprach, so weit, daß sie von sich aus sämtliche Vergleichszahlen hätte mitteilen müssen. Eine so weitreichende Offenbarungspflicht ist vom Beklagten selbst nie geltend gemacht worden. Erst recht fehlt aber jede rechtliche Stütze für die Auffassung der Revision, die Klägerin hätte den Beklagten ausgerechnet über die Höhe der von ihr erhaltenen Subventionen ungefragt informieren müssen. Hätte nämlich der Beklagte die Höhe der Subventionen gekannt, so hätte er sich mit deren Hilfe die Insertionserträge auch nicht mittelbar errechnen können, weil ja auch noch Zuschüsse aus eigenen Haushaltsmitteln der Beklagten erfolgt sein konnten. Mit Recht ist das Berufungsurteil mithin davon ausgegangen, daß die Kalkulation des Beklagten allein durch die normalen Herstellungskosten und durch den vor allem aus dem Inseratenteil zu erzielenden Ertrag bestimmt wurde. Eine Pflicht zur selbständigen Offenlegung der Höhe des Bundeszuschusses ist hiernach vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint worden.

Das gleiche gilt für die Zuschüsse der Spielbank, und zwar sogar in verstärktem Maße, weil diese ausweislich der Feststellung des Landgerichts (LU S. 9/10) niemals in Verbindung mit der Zeitschrift "Baden-Baden" gegeben worden sind. - Da diese Begründung vom Berufungsurteil vorsorglich als zutref-

fend übernommen worden ist, so erübrigt sich ein Eingehen auf die Verfahrensrüge, das Berufungsurteil gehe hier in erster Linie von der prozessual unzutreffenden Annahme aus, der Vortrag bezüglich Spielbank-Zuschüsse sei in der Berufungseinstanz nicht aufrechterhalten worden. Gleichfalls erübrigt sich ein Eingehen auf die weitere Revisionsrüge, dem Landgericht sei in einer zusätzlichen Erwägung ein Denkfehler unterlaufen.

c) Austauschinserte:

Das dem Beklagten laut § 3 Ziff. 3 des Vertrages als maßgebliche Vorlage für Format und Papier überreichte Heft 3/1953 sollte nach der Würdigung des Berufungsgerichts außerdem als Muster für die zukünftige Ausgestaltung und Aufmachung der Zeitschrift gelten. Zugleich aber sollte dieses Heft dem Beklagten auch als Kalkulationsgrundlage dienen. In diesem Heft 3/1953 seien in gewissem Umfange neben den bezahlten Inseraten auch sog. "Austauschinserte" enthalten gewesen.

Vom Bestehen solcher Vereinbarungen über Austauschinserte habe der Beklagte jedoch bei Vertragsabschluß Kenntnis gehabt. Abgesehen von seinen allgemeinen Fachkenntnissen als Werbefachmann habe er 1953 sogar selbst eine derartige Absprache zwischen der "Welt" und "Baden-Baden" zustande gebracht. Endlich sei der Beklagte nach den Bekundungen des Zeugen Ba[REDACTED] bei Vertragsschluß ausdrücklich auf das Bestehen "solcher Vereinbarungen" hingewiesen worden.

Hier will die Revision die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht gelten lassen, weil es überschen habe, daß gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Ba[REDACTED] durchgreifende Bedenken beständen.

12

Das Berufungsgericht hat jedoch mit eingehender Begründung (BU S. 13), die frei von Rechtsirrtum ist, dargelegt, weshalb es dem Zeugen Ba[REDACTED] ungeachtet seiner früheren und heutigen Bindung an die Klägerin Glauben geschenkt hat. Unzutreffend ist die Vermutung der Revision, das Berufungsgericht habe einen Widerspruch zwischen der ersten Aussage des Zeugen Ba[REDACTED] vom 3. Oktober 1956 und seiner zweiten Aussage vom 18. März 1958 übersehen.

Die Revision hebt hier darauf ab, daß Ba[REDACTED] zunächst erklärt hatte, er habe von den beiden redaktionellen Seiten für Daimler-Benz keine Kenntnis gehabt, während er mehr als ein Jahr später ausgesagt hat, er habe sich insoweit geirrt. Dieser bereits in der Berufungsbegründung hervorgehobene Widerspruch, oder richtiger: diese eigene Richtigstellung durch den Zeugen, kann dem Berufungsgericht aber durchaus nicht entgangen sein; denn wie die Revision selber bemerkt, wird die abgeänderte, zweite Aussage in den Urteilsgründen (BU S. 30) ausdrücklich erwähnt und mit folgender Bemerkung für unerheblich erachtet: "Der Zeuge Ba[REDACTED] war bei dem Abschluß der Vereinbarung nicht zugegen. Er vermag deshalb über deren Inhalt aus eigenem Wissen nichts zu bekunden". Bei dieser Sachlage ist es ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht zwar auf die zweite Aussage Bezug genommen, jedoch bei seiner Beweismwürdigung die eben in dieser Aussage vorgenommene teilweise Richtigstellung der ersten Aussage übersehen haben könnte. - Es läßt sich mit den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung durchaus vereinbaren, daß das Berufungsgericht dem Zeugen Ba[REDACTED] zwar in jenem einen Punkt (Daimler-Benz) nicht gefolgt ist, jedoch seine Aussage im übrigen, insbesondere hinsichtlich des vorliegend erörterten Streitpunkts (Austauschinserato), als glaubwürdig behandelt hat. Es hat diese Würdigung hinsichtlich des konkre-

ten Streitpunkts übrigens in rechtlich nicht angreifbarer Weise dadurch erhärtet, daß es die eigenen Fachkenntnisse des Beklagten und sein früheres Mitwirken beim Zustandekommen einer derartigen Vereinbarung über Inseratenaustausch zwischen "Baden-Baden" und "Welt" als Beweisanzeichen dafür gewürdigt hat, daß dem Beklagten die frühere Gepflogenheit, Austauschinserate zu vereinbaren, ohnehin nicht habe verborgen geblieben sein können.

d) Nichterscheinen von Heft 4/1953:

Das Berufungsgericht ist der Aussage des Zeugen Ba [REDACTED] auch insoweit gefolgt, als dieser bekundet hat, der Beklagte sei bei den Vorverhandlungen ausdrücklich darauf hingewiesen worden, das Augustheft 1953 (Heft 3) sei das letzte bisher erschienene Heft, weitere Hefte hätten wegen des Fehlens von Geldmitteln nicht herausgebracht werden können.

In diesem Zusammenhange rügt die Revision, daß sich das Berufungsurteil nicht mit der schriftlichen Gegendarstellung der vor ihrer Vernehmung verstorbenen Zeugin A [REDACTED] auseinandergesetzt habe, die gegenüber der Aussage von Ba [REDACTED] den Vorzug verdiene.

Es bedeutet jedoch keinen Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht die in diesem Punkte ganz unsubstantiierte Eindruckschilderung einer nur mittelbaren Zeugin nicht für geeignet gehalten hat, die Aussage des unmittelbaren Zeugen Ba [REDACTED] zu entkräften, und daher ganz von einer Erwähnung der persönlichen Mutmaßung der Frau A [REDACTED] abgesehen hat (vgl. BGHZ 3, 175).

Abgesehen davon ist die prozessuale Behandlung dieses Punktes auch rechtlich unerheblich; denn die Klägerin war überhaupt nicht verpflichtet, den Beklagten ungefragt über das Erscheinen oder Nichterscheinen einzelner Hefte aus der vorvertraglichen Zeit zu unterrichten. Sie konnte erwarten, daß sich der Beklagte insoweit selber eingehend informieren würde.

Nach alledem ist das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes gemäß § 123 BGB vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint worden.

2. Kündigung des Beklagten:

Das Berufungsurteil läßt auch insoweit keinen Rechtsverstoß erkennen, als es die am 17. August 1954 seitens des Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung mangels durchgreifender Kündigungsgründe als unwirksam behandelt hat. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

- a) Das Berufungsgericht wertet es als eine Nachlässigkeit auf seiten der Klägerin, daß gewisse Gutschriften verspätet vorgekommen oder dem Beklagten verspätet angezeigt worden sind. Dieser Nachlässigkeit hat das Berufungsgericht jedoch kein sonderliches Gewicht beigemessen. Demgegenüber meint die Revision, es stelle einen groben Vertragsverstoß dar, daß die Klägerin dem Beklagten jahrelang namhafte Goldbeträge vorenthalten habe. Das trifft aber nicht zu, weil dem Beklagten bei pünktlicherer Vornahme der Gutschriften auch kein Bargeld zugeflossen wäre, sondern sich bloß die ursprünglich höhere Forderung der Klägerin auf Rückzahlung ihrer Vorlagen durch die Gutschriften schneller verringert hätte. Eine schuldhafte Vorenthaltung von betriebsnotwendi-

gem Umlaufskapital kann der Klägerin, ^{somit} wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht zum Vorwurf gemacht werden.

- b) Ob der Zeuge Ba[REDACTED] ursprünglich eine unerlaubte Eigenmächtigkeit dadurch begangen hat, daß er die Auflage von Heft 2/1954 von 15.000 in 12.000 Stück abänderte, hat das Berufungsgericht offen gelassen. Jedenfalls hat es festgestellt, daß der Beklagte dieser Maßnahme alsbald ausdrücklich zugestimmt hat. Mit Zweifeln an der Glaubwürdigkeit des Zeugen Ba[REDACTED] kann die Revision, wie bereits früher dargelegt, auch hier die Beweiswürdigung des Tatrichters nicht erschüttern. Das Berufungsgericht hat bei seiner Würdigung durchaus berücksichtigt, daß der Zeuge Ba[REDACTED] bei Vernehmungen in verschiedenen Verfahren einmal von einer im voraus eingeholten Einwilligung und einmal von einer nachträglich erteilten Genehmigung gesprochen hat. Es bedeutet keinen Verfahrensverstoß, daß das Berufungsgericht diese Unstimmigkeit mit der Erfahrungstatsache erklärt hat, daß sich das Erinnerungsbild eines Zeugen in bezug auf den Zeitpunkt des Eintritts von Tatsachen, die fast sechs Jahre zurückliegen, zu verdunkeln beginnt.
- c) Obschon das Berufungsgericht selber davon ausgeht, daß dem Beklagten nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht zur Mitarbeit an der Zeitschrift "Baden-Baden" eingeräumt worden sei, lehnt es gleichwohl den Standpunkt des Beklagten ab, daß ein Rechtsanspruch auf Benennung seiner Tochter, Frau A[REDACTED], im Impressum der Zeitschrift bestanden habe. Prosserechtlich ist diese Auffassung nicht zu beanstanden, da Frau A[REDACTED] zwar allgemeine Mitarbeiterin war, aber kein bestimmtes Sachgebiet in eigener Verantwortung zugewiesen erhalten hatte. Im übrigen ist die vom Tatsachengericht vorgenommene Auslegung des Individualvertrages

12
vom 19. Januar 1954 bindend, wonach die Klägerin nicht vertragswidrig handelte, indem sie für Heft 2/1954 dasjenige Impressum nahm, welches vom Beklagten selber vorgeschlagen worden war, wenngleich er diesen Vorschlag später wieder zurückgenommen hatte. Durch die Vernehmung des Zeugen Dr. Wo[REDACTED], dessen Übergehung die Revision rügt, hätte sich auch kein neuer Gesichtspunkt, der diese Vertragsauslegung erschüttert hätte, ergeben können. Denn dieser Zeuge war in diesem Zusammenhange nur dafür benannt worden, daß Frau A[REDACTED] die Autoren und Künstler für die Gestaltung der Hefte Nr. 1 und 2/1954 vermittelt habe. Das hätte aber durchaus im Rahmen ihrer allgemeinen Mitarbeit gelegen und hätte kein Anrecht auf namentliche Erwähnung im Impressum begründen können.

- d) Das - angebliche-Umschreiben eines von Frau A[REDACTED] verfaßten Artikels durch Ba[REDACTED] wird im Berufungsurteil nur als Eigenmächtigkeit gewertet, durch die keine ernstliche Gefährdung der Zusammenarbeit eingetreten sei. Die Revision will diese Beurteilung nicht gelten lassen. Sie kann sich aber nicht auf einen substantiierten Vortrag in den Tatsacheninstanzen stützen, bei welchem Aufsatz und mit welchem Ergebnis Ba[REDACTED] in das Persönlichkeitsrecht der Autorin A[REDACTED] eingegriffen haben soll. Falls die Revision hier auf den überreichten Aufsatz betreffend das Schloß Favorite anspielen sollte, so war es nicht rechtsirrig, daß das Berufungsgericht insoweit keine Vertragsverletzung angenommen hat. Denn dieser Aufsatz der Frau A[REDACTED] findet sich später gar nicht in der Zeitschrift wieder, sondern stattdessen ist über das gleiche Thema ein ganz selbständiger Aufsatz mit einem Namenszeichen, das nicht auf Frau A[REDACTED] hinweist, gebracht worden.

- e) Endlich meint die Revision, das Berufungsgericht hätte im Rahmen der Kündigungsgründe auch auf den Umstand eingehen müssen, daß dem Beklagten von der Klägerin 1 750 Stück von den ihm zustehenden 2 000 Exemplaren des Heftes 2/1954 nicht ausgehändigt worden seien.

Dieser Umstand ist jedoch vom Beklagten in den Tatsacheninstanzen nur als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs, nicht als Kündigungsgrund geltend gemacht worden. In der Revisionsinstanz kann die bisher unterlassene Prozeßerklärung, daß die Kündigung des Beklagten auch auf diesen Vorfall gestützt werden solle, nicht mehr nachgeholt werden, weil anderenfalls das Revisionsgericht zur selbständigen Würdigung von Tatsachen genötigt würde. Ein Verfahrensverstoß im Sinne des § 286 ZPO kann dem Berufungsgericht in diesem Punkte jedenfalls nicht zur Last gelegt werden.

Hiernach bleibt auch der zweite Ausgangspunkt des Berufungsurteils, die Klägerin habe dem Beklagten keinen Grund zur vorzeitigen Lösung vom Vertrage gegeben, unerschüttert.

3. Vertragsstrafe:

Das Berufungsurteil nimmt weiterhin zu der Rechtsfrage Stellung, ob die Klägerin nicht durch ihre eigene Kündigung "das Recht auf Schadensersatz oder auf die Vertragsstrafe" verloren habe. Es verneint diese Frage, obwohl es grundsätzlich davon ausgeht, daß jede Vertragsstrafe einen bestehenden Vertrag voraussetze und das Strafversprechen daher gegenstandslos werde, wenn die Hauptverbindlichkeit, deren Erfüllung es sichern soll, entfalle (BGH in LM Nr. 2 zu § 339 BGB). Indessen sei

der Anspruch der Klägerin auf die Vertragsstrafe bereits durch die - sachlich nicht begründete - fristlose Kündigung des Beklagten und seine endgültige Weigerung entstanden, das Heft 3/1954 noch herauszubringen. Die Klägerin habe daher nicht noch abzuwarten brauchen, bis die Erfüllung tatsächlich unterblieb. Durch ihre - später ausgesprochene - Kündigung, mit der sie lediglich die berechtigten Konsequenzen aus dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten gezogen habe, sei der entstandene Anspruch weder entfallen, noch habe darin ein Verzicht gelegen. Zudem habe die Klägerin im Schreiben vom 14. September ausdrücklich auf § 10 des Vertrages Bezug genommen und sich sämtliche Schadensersatzansprüche vorbehalten. § 10 sehe neben dem Recht der Kündigung unter den dort im einzelnen aufgeführten Voraussetzungen den Anspruch auf Schadensersatz und die Vertragsstrafe vor.

Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß sich die Berechtigung der Klägerin, ihrerseits zur Kündigung des Vertrages zu schreiten, ohne weiteres aus der unbegründeten Weigerung des Beklagten zu weiterer Zusammenarbeit ergab. Dennoch ist es nach den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Berufungsurteils nicht ausgeschlossen, daß seine Vertragsauslegung, aufgrund deren es eine Vertragsstrafe aus § 10 für verwirkt hält, von Rechtsirrtum beeinflußt ist.

Zunächst kann dem Berufungsgericht insoweit nicht gefolgt werden, als es offensichtlich bereits unabhängig von der in § 10 des Vertrages enthaltenen Sonderregelung meint, die Vertragsstrafe für das Ausbleiben des Heftes 3/1954, das erst zum 1. Dezember 1954 erscheinen sollte, sei doch bereits am 17. August 1954 infolge der vom Beklagten grund-

los ausgesprochenen Kündigung verwirkt gewesen. Diese Annahme läßt sich nicht mit dem Wesen eines Vertragsstrafversprechens vereinbaren, das die Erfüllung einer Hauptverbindlichkeit sichern soll und infolge seiner unselbständigen Natur gegenstandslos wird, wenn die Hauptverbindlichkeit nicht besteht oder später wegfällt (vgl. BGH GRUR 1953, 262, 264). Man hat daher bereits aus der Rechtsnatur der Vertragsstrafe gefolgert, daß nach der Beendigung eines Vertragsverhältnisses nur noch ein Strafanspruch wegen vorher begangener Verfehlungen geltend gemacht werden könne (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 4 zu § 339), wogegen keine Vertragsstrafe mehr verwirkt werden könne, nachdem der Hauptvertrag zwischenzeitlich gekündigt worden sei (vgl. OLG 17, 423).

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich nicht allein aus dem Wesen der Vertragsstrafe, sondern überdies aus der positiven Gesetzesregelung des § 339 BGB, wonach eine Geldstrafe, einerlei ob sie für den Fall der Nichterfüllung oder für den Fall nicht gehöriger Erfüllung versprochen wird, nur verwirkt wird, wenn der Schuldner mit seiner Hauptverpflichtung in Verzug kommt. Unabdingbare Voraussetzung für den Eintritt des Schuldnerverzugs ist gemäß § 284 BGB die Fälligkeit der Leistungspflicht. Es ist rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht meint, bei einer endgültigen Leistungsweigerung des Schuldners brauche die Fälligkeit gar nicht erst abgewartet zu werden. Möglicherweise liegt hier eine Verwechslung mit derjenigen Rechtsprechung vor, welche den Gläubiger beim Vorliegen einer bestimmten und endgültigen Erfüllungsweigerung seitens des Schuldners von den besonderen Erfordernissen einer Mahnung gemäß § 284 BGB oder sogar einer Nachfristsetzung gemäß § 326 BGB freistellt (vgl. BGHZ 2, 312). Demgegenüber

ist an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festzuhalten, daß auch durch grundsätzliche Erfüllungsweigerung eines Schuldners nicht bewirkt wird, daß dieser mit seiner Leistung in Verzug gerät, bevor diese fällig wird (RG in LZ 1919, 591). Eine gegenteilige Auffassung müßte insbesondere bei Unterlassungspflichten zu unhaltbaren Ergebnissen führen.

Das Berufungsgericht scheint mithin verkannt zu haben, daß der mit der Klage geltend gemachte Strafanspruch jedenfalls dann, wenn sich im Vertrage keine entgegengesetzte Vereinbarung finden sollte, zusammen mit dem ihm zugrunde liegenden Erfüllungsanspruch in dem Zeitpunkt hinfällig geworden ist, als die Klägerin das Vertragsverhältnis, ohne das Fälligkeitsdatum für Heft 3/1954 abzuwarten, durch ihre fristlose Kündigung zur Auflösung brachte.

Als eine abweichende Vertragsregelung hat das Berufungsgericht allerdings wohl § 10 des Vertrages aufgefaßt. Es läßt dem Wortlaut dieser Bestimmung jedoch keine Gerechtigkeit widerfahren, wenn es ausführt: "§ 10 sieht neben dem Recht der Kündigung unter den dort im einzelnen aufgeführten Voraussetzungen den Anspruch auf Schadensersatz und die Vertragsstrafe vor." In dieser abgekürzten Wiedergabe werden die Unterschiede zwischen den beiden selbständigen Absätzen des § 10 verwischt, die verschiedene Arten der Leistungsstörung behandeln und dafür jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen festlegen. So begründet § 10 Abs. 1 zugunsten beider Parteien ein Recht auf fristlose Kündigung im Falle grober Vertragsverstöße des Partners und läßt nebenher den Schadensersatzanspruch unberührt. Auf der anderen Seite befaßt sich § 10 Abs. 2 ausschließlich mit dem Nichterscheinen eines Einzelheftes und billigt

- sofern sich der Beklagte nicht auf höhere Gewalt berufen kann - allein der Klägerin einen Anspruch auf eine Vertragsstrafe zu. Dieser Vertragstext läßt seinem Wortlaut nach keinen inneren Zusammenhang zwischen der Kündigungsmöglichkeit des § 10 Abs. 1 auf der einen und den Strafgedinge des § 10 Abs. 2 auf der anderen Seite erkennen. Auch findet sich im Berufungsurteil keine Begründung dafür, weshalb das Berufungsgericht geglaubt hat, das Recht auf Schadensersatz nach Absatz 1 beinhalte zugleich das Recht auf Vertragsstrafe nach Absatz 2.

Die Klägerin hat sich daher in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat bemüht, den vermißten inneren Zusammenhang zwischen den beiden selbständigen Regelungen des § 10 dadurch herzustellen, daß sie der in § 10 Abs. 2 enthaltenen Regelung den Charakter einer Vertragsstrafe abspricht und ihr stattdessen den Charakter einer Schadenspauschalierung, unabhängig von der Natur der zugrunde liegenden Leistungsstörung, beilegen möchte. Der Senat sieht sich jedoch gehindert, von sich aus diese neuartige Auslegung einzuführen, nachdem die Urteile der Tatsacheninstanzen die Klagforderung in Übereinstimmung mit allen Schriftsätzen beider Parteien als echte "Vertragsstrafe" angesprochen haben.

Es läßt sich nicht von der Hand weisen, daß das Berufungsgericht einerseits die gesetzlichen Auswirkungen einer Kündigung auf das Strafgedinge und andererseits die - denkbare - Unabhängigkeit des § 10 Abs. 1 gegenüber § 10 Abs. 2 nicht erkannt hat und daß durch diesen Irrtum seine Vertragsauslegung beeinflußt worden ist. Das angefochtene Urteil war daher insoweit, als es der Klägerin eine Vertragsstrafe von 10.000,-- DM zugesprochen hat,

aufzuheben und die Sache war hinsichtlich dieses Teilbetrages zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Eine Umdeutung dieses Teils des Klageantrages in dem Sinne, als habe die Klägerin anstelle einer Vertragsstrafe echten Schadensersatz begehren wollen, ist nicht zulässig. Denn es fehlt insoweit an jeglicher Prozeßerklärung der Klägerin sowie an Substantiierung und Beweisantritten für den Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten haben könnte, daß sie infolge der grundlosen Leistungsweigerung des Beklagten ihrerseits zur vorfristigen Vertragsauflösung schreiten mußte.

4. Restliche Herstellungskosten von Heft 1/1954:

- a) Das Berufungsgericht billigt dem Beklagten nicht die Möglichkeit zu, von der Kostenerstattungsforderung der Klägerin einen Betrag in Höhe von 616, 75 DM als sog. Schnellschußzuschlag abzuziehen, weil es für unbewiesen erachtet, daß die Klägerin diesen Zuschlag zu vertreten habe. Der erwähnten schriftlichen Erklärung der Zeugin A. [REDACTED] hierzu stehe die Aussage des Zeugen Ba. [REDACTED] gegenüber, welche durch die Bekundungen weiterer Zeugen (S. [REDACTED], W. [REDACTED] und He. [REDACTED]) bestätigt werde (BU S. 24).

Die Revision rügt insoweit Nichtvernehmung der für die einschlägige Behauptung des Beklagten, Frau A. [REDACTED] habe ihre Beiträge lange vor der Drucklegung an die Klägerin übersandt, wo sie jedoch Ba. [REDACTED] geraume Zeit unbearbeitet gelassen habe, weiterhin benannten Zeugen Hl. [REDACTED], H. [REDACTED], Bö. [REDACTED], Dr. Wo. [REDACTED], K. [REDACTED] und Hag. [REDACTED]. Auf diesen in Schriftsatz erster Instanz vom 26.11.1956

enthaltenen Beweisantritt ist der Beklagte jedoch später nicht mehr zurückgekommen, obwohl keiner der Zeugen im anschließenden Beweisbeschluß vom 12.2.1957 berücksichtigt worden war. Für das Berufungsgericht hätte unter diesen Umständen allenfalls dann eine Veranlassung bestanden, diese Beweiserhebung nachzuholen, wenn der Beklagte dies in zweiter Instanz ausdrücklich nochmals beantragt hätte. Das ist nicht geschehen. Vielmehr hat sich der Beklagte insoweit damit begnügt, in der Berufungsbegründung die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung anzugreifen, und in weiteren Schriftsätzen vom 8.3.60 und vom 31.3.60 Ausführungen darüber zu machen, ob der Höchstsatz der Herstellungskosten für Heft 1/1954 überschritten worden sei.

Bei dieser Sachlage konnte die am Schluß der Berufungsbegründung aufgenommene pauschale Bezugnahme auf "das Vorbringen erster Instanz - einschließlich der gestellten Beweisanträge -" dem Berufungsgericht keine Veranlassung geben, 6 weitere Zeugen aufgrund jenes recht unsubstantiierten Beweisantritts aus dem ersten Rechtszuge zu vernehmen (vgl. BGH in NJW 1961, 1458). Spätestens hätte der Beklagte diesen Beweisantritt wiederholen müssen, nachdem er in der Berufungsinstantz durch die Verfügung des Vorsitzenden vom 18. Januar 1960 Kenntnis davon erlangt hatte, daß nur die Zeugen Ba■■■■, Ho■■■■ und von L■■■■ nochmals geladen waren, woraus ersichtlich war, daß andere Zeugen vom Berufungsgericht nicht angehört werden sollten.

Aus der Aussage des Zeugen W■■■■ entnimmt das Berufungsgericht, daß der Beklagte verspätet Anzeigen abgeliefert habe. Die Revision vermißt dabei die Berücksichtigung eines weiteren Satzes aus der Aussage des Zeugen W■■■■.

Dieser Satz darf jedoch nicht für sich allein betrachtet werden, sondern er muß in seinem Zusammenhang gelcoen werden.

Überhaupt kann es aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht aufgrund der Gesamtausage W nicht zu entgegengesetzten Schlußfolgerungen, wie sie von der Revision gewünscht werden, gelangt ist. Auch insoweit muß es bei der Beweismürdigung des Tatrichters sein Bewenden haben.

Erfolglos bleibt hiernach auch der Angriff der Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts (BU S. 25), der Beklagte könne sich bei Heft 1/1954 nicht auf eine Überschreitung des im Vertrage mit 14.000,-- DM festgelegten Höchstsatzes der Herstellungskosten berufen. Das Berufungsurteil stellt hierzu fest, daß sich die Gesamtkosten für Heft 1/1954 einschließlich der Kosten der Klischees zwar auf 14.052,85 DM belaufen hätten. Darin sei jedoch die nicht von der Klägerin zu vertretende, sondern ausschließlich zu Lasten des Beklagten gehende Schnellschußzulage enthalten. - Diese Beurteilung läßt, nachdem die zugrunde liegende Beweismürdigung nicht erschütterter werden konnte, keinen Rechtsirrtum erkennen.

Weitere Angriffe der Revision beziehen sich darauf, daß das Berufungsgericht von den zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen des Beklagten zu Unrecht Abstriche vorgenommen habe. Hierzu ist im einzelnen folgendes zu sagen:

b) Im Berufungsurteil wird festgestellt, die Druckerei habe an die Klägerin die gesamte bestellte Auflage des

Heftes 2/1954 abgeliefert, also nicht nur das ihr zustehende Kontingent von 10 000 Stück, sondern insgesamt 12 000 Stück. Hiervon habe man dem Beklagten nur 250 Stück ausgehändigt, während ihm 1 750 Stück vorenthalten worden seien. Den Schaden, welcher dem Beklagten hierdurch erwachsen ist, hat das Berufungsgericht unter vorsichtiger Wertung aller Umstände, insbesondere der geringen Verkaufsmöglichkeiten und der erheblichen Vertriebsunkosten, auf 1.000,-- DM geschätzt (BU S. 28).

Das Berufungsgericht, so meint die Revision, habe bei dieser Schätzung die Grenzen richterlicher Sachkunde überschritten. Es hätte, notfalls nach Ausübung des Fragerechts, einen Sachverständigen über die Schadenshöhe hören müssen, welcher den Reinerlös aus dem Verkauf der vorenthaltenen Hefte auf mindestens 4.500,-- DM beziffert hätte.

Über die Höhe des entstandenen Schadens hatte das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Insbesondere war es danach auch dem Ermessen des Tatrichters überlassen, ob und inwieweit er die Beiziehung eines Sachverständigen anordnen wollte. Im Rahmen dieses richterlichen Ermessens ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung ausreichend begründet und daher für das Revisionsgericht bindend. Vor allem hat das Berufungsgericht, nachdem es bereits die auf Seite 11 der Urteilsgründe erwähnten sachverständigen Zeugen Prüfer (Werbungsmittler) und W. (Drucker), die beide die Entwicklung der Zeitschrift "Baden-Baden" seit Jahren miterlobt hatten, angehört hatte, nicht dadurch gegen die Grundsätze des § 287 ZPO verstoßen, daß es sich aus einer Zuziehung eines Sachverständigen keine weitere Klärung der Schätzungsgrundlagen versprochen hat.

Aus Rechtsgründen erscheint daher die Schätzung des entgangenen Gewinns auf 1.000,-- DM nicht angreifbar, da die Revision nicht dartun konnte, daß im angefochtenen Urteil etwa bestimmte Schätzungselemente, welche vom Beklagten vorgetragen wären, unberücksichtigt geblieben seien.

- c) Im Rahmen der eigenen Kündigungsgründe des Beklagten, hat sich dieser, wie oben erwähnt, auch darauf berufen, daß Ba. eigenmächtig eine Herabsetzung der Auflage des Heftes 2/1954 von 15.000 auf 12.000 Stück vorgenommen habe.

In diesem Zusammenhange macht die Revision geltend, die Klägerin sei dem Beklagten auch dafür ersatzpflichtig, daß ihm von der Auflage dieses Heftes weitere 3.000 Stück nicht zum Verkauf zur Verfügung gestanden hätten. Diesen Schaden hätte das Berufungsgericht gleichfalls zur Aufrechnung heranziehen müssen.

Hier handelt es sich jedoch um eine neue Aufrechnungs-erklärung, die in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann. Im Tatbestand des Berufungsurteils (BU S. 5) sind die Gegenforderungen, mit denen der Beklagte aufgerechnet hat, nicht im einzelnen aufgezählt. Vielmehr ist insoweit auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen worden. In keinem dieser Schriftsätze (vgl. Schriftsätze vom 14.3.59, S. 16 ff; vom 3.9.59, S. 9; vom 31.3.60, S. 3) hat der Beklagte erklärt, daß er aus der umstrittenen Herabsetzung der Auflage einen Schadensersatzanspruch herleiten und diesen zur Aufrechnung stellen wolle.

Überdies ist für das Revisionsgericht die Feststellung des Berufungsgerichts bindend, daß diese Herabsetzung der Auflagenhöhe vom Beklagten genehmigt worden sei.

- d) Der Beklagte hatte Vergütung für einen in Heft 2/1954, S. 37/38 abgedruckten Artikel "Die goldene Maske" nebst Farbfoto beansprucht, weil damit Werbung für die "kosmetischen Präparate" und die "hochwertigen Qualitätserzeugnisse" von Rosel He●, der Inhaberin eines Kosmetiksalons in B●-B●, veranstaltet worden sei. Im Berufungsurteil wird ausgeführt (BU S. 28), Artikel und Farbfoto könnten zweifellos den Eindruck erwecken, es werde hier in einer in einen redaktionellen Beitrag gekleideten Form für die kosmetischen Präparate des Salons He● geworben. Die Beweisaufnahme habe jedoch ergeben, daß das nicht der Zweck des Beitrages war und daß weder der Artikel noch das Farbfoto als Reklame gedacht waren. Beide seien auf Veranlassung des Zeugen Ba● aufgenommen worden, ohne daß die Zeugin He● dafür irgendwelche finanziellen Verpflichtungen übernommen habe. Die Klägerin selbst sei an der nebenbei erzielten Werbewirkung für Salon He● uninteressiert gewesen. - Offenbar neigt das Berufungsgericht also zu der Auffassung, daß man es hier mit einer Art Lockartikel zwecks Gewinnung späterer Inserate zu tun habe.

Demgegenüber vertritt die Revision den Standpunkt, daß dem Beklagten auch bei Zugrundelegung der Feststellungen des Berufungsgerichts das tarifliche Anzeigenhonorar zu vergüten sei, weil ihm laut der entgegen § 286 ZPO unberücksichtigten Aussage des Zeugen P● auch für verbende redaktionelle Beiträge ein Vergütungsanspruch zugestanden habe. Die Revision irrt jedoch, wenn sie aus der Aussage des Zeugen P● vom 10.2.1956 eine Bestätigung für ihre Auffassung entnehmen zu können glaubt, daß dem Beklagten Inseratengebühren auch für redaktionelle Beiträge zugestanden hätten. Vielmehr behandelte der Zeuge P● in seiner durch die Revision angezogenen Aussage bloß die

Frage, ob dem Beklagten seitens der Klägerin Gutschriften für solche Inserate erteilt werden müßten, die als sog. Austauschinserate aufgenommen wurden und daher vom Inserenten selber nicht bezahlt wurden. Diese Frage hat P. [REDACTED] damals - mehr in seiner Eigenschaft als Fachmann - wie folgt bejaht:

"Für mich war klar, daß der Beklagte nach Abschluß des Vertrages nicht zur Veröffentlichung solcher Inserate verpflichtet war, für die ihm kein Entgelt gewährt wurde."

Über redaktionelle Mitteilungen hat sich der Zeuge P. [REDACTED] erst in seiner späteren Aussage vom 18.3.1958 geäußert, und zwar im Zusammenhange mit dem "Daimler-Benz"-Artikel. Diese Aussage ist vom Berufungsgericht (das sich BU S. 30 dem Zeugen nicht angeschlossen hat) dahin gewürdigt worden, daß P. [REDACTED] Mitteilungen "rein redaktionellen Charakters" im Gegensatz zu den Inseraten gerade nicht für vergütungspflichtig angesehen hat.

Die vom Tatrichter vorgenommene Würdigung, wonach dem Artikel "Die goldene Maske" nebst Farbfoto gar nicht der Charakter einer Werbeäußerung zukam, kann also von der Revision nicht unter Bezugnahme auf eine angeblich entgegenstehende Aussage Prüfers erschüttert werden. Auch im übrigen läßt diese Würdigung keinen Rechtsfehler erkennen.

- e) Als weiteren Verfahrensverstoß rügt die Revision, daß ein Schadensersatzanspruch des Beklagten in Höhe von 750,-- DM unberücksichtigt geblieben sei, der aus Mehrkosten für Klischees, herrührend aus verzögerlicher Bearbeitung durch Ba. [REDACTED], erwachsen sei. Es ist richtig, daß der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 8.12.1954 unter

Berufung auf den Zeugen F [REDACTED] eine Gegenforderung von 750,-- DM wegen der angeblich verteuerten Klischees des Badischen Weinbau-Verbandes angemeldet hatte. Laut Protokoll vom 4.10.1955 hat jedoch das Landgericht den insoweit bereits erlassenen Beweisbeschluß wegen Verhinderung des Zeugen F [REDACTED] (Unfall) dahin abgeändert, daß an seiner Stelle dessen Sekretärin Am [REDACTED] vernommen wurde. Unter Würdigung der Aussage dieser Zeugin hat das Landgericht (LU S. 16) zu diesem Streitpunkt folgende Ausführungen gemacht:

"Die vom Beklagten benannte Zeugin Am [REDACTED] weiß nichts von einem Verschulden des Zeugen Ba [REDACTED], weiß nicht einmal, daß er einen Auftrag zur Herstellung der Klischees erteilt hat. Nach ihrer Bekundung hat der Badische Weinbau-Verband auch wegen der als zu hoch empfundenen Klischeekosten nur mit dem Beklagten verhandelt. Die Aussagen der Zeugen Sc [REDACTED] und Ba [REDACTED] ergeben andererseits übereinstimmend, daß die vom Beklagten vorgelegten Druckunterlagen unzulänglich waren und deshalb ..."

Im Berufungsrechtszug ist der Beklagte auf diesen Aufrechnungsposten nicht mehr zurückgekommen. Das Berufungsgericht hat demnach keinen Beweisantritt bezüglich des Zeugen F [REDACTED] unerledigt gelassen, weil ein solcher Beweisantritt im zweiten Rechtszuge gar nicht mehr vorlag.

Ein letzter Revisionsangriff (IV 4) steht in innerem Zusammenhang mit dem Streitpunkt, welcher anschließend in Verbindung mit der Anschlußrevision erörtert werden muß, und wird deshalb dort mitbehandelt.

II. Zur Anschlußrevision der Klägerin:

Im Unterschied zu dem vorbehandelten Artikel "Die goldene Maske" hat das Berufungsgericht den in Heft 2/1954, S.74/75, erschienenen Artikel "Geschichte des Namens Mercedes" nicht als einen redaktionellen Beitrag, sondern als vergütungspflichtige Anzeige behandelt (BU S. 29 - 31). Unter Zugrundelegung eines Tarifpreises von 3.000,-- DM für die beiden Seiten gelangt das Berufungsgericht nach Abzug eines Betrages von 1.000,-- DM für ersparte Unkosten zu einem Endbetrag von 2.000,-- DM zugunsten des Beklagten. - Dieser Teil des Urteils wird von beiden Parteien angegriffen.

Die Anschlußrevision erblickt einen Rechtsfehler darin, daß dem Beklagten aus dem Anzeigenauftrag der Firma Daimler-Benz im Widerspruch zu § 7 des Vertrages mehr zugesprochen worden sei, als der Klägerin selber von dieser Inserentin zugeflossen sei. In § 7 Nr. 1 ist jedoch nichts über die Behandlung bereits laufender Anzeigenaufträge gesagt, sondern es heißt dort einfach: "Die BKV überträgt ferner Ho[REDACTED] die Anzeigenwerbung und -annahme auf dessen Rechnung." Daraus ergibt sich durchaus nicht zwangsläufig die von der Anschlußrevision vertretene Auslegung, der Beklagte könne bei laufenden Aufträgen nicht die 1954 geltenden Tarifsätze, sondern nur die jeweils mit den Kunden vereinbarten Anzeigenpreise verlangen.

Vielmehr hat es das Berufungsgericht (BU S. 31) aufgrund der Bekundung des Zeugen Ba[REDACTED] für erwiesen angesehen, daß der Beklagte die auf früheren Vereinbarungen beruhenden Inserate - wie in den Vorbesprechungen klaggestellt

worden sei - vergütet erhalten sollte, soweit diese in seinen Heften erscheinen würden. Das bedeutete, wie das Berufungsgericht wiederum unter Heranziehung der Aussage Ba[REDACTED] annimmt, daß dem Beklagten die volle Vergütung nach dem 1954 gültigen Tarif und nicht bloß ein entsprechender Anteil an dem zwischen der Klägerin und Daimler-Benz für mehrere Jahre vereinbarten Gesamtpreis zustand.

Vergeblich bemüht sich die Anschlußrevision um den Nachweis, das Berufungsgericht habe bei Zuerkennung des Betrages von 2.000,-- DM für den redaktionellen Artikel "Geschichte des Namens Mercedes" nicht berücksichtigt, daß dem Beklagten bereits Gutschriften für die Mercedes-Inserate in seinen Heften erteilt worden seien, nämlich 970,-- DM für ein Inserat in Heft 1/1954 und 1.600,-- DM für ein Inserat in Heft 2/1954. - Diese beiden Inserate sind nämlich auf Seite 31 der Urteilsgründe ausdrücklich erwähnt worden mit dem Zusatz: "In Erfüllung dieser Verpflichtung hat die Klägerin dem Beklagten für die in Heft 1 und 2/1954 gebrachten Inseratenanzeigen die ihm zustehende Vergütung überwiesen." - Demnach ist das Berufungsgericht bei seiner Auslegung durchaus nicht von einem unvollständigen Auslegungstoff ausgegangen. Auch andere Rechtsfehler sind nicht erkennbar.

Demnach sind die von der Anschlußrevision aus § 286 ZPO erhobenen Verfahrensrügen unbegründet; die Anschlußrevision unterliegt mithin der Zurückweisung.

Die Revision ihrerseits wehrt sich bei diesem Streitpunkt gegen die Absetzung eines Betrages von 1.000,-- DM unter dem Gesichtspunkt ersparter Unkosten. Sie meint, daß ein solcher Abzug überhaupt unzulässig sei, weil der Klägerin keine entsprechenden Unkosten erwachsen seien;

überdies hätte ein zu befragender Sachverständiger die beim Beklagten eingetretenen Ersparnisse allenfalls auf 450,-- DM beziffert.

Die erste dieser Rügen ist begründet.

Das Berufungsgericht hat an dieser Stelle nicht berücksichtigt, daß sich die dem Beklagten zugebilligte Vergütung nach dem Inseratentarif als Erfüllungsanspruch aus dem Vertrage vom 19. Januar 1954 ergibt. Ein derartiger Erfüllungsanspruch unterliegt - im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch (§ 249 BGB) - nicht der Vorteilsausgleichung. Vielmehr müßte sich der Beklagte auf seinen vertraglichen Vergütungsanspruch ersparte Werbungskosten, insbesondere erübrigte Vertreterprovisionen, nur anrechnen lassen, wenn er insoweit auf Kosten der Klägerin bereichert worden wäre. Etwas derartiges ist aber vom Berufungsgericht nicht festgestellt und von der Klägerin selber nie behauptet worden.

Sonach kann der Beklagte seine ihm vom Berufungsgericht zuerkannte Forderung aus dem Abdruck des Artikels "Geschichte des Namens Mercedes" in ungekürzter Höhe von 3.000,-- DM zur Aufrechnung bringen, so daß sich die Klageforderung gegenüber dem Ausspruch des Berufungsurteils um weitere 1.000,-- DM vermindert. Unangreifbar ist der Urteilsausspruch allerdings, wie sich aus den früheren Darlegungen ergibt, nur in Höhe eines Teilbetrages von 10.740,90 DM - 10.000,-- DM = 740,90 DM. Hinsichtlich dieses Teilbetrages war die Klage abzuweisen, weil sie insoweit durch die Aufrechnung des Beklagten erloschen ist. Hinsichtlich des noch ungeklärten Klagebetrages von 10.000,-- DM, der als Vertragsstrafe

gefordert worden ist und über den das Berufungsgericht infolge der Zurückverweisung neu wird verhandeln und entscheiden müssen, war auch noch keine Entscheidung über die bisher nicht voll erschöpfte Aufrechnungsforderung des Beklagten möglich.

Die anderweite Entscheidung über die Kosten des gesamten Rechtsstreits, einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens, war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Wilde

Pehle

Spengler

Ebel

Claßen