

B

23

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 145 ff, 305, 326 A, Ea

Zur Schadensersatzpflicht bei Verletzung der Verpflichtungen
aus einem Vorvertrag.

BGH, Urt. v. 15. März 1963 - Ib ZR 69/62 - OLG München
LG München

13
Ib ZR 69/62

Verkündet
am 15. März 1963
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

I [REDACTED] F [REDACTED]-C [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten
durch den Geschäftsführer Wolfgang G. Wi [REDACTED], M [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

g e g e n

die E [REDACTED] T [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer
Hans H. Ka [REDACTED], St [REDACTED]-N, G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

hat der Ib Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. März 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundesrichter
Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Ebel und Dr. Sprenkman
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 22. Februar 1962 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien trafen am 29. März 1958 eine als "Vorvertrag" bezeichnete Abmachung, die in dem für vorliegenden Rechtsstreit bedeutsamen Teil folgenden Wortlaut hat:

"Unter Bezugnahme auf das Angebot der Firma I [REDACTED] F [REDACTED] GmbH (Beklagte) vom 28.3.1958 wurde für die Filme ... (es folgen 10 Filmtitel) folgendes vereinbart:

Es soll ein Vertrag abgeschlossen werden zwischen IFC (Beklagte) einerseits und der ETG (Klägerin) andererseits, mit dem die ETG von den genannten 10 Titeln mindestens 5 fest übernimmt, wobei diese Titel nach Wahl der ETG aufgrund ihrer Prüfung in fernsehtechnischer und zensurmäßiger Hinsicht bis zum 15.5.1958 ausgesucht werden. ..."

Nach weiteren Verhandlungen schrieb die Klägerin am 23. Juni 1958 unter Bezugnahme auf die "Vorvereinbarung vom 29. März 1958":

"Trotzdem ernsthafte Bedenken hinsichtlich der TV-Eignung bestehen ..., haben wir uns ... entschlossen, drei der in der folgenden Staffel genannten Titel outright zu erwerben (es folgen 10 Filmtitel). Bezüglich des Preises haben wir uns auf 3.500,-- DM pro Film geeinigt. Für die Auswertung steht das deutschsprachige Territorium zur Verfügung (Deutschland, Österreich und Schweiz); eine evtl. Erweiterung des Territoriums ist nach Möglichkeit ins Auge gefaßt... IFC versichert, daß die Filme mit keinerlei, wie auch immer gearteten Rechten Dritter belastet sind und wird diesbezüglich entsprechende Unterlagen beibringen, ebenso wie Erklärungen der Kopieranstalten, in denen die deutschen Negative eingelagert sind. Die endgültige Auswahl der drei Titel wird bis spätestens 15. Juli 1958 vorgenommen. Es gilt als vereinbart, daß sodann ein endgültiger Vertrag geschlossen wird, dessen Formulierungen sich an die des bei IFC bekannten Vertrages und seine Ergänzungen für die Filme ... anlehnen ... Vertragsdauer beträgt sieben Jahre.



Zahlung der Lizenzgebühren erfolgt in zwei Dreimonatsakzepten über je 3.500,-- DM, also insgesamt 7.000,-- DM. Die restlichen 3.500,-- DM werden zum 15.7.1958 in bar gezahlt, wobei die Belegung der Rechtssituation und Befreiung von allen Ansprüchen Dritter für die ETC bis dahin vorausgesetzt wird.
... "

Die Beklagte stimmte diesem Schreiben mit ihrer Unterschrift zu, wobei sie auf einige Vorbehalte in ihrem Begleitschreiben vom 24. Juni 1958 hinwies. Danach sollte u.a. nur eine Vertragsdauer von 5 Jahren vereinbart sein.

Die Klägerin übersandte am 25. Juni 1958 an die Beklagte 2 Akzepte über je 3.500,-- DM, die von der Klägerin am 19. und 21. September 1958 eingelöst wurden. In den nachfolgenden Verhandlungen wurden sich die Parteien über die von der Klägerin zu erwerbenden drei Filme einig. Der Film "Das Lied von Kaprun", der allein Gegenstand der vorliegenden Klage bildet, wurde später von der Klägerin im Einverständnis mit der Beklagten gegen einen der drei zunächst von der Klägerin ausgewählten Filme ausgetauscht. Die Beklagte überließ der Klägerin Kopien der von der Klägerin gewählten Filme. Bestätigungen der Kopieranstalten wurden jedoch nicht beigebracht. Nachdem die Klägerin mit Schreiben vom 2. Oktober 1958 diese Bestätigung vergeblich angemahnt hatte, wiederholte sie mit Schreiben vom 10. Oktober 1958 diese Mahnung und legte der Beklagten gleichzeitig den Entwurf des "Vertrages" bezüglich der drei Filme vor. Die Beklagte unterzeichnete den Vertragsentwurf nicht, die Klägerin zahlte die Restsumme von 3.500,-- DM nicht.

Am 30. Dezember 1958/18. Januar 1959 schloß die Klägerin mit dem "Se. Fr. Be." einen Vertrag, aufgrund dessen die Klägerin den Film "Das Lied von Kaprun" für eine Fernsehendung am 1. Februar 1959 gegen eine Sendegebühr von

10.311,-- DM zur Verfügung stellte. Dieser Vertrag wurde nicht durchgeführt, weil die Auswertungsrechte an diesem Film von einer dritten Firma in Anspruch genommen wurden. Im Zusammenhang mit dieser Angelegenheit richtete die Beklagte am 5. Februar 1959 an die Klägerin folgendes Schreiben:

" Unter Bezugnahme auf unsere verschiedenen Telefonate möchte ich mein Bedauern über das Mißgeschick aussprechen, das in der Rechteerklärung des Filmes eingetreten ist.

Ich habe vor einigen Tagen mit dem Abteilungsleiter des Fernsehsenders Be■■■■, Herrn A■■■■, gesprochen und in Gegenwart von Dr. Ha■■■■ und Herrn Ec■■■■ erklärt, daß die ETG vollkommen korrekt gehandelt hat, da sie sich auf den übersandten Vertrag zwischen der A D■■■■-Film und dem IFC verlassen hatte. Ich machte Herrn A■■■■ den Vorschlag, einen Austauschfilm anzunehmen, was aber in Anbetracht der kurz bevorstehenden Sendung nicht mehr möglich war...".

Mit der Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden ist, daß ihr die Beklagte die Auswertungsrechte an dem Film "Das Lied von Kaprun" nicht übertragen hat. Hinsichtlich der weiteren beiden Filme ist nach dem Vortrag der Klägerin das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien einverständlich aufgehoben worden.

Die Klägerin hat nach Abschluß eines Teilvergleichs beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 8.867,66 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Sie stützt diesen Anspruch auf den Gewinn, den sie hätte erzielen können, falls die Beklagte ihr die Auswertungsrechte an dem Film übertragen hätte sowie auf Aufwendungen, die ihr dadurch erwachsen seien, daß sie auf den Erwerb dieser Auswertungsrechte von der Beklagten vertraut habe.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie macht geltend, daß zwischen ihr und der Klägerin nur unverbindliche Vorverhandlungen geführt worden seien. Eine vertragliche Verpflichtung, der Klägerin die fraglichen Filmauswertungsrechte zu verschaffen, sei von ihr nicht übernommen worden.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieses Urteil aufgehoben und der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat das Ergebnis der Beweisaufnahme und die von den Parteien vorgelegte Korrespondenz dahin gewürdigt, daß durch das von beiden Parteien unterzeichnete Schreiben vom 23. Juni 1958 in Zusammenhalt mit ergänzenden späteren mündlichen Abmachungen ein beide Parteien bindender Vorvertrag zustande gekommen sei. Nach diesem Vorvertrag seien die Parteien zum Abschluß eines Hauptvertrages verpflichtet gewesen, dessen Gegenstand die Übertragung der Auswertungsrechte an drei Filmen bilden sollte, die die Klägerin aus zehn ihr von der Beklagten angebotenen Filmen auszuwählen hatte und für die die Klägerin einen Kaufpreis von 3.500,-- D pro Film zahlen sollte. Die Beklagte sei mit ihrer Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages in Verzug geraten. Da die Beklagte den Abschluß des Hauptvertrages ernsthaft verweigert habe, sei sie auch ohne Nachfristsetzung gemäß § 326 BGB verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, der der Klägerin dadurch entstanden sei, daß sie ihr nicht durch Abschluß des

Hauptvertrages die allein noch strittigen Auswertungsrechte an dem Film "Das Lied von Kaprun" verschafft habe. Dies rechtfertige den geltend gemachten Zahlungsanspruch.

2. a) Die Revision beanstandet in erster Linie, das Berufungsgericht habe die von der Rechtsprechung zum sog. Vorvertrag entwickelten Rechtsgrundsätze verletzt. Der Abschluß eines Vorvertrages bilde eine Ausnahme. Die Regel sei der Abschluß eines sofort wirksamen Hauptvertrages. Es müßten deshalb besondere Gründe vorliegen, aus denen die Parteien ohne Abschluß eines Hauptvertrages schon eine Bindung hinsichtlich des Abschlusses eines künftigen Vertrages gewollt hätten.

Dies ist richtig, jedoch vom Berufungsgericht auch nicht verkannt worden. Vielmehr hat sich das Berufungsgericht ausdrücklich mit den besonderen Gründen auseinandergesetzt, weshalb die Parteien einerseits schon am 23. Juni 1958 eine vertragliche Bindung angestrebt haben, andererseits in diesem Zeitpunkt der sog. Hauptvertrag noch nicht zustande kommen konnte. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, der Hauptvertrag habe am 23. Juni 1958 deshalb noch nicht geschlossen werden können, weil in diesem Zeitpunkt die Titel der drei von der Klägerin zu erwerbenden Filme noch nicht festgestanden hätten und weil die Rechtsinhaberschaft der Beklagten noch nicht durch Urkunde belegt gewesen sei. Andererseits sei die Klägerin am 23. Juni 1958 zur sofortigen Zahlung eines erheblichen Teiles der Kaufpreissumme verpflichtet worden. Die Gegenleistung der Beklagten hierfür habe ihre vertragliche Bindung durch den Vorvertrag dargestellt, durch die die Leistungen der Klägerin hätten gesichert werden sollen. Da die Parteien bei dem strittigen Geschäft zum ersten Mal in Geschäftsverbindung miteinander gestanden hätten, hätte die Klägerin auch einen besonderen Anlaß gehabt, eine derartige Sicherung zu fordern. Durch die beiderseitige Unterzeichnung des Schreibens vom 23. Juni 1958

hätten die Parteien zudem bekundet, daß sie sich der besonderen Bedeutung des Inhalts dieses Schreibens bewußt gewesen seien.

Diese Würdigung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Zu Unrecht meint die Revision, schon der Umstand, daß es in dem Schreiben vom 23. Juni 1958 heiße, es solle sodann ein "endgültiger" Vertrag geschlossen werden, spreche gegen die Annahme, die Parteien hätten bereits durch dieses Schreiben vertragliche Verpflichtungen übernehmen wollen. Es steht vielmehr mit der Rechtsnatur eines Vorvertrages durchaus im Einklang, bei seinem Abschluß von der späteren Vornahme eines "endgültigen" Vertrages zu sprechen, zumal wenn - wie im Streitfall - die Konkretisierung des Vertragsgegenstandes - wie hier die von der Klägerin auszuwählenden drei Filme - nach dem Willen der Parteien einem späteren Zeitpunkt vorbehalten bleiben soll. Vorverträge haben ja gerade für diejenigen Fälle Bedeutung, in denen der Abschluß des endgültigen Vertrages aus irgendwelchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen noch nicht erfolgen kann, während die Parteien eine dem angestrebten Zweck entsprechende Bindung schon jetzt begründen wollen.

Entgegen der Ansicht der Revision besagt auch der nachträgliche Austausch eines der von der Klägerin zunächst ausgewählten Filme mit dem hier umstrittenen Film nichts gegen die Verbindlichkeit der von den Parteien in dem Schreiben vom 23. Juni 1958 geregelten Verpflichtungen. Denn eine e i n v e r s t ä n d l i c h e Abänderung von vertraglichen Vereinbarungen/^{ist} gemäß § 305 BGB jederzeit möglich. Es kann deshalb aus einer solchen Abänderung nicht die Unverbindlichkeit der ursprünglichen Abrede gefolgert werden.

Die Revision macht weiterhin geltend, ein Vorvertrag müsse ein solches Maß an Bestimmtheit enthalten, daß im Streitfall der Inhalt des Vertrages richterlich festgesetzt und bei einer etwa fehlenden Einigung der Parteien in einzelnen Punkten unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens ergänzt werden könne (BGH, Lindenmaier-Möhring Nr. 3 zu § 705 BGB). Fehle es an einer ausreichenden Bestimmtheit, so bleibe es bei der Regel des § 154 BGB, wonach ein Vertrag, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte geeinigt hätten, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Einigung getroffen werden sollte, im Zweifel nicht als geschlossen anzusehen sei. Dies gelte auch bei Vorverträgen. Das aber habe das Berufungsgericht bei seiner Würdigung der zwischen den Parteien getroffenen Abmachungen nicht ausreichend berücksichtigt. Andernfalls hätte es daraus, daß am 23. Juni 1958 noch die Auswahl von drei Filmen aus den zehn namentlich genannten Filmen gefehlt habe, auch eine Einigung über die Vertragszeit noch ausgestanden hätte, auf die Unverbindlichkeit der fraglichen Abreden schließen müssen.

Auch dieser Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. Es trifft zwar zu, daß die Beklagte bei Unterzeichnung des Schreibens vom 23. Juni 1958 auf die Vorbehalte in ihrem Begleitschreiben vom 24. Juni 1958 hingewiesen hat, wonach entgegen dem Vorschlag der Klägerin nur eine Vertragsdauer von 5 Jahren vereinbart werden sollte. Das Berufungsgericht stellt hierzu jedoch in den Urteilsgründen fest, daß in bezug auf die Vertragsdauer zwischen den Parteien Übereinstimmung erzielt wurde. Diese Feststellung ist für das Revisionsgericht bindend. Die Tatsache aber, daß die Klägerin erst nach Unterzeichnung des Schreibens vom 23. Juni 1958 die Auswahl der drei Filme aus den von der Beklagten angebotenen zehn Filmen vornehmen sollte, ist, wie das Berufungs-

gericht in anderem Zusammenhang zu Recht hervorhebt, gerade der Grund dafür, weshalb ein "endgültiger" Vertrag in diesem Zeitpunkt noch nicht geschlossen wurde, woraus sich im Hinblick auf die von der Klägerin alsbald zu leistende Kaufpreisanzahlung das Bedürfnis für eine vorläufige vertragliche Regelung ergab.

Die Revision bemängelt weiterhin, das Berufungsgericht habe bei Erörterung der Frage, ob die Parteien sich bereits so weitgehend über alle wesentlichen Punkte geeinigt hätten, daß eine ausreichende Bestimmtheit des Vorvertrages angenommen werden könne, die nur mündlich getroffenen Abreden über die Übernahme des technischen Risikos sowie des Zensurrisikos nicht berücksichtigen dürfen, da es selbst davon ausgehe, daß die Parteien für den Hauptvertrag Schriftform vereinbart hätten. Die Annahme des Berufungsgerichtes, daß ein Vorvertrag nicht der für den Hauptvertrag vereinbarten Schriftform bedürfe, stehe im Widerspruch zu der sich im Filmhandel mehr und mehr durchsetzenden Tendenz, sich nur in schriftlicher Form endgültig binden zu wollen. Auch dieser Revisionsangriff greift nicht durch. Der Grundsatz, daß die Gültigkeit des Vorvertrages von der Wahrung der für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebenen Form abhängt, gilt nicht für die gewillkürte Schriftform. Soweit die Formbedürftigkeit des Hauptvertrages auf Parteivereinbarung beruht, ist es vielmehr Auslegungsfrage, ob sich das vereinbarte Formerfordernis nach dem Willen der Vertragsparteien auch auf einen Vorvertrag beziehen soll (BGH NJW 1958, 1531). Dies hat das Berufungsgericht im Streitfall aufgrund des Beweisergebnisses über den Gang der Verhandlungen sowie aufgrund des Wortlauts des Schreibens vom 23. Juni 1958 rechtsirrtumsfrei verneint. Diese grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltene Auslegung der Willenserklärungen der Vertragsparteien kann durch den Hinweis

der Revision auf angeblich im Filmhandel bestehende Bestrebungen, für endgültige vertragliche Bindungen stets die Schriftform zu wählen, nicht erschüttert werden, zumal da das Berufungsgericht hervorhebt, ihm sei aus eigener Sachkunde bekannt, daß im Filmgeschäft häufig mündliche Abreden getroffen würden. Ein für beide Streitteile verbindlicher Handelsbrauch, der dieser Auslegung des Berufungsgerichts entgegenstehen würde, ist von der Beklagten weder behauptet noch unter Beweis gestellt worden.

Im übrigen übersieht die Revision, daß § 154 BGB nur eine Auslegungsregel gibt. Auch wenn über einzelne Punkte eines Vertrages noch keine Einigung erzielt ist, kann der übereinstimmende Wille der Parteien dahin gehen, bereits vor Regelung dieser Punkte eine vertragliche Bindung eintreten zu lassen (RGZ 60, 174, 178). Eine dahingehende Willensübereinstimmung der Parteien aber hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß bereits für den Zeitpunkt der beiderseitigen Unterzeichnung des Schreibens vom 23. Juni 1958 festgestellt. Abgesehen hiervon steht es nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit den Parteien frei, einen wegen fehlender Regelung einzelner Punkte noch nicht zustande gekommenen Vertrag dadurch als abgeschlossen zu behandeln, daß er ganz oder zum Teil vollzogen wird. So aber liegt es im Streitfall. Die Klägerin hatte den wesentlichen Teil des vereinbarten Kaufpreises bereits gezahlt. Die Beklagte hatte ihr eine Kopie des Filmes "Das Lied von Kaprun" zur Verfügung gestellt. Mit Schreiben vom 5. Februar 1959 hatte die Beklagte der Klägerin weiterhin bestätigt, daß sie berechtigt gewesen sei, bezüglich des strittigen Filmes mit dem Se[REDACTED] "Fr[REDACTED] Be[REDACTED]" in Vertragsverhandlungen zu treten. Hierin hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß das Zugeständnis der Beklagten erblickt, daß der Klägerin die Kopie dieses Filmes von der Beklagten zur Auswertung überlassen war. Auch hat das Beru-

fungsgericht als erwiesen angesehen, daß der Geschäftsführer Wi■■■■ der Beklagten sich im Februar oder März 1959 bereit erklärt hat, einen Ersatzfilm für den strittigen Film zu beschaffen und der Klägerin eine etwaige Ertragsdifferenz zu ersetzen. Aus diesem Verhalten der Beklagten aber konnte die Klägerin entnehmen, daß auch die Beklagte von einer gegenseitigen vertraglichen Bindung jedenfalls hinsichtlich des Filmes "Das Lied von Kaprun" ausging. Hieran aber muß sich die Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr (§ 242 BGB) festhalten lassen (vgl. u.a. ^{BGH}/Lindenmaier-Möhring § 154 BGB Nr. 2). Es kann jedoch dahinstehen, nicht - jedenfalls hinsichtlich des allein noch strittigen Filmes "Das Lied von Kaprun" - von einem durch teilweisen Vollzug in Kraft gesetzten Hauptvertrag auszugehen ist. Denn auch wenn mit dem Berufungsgericht zugunsten der Beklagten nur eine vorvertragliche Bindung der Beklagten angenommen wird, erweist sich, wie im folgenden darzulegen ist, der geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der von der Beklagten nach diesem "Vorvertrag" übernommenen Verpflichtung zum Abschluß eines Hauptvertrages als gerechtfertigt.

3. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zum Ersatz des vollen Schadens für verpflichtet erachtet, der der Klägerin dadurch entstanden ist, daß die Beklagte nicht durch Abschluß des Hauptvertrages die Auswertungsrechte an dem Film "Das Lied von Kaprun" auf die Klägerin übertragen hat.

Die Revision macht geltend, die Begründung des angefochtenen Urteils sei insoweit in sich widerspruchsvoll. Einerseits stelle das Berufungsgericht fest, daß die Beklagte die Fernsehrechte an dem Film "Das Lied von Kaprun" nicht auf die Klägerin hätte übertragen können, weil die K■■■■-Ad■■■■-Film, von der die Beklagte ihrerseits diese Rechte erworben zu haben

glaubte, nicht im Besitz der Auswertungsrechte gewesen sei; andererseits gehe das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte die fraglichen Filmauswertungsrechte von dritter Seite habe beschaffen können. Wäre aber die Beklagte zum Erwerb dieser Rechte in der Lage gewesen, so hätte die Schadensersatzpflicht der Beklagten gemäß § 326 BGB eine ergebnislose Fristsetzung vorausgesetzt. Das Berufungsgericht habe zwar eine Fristsetzung für entbehrlich gehalten, weil die Beklagte die Vertragserfüllung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Die Annahme der Ernsthaftigkeit der Erfüllungsverweigerung der Beklagten hätte das Berufungsgericht aber nicht darauf stützen dürfen, daß der Beklagten eine Erfüllung nicht möglich gewesen sei, weil dies im Widerspruch zu seiner in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellung stehe, die Beklagte habe sich die fraglichen Filmauswertungsrechte von dritter Seite beschaffen können.

Auch dieser Revisionsangriff kann keinen Erfolg haben. Nach den rechtsirrtumsfreien Darlegungen des Berufungsgerichts hatte die Beklagte sich verpflichtet, mit der Klägerin einen Hauptvertrag abzuschließen, der die Übertragung der Auswertungsrechte an dem strittigen Film zum Gegenstand haben sollte. Dieser Vorvertrag aber wäre in entsprechender Anwendung des in § 306 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens nichtig, falls die Übertragung derartiger Rechte bereits bei Abschluß des Vorvertrages für jedermann unmöglich gewesen wäre, etwa weil sämtliche Filmstreifen (Negativ und Kopien) vernichtet waren. Lediglich um klarzustellen, daß im Streitfall nur ein ursprüngliches subjektives Unvermögen der Beklagten zur Verschaffung der Filmauswertungsrechte gegeben ist, für das die Beklagte ohne Rücksicht auf Verschulden einzustehen hat (vgl. BGHZ 2, 331; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht 2. Aufl. S. 317 ff), weist das Berufungsgericht darauf hin, daß die Beklagte sich die Filmauswertungsrechte von dritter

Seite habe beschaffen können. Hieraus folgert das Berufungsgericht zu Recht, daß die Beklagte zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet gewesen sei, obwohl sich inzwischen herausgestellt hatte, daß sie nicht Inhaberin der strittigen Auswertungsrechte war. Da die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trotz mehrfacher Mahnungen der Klägerin den Hauptvertrag nicht abgeschlossen hat, geht das Berufungsgericht weiterhin ohne Rechtsverstoß davon aus, daß die Beklagte mit der ihr obliegenden Leistung in Verzug geraten sei.

Für den Schaden aber, der der Klägerin durch den Nichtabschluß des Hauptvertrages und damit dem Nichterwerb der strittigen Auswertungsrechte entstanden sei, habe die Beklagte, so führt das Berufungsgericht aus, gemäß § 326 BGB Ersatz zu leisten. Einer Fristsetzung seitens der Klägerin habe es nicht bedurft, weil die Beklagte ernsthaft und endgültig die Erfüllung des Vorvertrages verweigert habe. Auch diese rechtliche Würdigung steht im Einklang mit anerkannten Rechtsgrundsätzen. Soweit aber das Berufungsgericht die Ernsthaftigkeit der Weigerung der Beklagten, den Hauptvertrag abzuschließen, daraus entnimmt, daß die Beklagte zur Übertragung der strittigen Auswertungsrechte nicht imstande gewesen sei, so ist dies entgegen der Ansicht der Revision mit den Ausführungen des Berufungsgerichts zur Leistungspflicht der Beklagten durchaus vereinbar. Denn in diesem Zusammenhang geht es nicht darum, ob von Anfang an die Leistung, zu der sich die Beklagte in dem Hauptvertrag verpflichten sollte, objektiv oder nur subjektiv unmöglich gewesen ist, sondern um die hiervon zu unterscheidende Frage, ob die Klägerin nach dem Verhalten der Beklagten annehmen durfte, die Beklagte sei im konkreten Fall außerstande, das Leistungshindernis durch Erwerb der fraglichen, einem Dritten zustehenden Filmauswertungsrechte zu beseitigen.

Dies aber hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei bejaht. Diese Beurteilung der Sach- und Rechtslage stimmt überein mit den Bekundungen des als Zeugen vernommenen damaligen Handlungsbevollmächtigten der Klägerin, Ber[REDACTED], dem das Berufungsgericht vollen Glauben geschenkt hat. Hiernach ist die Beklagte im Februar oder März 1959 an den Zeugen mit der Anregung herangetreten, einen Ersatzfilm für den ausgefallenen Film "Das Lied von Kaprun" zu beschaffen und hat sich bereit erklärt, die bei Auswertung dieses Ersatzfilms etwa entstehende Einnahmedifferenz der Klägerin zu erstatten. Aus diesem Verhalten der Beklagten aber mußte die Klägerin entnehmen, daß die Beklagte sich selbst endgültig und ernsthaft zu der Leistung, die Gegenstand des Hauptvertrages bilden sollte, außerstande erklärte. Damit aber erübrigte sich eine Nachfristsetzung, die bei dieser Sachlage nur eine leere Form bedeutet hätte (RGZ 56, 234; BGH WM 1957, 1342; BGB-RGRK 11. Aufl. § 326 BGB Anm. 15).

Der in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht der Revision, aus einem Vorvertrag könne stets nur auf Abschluß des Hauptvertrages, nicht dagegen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer erst mit Abschluß des Hauptvertrages geschuldeten Leistung geklagt werden, kann nicht beige-
pflichtet werden. Vielmehr können dem Berechtigten aus einem Vorvertrag bei Verweigerung des Abschlusses des Hauptvertrages auch Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB erwachsen (Soergel-Siebert, BGB 9. Aufl. Vorbem. 19 vor § 145; Greulich, Betrieb 1955, 90). Dies gilt nicht nur, wenn der Verpflichtete unter Verletzung vorvertraglicher Bindungen einen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, sondern kann auch in Betracht kommen, wenn infolge Verzuges das Interesse am Abschluß des Hauptvertrages entfallen ist oder der Abschluß des Hauptvertrages abgelehnt wird, weil der Verpflichtete nicht in der Lage ist,

die Leistung zu erbringen, die nach den vorvertraglichen Absprachen Gegenstand des Hauptvertrages bilden sollte.

4. a) Zur Höhe des zuerkannten Schadensersatzbetrages bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe § 252 BGB verletzt, indem es daraus, daß die Be[redacted] GmbH den Film in der Schweiz mit einer Einnahme von 1500 Schweizer Franken habe auswerten können, gefolgert habe, die Klägerin hätte einen gleichen Auswertungsvertrag abschließen können. Nach § 252 BGB müsse entweder der abstrakte oder der konkrete Gewinn wahrscheinlich sein; damit, daß die Be[redacted] GmbH 1500 Schweizer Franken erzielt habe, sei aber noch nicht wahrscheinlich, daß dies auch der Klägerin gelungen sei.

Auch dieser Revisionsangriff ist unbegründet. § 252 Abs. 2 BGB schafft nach herrschender Meinung eine Beweiserleichterung insofern, als die bloße Wahrscheinlichkeit der Erwartung des Gewinnes anstelle des positiven Nachweises des Gewinnentganges genügen soll. Bei der sog. konkreten Schadensberechnung sind nun zwar die besonderen Vorkehrungen und Anstalten, aus denen die Gewinnerwartung hergeleitet wird, stets im einzelnen darzulegen und zu beweisen (BGHZ 2, 310, 314). Bei der daneben zulässigen abstrakten Schadensberechnung dagegen genügt es, wenn der Gewinn "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" erwartet werden konnte (BGHZ 29, 393). Dies aber hat das Berufungsgericht im Streitfall ohne Rechtsverstoß bejaht. Zwar haben Filmauswertungsrechte im allgemeinen keinen genau zu errechnenden "Marktpreis". Sie sind aber Gegenstände des Handelsverkehrs, und es ist bis zum Beweise des Gegenteils in der Regel anzunehmen, daß sie jederzeit wirtschaftlich verwertbar sind (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 10 und 11 zu § 252 BGB). Für diese wirtschaftliche Verwertbarkeit und die Höhe des zu erzielenden Erlöses sprach im Streitfall die Auswertung des Filmes durch die Be[redacted] GmbH in der Schweiz. Bei dieser Sachlage aber

23

wäre es Sache der Beklagten gewesen, die für die Klägerin streitende Vermutung, daß sie in der Lage gewesen wäre, ein gleichwertiges Auswertungsentgelt zu erzielen, zu entkräften (aaO § 252 Anm. 12). In dieser Richtung hat sie aber nichts dargetan.

- b) Die Revision beanstandet schließlich noch, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Verwertung des Filmes "Das Lied von Kaprun" durch die Ber[redacted] GmbH 1500 Schweizer Franken und nicht 1500 Deutsche Mark erbracht habe.

Auch diese Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht gibt das Auswertungsergebnis, das die Ber[redacted] GmbH in der Schweiz erzielt hat, durchaus zutreffend mit 1500 Schweizer Franken wieder. Wenn das Berufungsgericht hieraus eine Schadensersatzforderung der Klägerin in Höhe von 1500 DM gefolgert hat, so ist es ersichtlich davon ausgegangen, die Klägerin hätte einen Vertrag mit der Schweizer Firma auf der Basis deutscher Währung abgeschlossen, wobei der geringfügige Kursunterschied zwischen Schweizer Franken und Deutscher Mark bei der Aushandlung einer solchen Pauschalvergütung nicht ins Gewicht gefallen wäre. Diese Würdigung aber liegt durchaus im Rahmen des dem Gericht bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO zustehenden Ermessensspielraums (BGHZ 29, 393, 398, 400). Ein in der Revisionsinstanz nachprüfbarer Ermessensfehler ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Nach alledem war die Revision zurückzuweisen. Die Kosten-
entscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Wilde

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Herr Bundesrichter Pehle ist
infolge Urlaubsabwesenheit,
Herr Bundesrichter Ebel in-
folge Krankheit an der Unter-
schriftsleistung verhindert.

Wilde