

2

2078 073
BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZK 119/64

URTEIL

Verkündet am
7. April 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Karl Wilhelm S [REDACTED], chemisch-pharma-
zeutische Fabrik, Alleininhaber Kaufmann Karl Wilhelm
S [REDACTED] in W [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Dr. W [REDACTED] & Co., chemisch-pharmazeu-
tische Erzeugnisse, offene Handelsgesellschaft in
L [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihre persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Wolfgang
W [REDACTED], Helmut A [REDACTED] und Georg K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 6. Februar 1964 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma Johann Sch[REDACTED] GmbH, die chemisch-pharmazeutische und kosmetische Mittel herstellt, übertrug der Firma K[REDACTED], Dr. W[REDACTED] & Co. GmbH mit Vertrag vom 14. November 1951 den Alleinvertrieb des von ihr hergestellten Präparates Jositin und räumte ihr für alle ihre anderen chemisch-pharmazeutischen und kosmetischen Erzeugnisse ein Vorrecht auf den Alleinvertrieb ein. Die Nummern 2, 3, 5 und 6 des Vertrages lauten auszugsweise:

2.

Wider verpflichtet sich, für den Vertrieb der Präparate von Sch[REDACTED] seinen gesamten Verkaufsapparat und seine Betriebs-Erfahrungen voll einzusetzen. Sch[REDACTED] hat für die Bereitstellung ausreichender Mengen der Präparate zu sorgen, so daß die von K[REDACTED] erzielten Umsätze pünktlich zur Auslieferung kommen können.

- 3 -

3.

Für seine Vertriebstätigkeit erhält W. von Sch. einen Nachlaß von $33 \frac{1}{3}$ % auf alle Aufträge aus dem Vertriebsgebiet. Dieser Satz errechnet sich aus dem jeweiligen Einkaufspreis des Einzelhandels.

5.

Für den vereinbarten Nachlaß übernimmt W. folgende Leistungen:

- a) ...
- b) ...
- c) Werbeberatung für Sch. während der Einführungszeit der Präparate einschließlich des Entwurfs von Werbetexten und Vorlage von Layouts für graphische Arbeiten.
- d) Steuerung der Werbemaßnahmen im Einvernehmen mit Schmidt.
- e) ...

6.

Die Aufwendungen für Werbemaßnahmen (Plakate, Prospekte, Inserate, Dekorationen, Werbebriefe usw.) trägt Sch. Diese Aufwendungen erfolgen nach dem Ermessen von Sch.

Die Firma Johann Sch. GmbH fiel in Konkurs. Der beklagte Kaufmann Karl Wilhelm Sch. führt den Betrieb der Gesellschaft fort. Er schloß mit der klagenden Firma Dr. W. & Co., die sich als Rechtsnachfolgerin der Firma K., Dr. W. & Co. GmbH bezeichnet, am 1. Dezember 1957 einen Vertrag, wonach der Vertrag vom 14. November 1951 unter den dort festgesetzten Bedingungen zwischen den jetzigen Vertragsparteien fortgesetzt werden sollte. Die Verlängerung erfolgte auf 10 Jahre. Nr. III des Vertrages lautet:



Herr Sch[REDACTED] wird für Werbung folgende Beträge bereitstellen:

Bei einem Umsatz ab

DM 25.000,--	monatlich	=	20 %	des Umsatzes
DM 30.000,--		=	25 %	" "
DM 40.000,--		=	30 %	" "
DM 50.000,--		=	40 %	" "
DM 60.000,--		=	42 %	" "
DM 70.000,--		=	43 %	" "

Es wird hierbei von dem Umsatz zwischen Herrn Sch[REDACTED] und der Firma Dr. W[REDACTED] & Co. ausgegangen.

In den Jahren 1958 und 1959 gab die Beklagte für Werbung nur Beträge aus, die erheblich unter denjenigen lagen, die nach Nr. III des neuen Vertrages von ihr für Werbung bereitzustellen waren. Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, die Beklagte sei verpflichtet, die Beträge, die sie nach Nr. III des Vertrages für Werbung bereitzustellen habe, für Werbung auch auszugeben. Die Klägerin behauptet, ihr Umsatz sei durch die zu geringen Werbeaufwendungen der Beklagten zurückgegangen, so daß sie Schaden erlitten habe und laufend erleide. Die Beklagte vertritt nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils die Ansicht, nach dem Vertrage stehe in ihrem Ermessen, wie sie werbe und welche Mittel sie dafür ausgabe.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Feststellung, daß die Beklagte die nach Nr. III des Vertrages vom 1. Dezember 1957 für die Werbung bereitzustellenden Beträge auch auszugeben habe.

Das Landgericht hat die Klage wegen offenen Einigungsmangels abgewiesen. Das Berufungsgericht hat nach dem Klageantrage erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Abweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Ein Interesse der Klägerin an der begehrten Feststellung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Entgegen der Auffassung der Revision hätte die Klägerin keine Leistungsklage erheben können. Ihr steht ein Anspruch darauf, daß die Beklagte bestimmte Leistungen bei ihrer Werbung erbringe, nicht zu, weil die Art und Weise, in der die bereitzustellenden Mittel für eine Werbung zu verwenden sind, im alleinigen Ermessen der Beklagten steht und auch die Höhe der Aufwendungen der Beklagten für die Werbung von den monatlichen Umsätzen abhängt.

II.

1.) Das Berufungsgericht legt die Nr. III des Vertrages vom 1. Dezember 1957 dahin aus, daß die Beklagte verpflichtet sein sollte, die in dieser Nummer genannten Beträge für Werbung auch auszugeben. Es erwägt, die Verpflichtung, Geldmittel für einen bestimmten Zweck bereitzustellen, möge zwar im allgemeinen nicht die Verpflichtung einschließen, sie auch für diesen Zweck aufzuwenden, d.h. auszugeben. Im vorliegenden Fall wäre es jedoch für die Parteien sinnlos, wenn die Beklagte Mittel für Werbung nur hätte bereitstellen, aber nicht auch für diesen Zweck hätte ausgeben sollen, wenn also die Beklagte bestimmte

Beträge zwar für einen Zweck bereitzustellen hätte, sie aber jederzeit, sogar schon im nächsten Augenblick wieder abziehen und für irgendwelche andere Zwecke verwenden dürfte. Dazu komme, daß die von den Parteien nach Abwägung des Für und Wider ausgehandelten und vereinbarten Beträge zwar nicht ziffernmäßig bestimmt, aber objektiv bestimmbar seien. Es wäre schwer verständlich, daß die Parteien solche feststellbaren Beträge vereinbart haben sollten, ohne einen Zusatz wie beispielsweise "cirka, etwa, ungefähr" zu machen, wenn die Beträge nur eine Richtlinie hätten bedeuten sollen. Geradezu sinnlos wäre es aber gewesen, die umstrittene Vereinbarung zu treffen, wenn, wie die Beklagte jetzt ausführe, "die angeführten Prozentsätze auch als Richtlinien für eine Werbung völlig gegenstandslos" gewesen wären. Auch wenn ein subjektiver Auslegungsmaßstab angelegt werde, führe das zu derselben Auffassung. Unter dem Wort "Bereitstellen" nur ein internes, vorübergehendes Beschaffen zu verstehen, könne einem vernünftigen Willen der Parteien nicht entsprochen haben. Die Nr. III des neuen Vertrages bedeute eine Abänderung und Ergänzung des früheren, ebenso wie die übrigen Bestimmungen des neuen Vertrages den alten änderten und ergänzten. Die Nr. III des neuen Vertrages regele allerdings nur die Höhe und Berechnungsart der von der Beklagten für die Werbung bereitzustellenden Beträge. Er regele nicht die Frage, wie diese Mittel zu verwenden seien. Hierfür gälten die Bestimmungen der Nr. 5 c, d; 6 des alten Vertrages fort. Das heiße, daß die Art der Verwendung grundsätzlich im Ermessen der Beklagten stehe. Das Berufungsgericht prüft sodann, welche Partei bei ihrer Parteivernehmung die glaubwürdigere Bekundung gemacht habe, und meint, die Aussage des Mitinhabers der Klägerin K. verdiene zweifellos mehr Glauben, schon allein deshalb, weil

von einem vernünftigen, erfahrenen Kaufmann so widerspruchsvolle Erklärungen, wie der Inhaber der Beklagten sie abgegeben haben will, nicht erwartet werden könnten, es sei denn, er hätte seinen Partner arglistig hintergehen wollen.

2.) Die Revision rügt, das Berufungsgericht irre in seiner den Ausgangspunkt der Auslegung bildenden Erwägung, es wäre sinnlos gewesen, wenn die Beklagte zwar bestimmte Beträge für einen Zweck hätte bereitstellen müssen, sie aber jederzeit wieder hätte abziehen und für andere Zwecke verwenden dürfen. Das Berufungsgericht habe nämlich verkannt, daß es durchaus der Sinn der streitigen Klausel sein könne, einen Werbefond zu bilden, um die Erfüllung des Werbebedarfs unabhängig von den anderweitigen Aufwendungen der Beklagten zu machen und damit finanziell sicherzustellen, unbeschadet des Rechtes der Beklagten, nach eigenem kaufmännischen Ermessen über die jeweilige Inanspruchnahme der Werbemittel zu Werbezwecken zu entscheiden. Die Beklagte habe keineswegs behauptet, daß sie jederzeit bereitgestellte Werbemittel wieder abziehen dürfe. Sie habe vielmehr eingeräumt, daß sie die bereitgestellten Mittel für den Bedarfsfall zur Verfügung halten müsse.

Diese Rüge geht fehl. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe den Sachvortrag der Beklagten mißverstanden und falsch gewürdigt; das trifft indessen nicht zu. Die Revision führt vielmehr unzulässigerweise einen neuen Tatsachenvortrag in den Rechtsstreit ein. Die Beklagte hat in den vorhergehenden Rechtszügen niemals vorgebracht, daß sie Mittel in einem Fond gesammelt habe oder auch nur hätte sammeln wollen, um ihn, wenn es ihr gut scheine, etwa für eine besondere, über die laufende hinausgehende Werbung zu verwenden. Im Berufungsurteil wird bin-

dend für den Revisionsrechtszug festgestellt, bei den Verhandlungen vor Klageerhebung habe die Beklagte die Ansicht vertreten, wie sie werbe und welche Mittel sie dafür ausgabe, stehe in ihrem Belieben. Der Anwalt der Beklagten hat in deren Auftrag in seinem Schreiben vom 19. März 1962 ausdrücklich erklärt, lediglich das Ermessen seiner Partei bestimme die Höhe der Werbungsaufwendungen, nicht aber die Meinung der Klägerin, Bereitstellung sei keine Aufwendung. Ebenso hat die Beklagte sich im Rechtsstreit eindeutig auf den Standpunkt gestellt, sie sei nicht verpflichtet, die "bereitgestellten" Mittel überhaupt für die Werbung zu verwenden. Sie hat nicht einmal die Verpflichtung anerkannt, Mittel gerade in der in III festgelegten Höhe bereitzustellen, sondern gemeint, diese Klausel habe nur Richtlinien aufstellen sollen. So trägt sie im Schriftsatz vom 28. Mai 1962 vor, der Vertrag vom 1. Dezember 1957 habe in Nr. III nur allgemeine Zahlen festgesetzt, so daß, wenn die Beklagte, die allein über die Werbung als solche und die Aufwendungen nach freiem Ermessen zu bestimmen habe, die Werbung zulasse, diese Zahlen als Richtzahlen maßgebend sein sollten. Im Schriftsatz vom 8. April 1963 heißt es, der Inhaber der Beklagten habe bei den Vertragsverhandlungen klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, daß es sein freier Entschluß sei, ob über die Bereitstellung von Mitteln hinaus auch deren Einsatz in Frage komme. Die in Nr. III genannten Zahlen seien nur als Richtzahlen zu werten; hätten also nur sagen sollen, etwa "bis zu welchem Betrage" die Beklagte Beträge bereitstellen solle, seien aber sonst ohne weitere Bedeutung gewesen. Als Richtlinien für eine Werbung seien die angeführten Prozentsätze völlig gegenstandslos. Das Berufungsgericht durfte daher nach der

eigenen Einlassung der Beklagten davon ausgehen, sie sei der Auffassung, die festgelegten Prozentsätze seien unverbindliche Richtlinien für den Fall, daß sie sich entschließe, Werbung zu betreiben. Daraus konnte das Berufungsgericht schließen, die Beklagte behalte sich vor, bereitgestellte Beträge nach ihrem Belieben wieder abziehen und für irgendwelche anderen Zwecke zu verwenden. Das hat die Beklagte im Schriftsatz vom 7. Januar 1964 sogar zugegeben. Sie führt aus, wegen der ständigen Änderung der Wirtschaftslage, hätte eine allgemeine, bindende Regelung der Werbeausgaben auf 10 Jahre nicht getroffen werden können. Es könnten, um nur einen Fall zu nennen, plötzlich Neuinvestitionen erforderlich werden, die es unmöglich machten, die angeführten Beträge für Werbung auszugeben. Die Darstellung der Revision, die Beklagte habe nicht behauptet, daß sie jederzeit bereitgestellte Werbemittel wieder abziehen dürfe, trifft also nicht zu.

Danach ist auch der weiteren Verfahrensrüge der Boden entzogen, daß das Berufungsgericht nur unter Verletzung der Denkgesetze der Aussage des Inhabers der Klägerin deshalb mehr Glauben geschenkt habe, weil die Erklärungen des Inhabers der Beklagten widerspruchsvoll seien.

III.

Die Auffassung der Beklagten, der Vertrag sei wegen eines versteckten Einigungsmangels unwirksam, lehnt das Berufungsgericht ab. Es meint, der beiderseitige Wille und die beiderseitigen Erklärungen der Parteien hätten übereingestimmt. Dem ist mindestens im Ergebnis beizustimmen. Die Annahme des Berufungsgerichts, beide Parteien hätten

den gleichen Willen gehabt, steht allerdings in Widerspruch zu seiner weiteren Erwägung, ein etwaiger Irrtum des Inhabers der Beklagten sei bedeutungslos, weil er seine Erklärungen nicht angefochten habe. Der Inhaber der Beklagten hätte nur anfechten können, wenn sein Wille von seiner Erklärung abgewichen wäre. Dann aber hätte sich der Wille der beiden Parteien gerade nicht gedeckt. Auf die Übereinstimmung des Willens kommt es indessen für die Frage, ob ein Vertrag zustandegekommen ist, nicht an. Der versteckte Einigungsmangel setzt voraus, daß die Erklärungen der Parteien im Rechtsverkehr einen verschiedenen Sinn haben. Ob das der Fall ist, richtet sich nach objektiven Gesichtspunkten. Der Erklärungsinhalt ist deshalb nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte danach auszulegen, wie die Erklärungen der Beteiligten aufzufassen sind. Es kommt nicht darauf an, was die Parteien erklären wollten, sondern wie der Gegner die Erklärung verstehen mußte und durfte. Ergibt die Auslegung, daß die Erklärungen objektiv in einem bestimmten Sinne verstanden werden müssen, so liegt ein eindeutiger Sinn und damit eine Einigung vor. Für die Annahme eines versteckten Einigungsmangels ist dann kein Raum. Im vorliegenden Fall legt das Berufungsgericht, wie seine Ausführungen, insbesondere die Bezugnahme auf den vernünftigen Willen und auf das, was von einem vernünftigen, erfahrenen Kaufmann zu erwarten ist, ergeben, den objektiven Erklärungsinhalt der Abrede der Nr. III so aus, wie die Klägerin ihn verstanden haben will. Das ist also Vertragsinhalt geworden. Fehl geht danach auch die Annahme der Revision, das Berufungsgericht hätte bei richtiger Betrachtung der Sachlage zu der Feststellung gelangen können, daß die Klägerin die vereinbarte Klausel im Sinne der Beklagten hätte verstehen müssen.

IV.

Das Berufungsgericht hat sich auch mit dem Einwand der Beklagten auseinandergesetzt, daß die Klägerin nicht nach Abschluß des Vertrages vom 1. Dezember 1957 sich sofort gegen die zu geringe Höhe der Werbeausgaben der Beklagten gewandt habe. Es meint, der Beklagten könne nicht, insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung zum Nachteil angerechnet werden, daß sie bei einer zehnjährigen Laufzeit des Vertrages zweieinhalb Jahre zugewartet habe, wie sich die Dinge entwickeln würden. Sie habe dafür die einleuchtende Erklärung gebracht, daß sie der Beklagten, die aus dem Konkurs hervorgegangen sei, zunächst Ruhe gelassen habe, damit sie sich erst einmal vom Zusammenbruch erholen könne. Entgegen der Auffassung der Revision läßt diese tatrichterliche Würdigung keinen Rechtsirrtum erkennen.

V.

Das Berufungsgericht meint, ein etwaiger Irrtum des Inhabers der Beklagten über die Tragweite des Wortes "bereitstellen" sei bedeutungslos, weil er seine Erklärungen nicht nach § 119 BGB angefochten habe. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, daß in dem Schreiben des Anwalts der Beklagten vom 16. März 1962 eine Anfechtungserklärung liege. In diesem Schreiben heißt es:

...Hierüber (gemeint ist, daß die Aufwendungen für Werbung nach dem Ermessen der Beklagten erfolgen sollten,) kann es keine Diskussion geben und Ihre Meinung, daß Voraussetzung für Verhandlungen über eine Abänderung des Vertrages die Anerkennung der Zahlungsverpflichtung entsprechend den Ziffern des Vertrags von 1.12.1957 sei, muß als durchaus irrig bezeichnet und ein für allemal zurückgewiesen werden.

11

In dieser Wendung eines anwaltlichen Schreibens hat das Berufungsgericht zutreffend eine Irrtumsanfechtung nicht erblickt. Dem Schreiben kann unmöglich die Erklärung entnommen werden, die Beklagte habe sich geirrt und wolle sich von dem Vertrage vom 1. Dezember 1957 lösen. Einer solchen Auffassung widerspräche auch das gesamte Verhalten der Beklagten im Rechtsstreit. Sie hat niemals von einer Irrtumsanfechtung gesprochen. Der Verwendung des Ausdrucks "Anfechtung" bedarf es zwar nicht. Immerhin muß derjenige, der anfechten will, zum Ausdruck bringen, daß er wegen eines Willensmangels das Rechtsgeschäft nicht aufrecht erhalten will. Das gilt umsomehr, als der Anfechtende nach § 122 BGB dem Gegner den Vertrauensschaden zu ersetzen hat.

VI.

Die Revision der Beklagten war daher zurückzuweisen. Die Kosten der Revision sind der Beklagten nach § 97 ZPO auferlegt worden.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger