

V e r k ü n d e t

am 8. März 1960

Hofmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2231 076

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

In dem Rechtsstreit

der Stadt W [REDACTED], vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Rh [REDACTED]-R [REDACTED] Stadtreklame Dr. K [REDACTED] & Co., Kommanditgesellschaft in Re [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die Gesellschafter Dr. Ernst K [REDACTED] und Axel K [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 6. März 1959 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zwischen den Parteien hatte ein am 1. April 1931 geschlossener Vertrag gegolten, kraft dessen allein die Beklagte befugt war, auf öffentlichen, im Eigentum der Klägerin stehenden Straßen und Plätzen Plakatanschlagstellen (Tafeln oder Säulen) herzurichten und auszunutzen. In dem Vertrag (im folgenden als alter Vertrag bezeichnet) heißt es u.a.:

§ 2

Für die Überlassung des Ausnutzungsrechtes erhält die Stadt einen dauernden Anteil an den Bruttoeinnahmen aus dem Plakatanschlag in Höhe von 40 % [zuletzt 27 1/2 %].

Unter Bruttoeinnahmen werden alle diejenigen Einnahmen verstanden, die von den Auftraggebern auf Grund der erteilten Aufträge eingehen, abzüglich der von der Gesellschaft etwa zu zahlenden Anerkennungsgebühren für Anschlagstellen, die auf Privatgrundstücken errichtet sind.

§ 13

.... Beabsichtigt die Stadt [das Vertragsverhältnis] lediglich deshalb zu kündigen, weil ein günstigeres Vertragsangebot vorliegt, so ist der Gesellschaft die Möglichkeit zu geben, in dieses neue Angebot einzutreten.

§ 14

Mit Ablauf des Vertrages gehen sämtliche auf öffentlichen Straßen und Plätzen stehenden Anschlagstellen der Gesellschaft kostenlos in das Eigentum der Stadt über.

Am 31. März 1957 waren etwa 55 Anschlagstellen in Betrieb, davon 31 auf Grundstücken der Klägerin.

Die Klägerin hat der Beklagten das Vertragsverhältnis wegen eines ihr von der Deutschen Städte-Reklame GmbH (im folgenden als Städte-Reklame bezeichnet) vorgelegten Vertragsangebotes zum 31. März 1957 gekündigt. Darauf hat sich die

Beklagte bereit erklärt, an Stelle der von der Städte-Reklame gebotenen Vergütung von 42 % ein Entgelt von 43 % zu zahlen und mit dieser Maßgabe in das Vertragsangebot einzutreten. Am 28. März 1957 haben die Parteien miteinander einen Vertrag geschlossen, dessen Wortlaut - abgesehen von dem Prozentsatz des Entgelts - dem Vertragsangebot der Städte-Reklame entspricht (im folgenden als neuer Vertrag bezeichnet). In dem Vertrag heißt es u.a.:

§ 1

Gegenstand des Vertrages

Die Stadtgemeinde überträgt der Gesellschaft das Recht zur alleinigen planmäßigen Ausnutzung aller kraft ihres Verfügungsrechts freigegebenen Werbemöglichkeiten, insbesondere zur Errichtung und Ausnutzung von Anschlagssäulen und -tafeln auf den öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen der Stadtgemeinde.

§ 2

Anschlagstellen

1.) Die Gesellschaft ist berechtigt und verpflichtet, die jeweilige Bestzahl von Anschlagstellen (etwa je tausend Einwohner eine Stelle) zu betreiben. Die Gesellschaft hat zur Erreichung der jeweiligen Bestzahl die erforderlichen Anschlagstellen auf eigene Kosten zu errichten. Die Bestzahl für die Stadtgemeinde ist zur Zeit 55 Anschlagstellen.

2.)

3.) Ist gemeindeeigenes Gelände nicht ausreichend vorhanden, so kann die Gesellschaft im Einvernehmen mit der Stadtgemeinde für diese privates Gelände zur Errichtung von Anschlagstellen anpachten.....

4.)

5.)

6.) Bei Vertragsablauf gehen sämtliche zu diesem Zeitpunkt vorhandene Anschlagstellen auf Verlangen der Stadtgemeinde unentgeltlich in deren Eigentum über.

§ 3

Abgabe

1.) Die Gesellschaft zahlt für die ihr eingeräumten Rechte ein Entgelt in Höhe von 43 % des um die Vermittler-



vergütung nicht gekürzten Gesamtumsatzes innerhalb der Stadtgemeinde

2.)

§ 6

Vertragsdauer und Kündigung

1.) Dieser Vertrag beginnt am 1. April 1957 und läuft auf unbestimmte Zeit. Jeder der Parteien hat das Recht, mit dreimonatiger Frist zum Ende eines Vertragsjahres zu kündigen.

2.)

Die Beklagte hat auf Grund des neuen Vertrages, also für die Zeit seit dem 1. April 1957 Entgelt nur für Anschlagstellen bezahlt, die sich auf Grundstücken der Klägerin befinden. Den Vorschlag der Beklagten, daß sie weitere Anschlagstellen errichte, hat die Klägerin abgelehnt. Sie hat der Beklagten das Vertragsverhältnis zum 31. März 1958 gekündigt.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß der neue Vertrag sich auch auf diejenigen Anschlagstellen beziehe, welche die Beklagte bereits zur Zeit des Inkrafttretens dieses Vertrages auf Privatgrundstücken eingerichtet gehabt habe, und daß ihr die Beklagte deshalb auch insoweit Entgelt schulde. Sie hat ferner geltend gemacht, daß die Beklagte noch Entgelt für einige Anschlagstellen schulde, die auf ihren (der Klägerin) Grundstücken errichtet seien.

Die Klage ist auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung des Teilbetrages von 6500 DM nebst gestaffelten Zinsen gerichtet, abzüglich des während des Rechtsstreits gezahlten Betrages von 1377,77 DM, mit dem die Beklagte den Rest des von ihr für Anschlagstellen auf Grundstücken der Klägerin geschuldeten Entgelts beglichen hat.

Die Klägerin meint im Hinblick auf § 2 Abs. 6 des neuen Vertrages, der Beklagten seit dem 1. April 1958 die Ausnutzung ihrer (der Beklagten) auf Privatgrundstücken errichteten Anschlagstellen verbieten zu können. Deshalb hat die Beklagte

Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß sie berechtigt ist, auch nach Ablauf des neuen Vertrages von den nicht auf öffentlichen Straßen und Plätzen und nicht auf Grundstücken der Klägerin stehenden, von ihr (der Beklagten) errichteten Anschlagstellen Werbung durch Plakatanschlag zu betreiben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und die von der Beklagten mit der Widerklage begehrte Feststellung getroffen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, daß die Klägerin für die Zeit seit dem 1. April 1957 Ansprüche nur aus dem neuen Vertrag herleiten könne. Das Berufungsgericht hat weiter erwogen, Gesamtumsatz im Sinne von § 3 Abs.1 des neuen Vertrages sei daher nur der Umsatz, den die Beklagte durch Ausnutzung der ihr in diesem Vertrage eingeräumten Befugnisse erziele. Die Eigentumsverhältnisse an den Anschlagstellen, die bereits am 31. März 1957 auf Privatgrundstücken errichtet gewesen seien, würden durch den neuen Vertrag nicht berührt. Das ergebe sich aus § 14 des alten Vertrages, wonach mit dessen Ablauf die "auf öffentlichen Straßen und Plätzen stehenden Anschlagstellen" Eigentum der Klägerin hätten werden sollen. Darunter seien nur die auf Grundstücken der Klägerin befindlichen Anschlagstellen zu verstehen, wie aus § 1 des alten Vertrages zu entnehmen sei. Die auf Privat-

grundstücken stehenden Anschlagstellen seien für die Zeit seit dem 1. April 1957 weder Gegenstand noch Grundlage von Ansprüchen der Klägerin gegen die Beklagte. § 2 des alten Vertrages, durch den allein die Beklagte verpflichtet gewesen sei, für die Zeit bis zum 31. März 1957 Entgelt auch für die Anschlagstellen auf Privatgrundstücken an die Klägerin zu zahlen, habe mit Ablauf dieses Tages seine bindende Kraft verloren.

In der Zeit seit dem 1. April 1957 habe die Beklagte der Klägerin Entgelt nur noch für die auf den öffentlichen Wegen, Straßen und Plätzen der Klägerin bereits vorhanden gewesenen Anschlagstellen (§ 1 des neuen Vertrages) und ferner für etwa künftig auf diesem Gelände, äußerstenfalls auch auf privatem Gelände noch zu errichtenden Anschlagstellen (§ 2 Abs. 3 des neuen Vertrages) zu zahlen gehabt. Die Rechtslage sei für die Zeit seit dem 1. April 1957 keine andere als die, welche im Verhältnis zwischen der Klägerin und der Städte-Reklame bestanden haben würde, wenn die Klägerin mit dieser auf Grund ihres Angebots einen Vertrag abgeschlossen hätte. Es gehe zu Lasten der Klägerin, wenn sie ihre neuen vertraglichen Beziehungen zur Beklagten nur in der Weise begründet habe, daß sie das Angebot - von der Höhe des Entgelts abgesehen - unverändert zum Vertragsinhalt gemacht habe. Das gelte insbesondere für die hinsichtlich der sogenannten "Bestzahl" in § 2 Abs. 1 des neuen Vertrages getroffenen Regelung, die auch nur die zur Erreichung der Bestzahl von der Beklagten noch zu errichtenden Anschlagstellen betreffe. Die Klägerin habe es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie auf den Vorschlag der Beklagten nicht eingegangen sei, zur Erreichung der Bestzahl (im Rahmen des durch den neuen Vertrag begründeten Vertragsverhältnisses) weitere Anschlagstellen zu errichten.

Der Auffassung der Klägerin, sie habe für die Dauer des neuen Vertragsverhältnisses Entgelt auch für die zwar nicht auf ihren Grundstücken, wohl aber "im öffentlichen Verkehrsraum

befindlichen Anschlagstellen" zu beanspruchen, finde in den Verträgen keine Stütze.

B.

I. a) 1) Die Revision rügt als Verstoß gegen § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Klägerin nicht beachtet, es sei branchenüblich, daß der Werbeunternehmer, dem die Ausnutzung von städtischen Anschlagstellen eingeräumt worden sei, Entgelt auch für die auf Privatgrundstücken errichteten Anschlagstellen zu zahlen habe. Die Rüge ist unbegründet. Es mag davon ausgegangen werden, daß die etwaige Branchenübung auch dann besteht, wenn - wie hier - der Unternehmer selbst die Anschlagstellen sowohl auf städtischen Grundstücken wie auf Privatgrundstücken errichtet hat. Indessen ist ja im alten Vertrag hinsichtlich der auf Privatgrundstücken errichteten Anschlagstellen - wie die Revision nicht verkennet - eine der angeblichen Branchenübung entsprechende Regelung getroffen worden. Doch hat diese Regelung nur während der Laufzeit des alten Vertrages gegolten. In dem neuen Vertrag hat das Berufungsgericht eine entsprechende Regelung nicht gefunden, weil es ohne ersichtlichen Rechtsirrtum der Auffassung ist, daß der neue Vertrag die von der Beklagten auf Privatgrundstücken errichteten Anschlagstellen überhaupt nicht betrifft. Der neue Vertrag ist zwischen den Parteien nicht frei ausgehandelt, sondern allein auf das Angebot der Städte-Reklame abgestellt. Unter diesen besonderen Umständen ist eine von seinem Inhalt etwa abweichende Branchenübung für die vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander seit dem 1. April 1957 ohne Bedeutung gewesen. Daher ist die Verfahrensrüge der Revision unbegründet, das Berufungsgericht hätte dem Beweisantrag der Klägerin stattgeben sollen, der auf die Feststellung einer entsprechenden Branchenübung zielte.

2) Wenn die Revision es in diesem Zusammenhang ferner als Verletzung der genannten Verfahrensvorschrift bemängelt,

das Berufungsgericht sei der Behauptung der Klägerin nicht nachgegangen, es sei branchenüblich, daß entgeltpflichtige Anschlagstellen im Zweifel auch "übergehen", so ist dazu vorweg folgendes zu bemerken: Die Behauptung der Klägerin ist dahin gegangen, es sei branchenüblich, daß entgeltpflichtige Anschlagstellen im Zweifel auch "übergangspflichtig" seien. Demnach war es also nicht Darstellung der Klägerin, daß diese Anschlagstellen mit dem Abschluß eines neuen Vertrages im Zweifel von selbst "übergehen", sondern dahin, es sei branchenüblich, daß der Unternehmer sich im neuen Vertrag verpflichte, auch für die von ihm bereits auf Privatgrundstücken errichteten Anschlagstellen Entgelt zu bezahlen. Dem neuen Vertrag hat jedoch das Berufungsgericht nicht entnommen, daß der Beklagte sich so verpflichtet hat, wie denn auch die Revision an anderer Stelle bemerkt, es sei branchenüblich, alle entgeltpflichtigen Anschlagstellen "mitzuübertragen".

3) Die Revision sieht den Schwerpunkt der in § 14 des alten Vertrages getroffenen Regelung darin, daß die von der Beklagten auf Grundstücken der Klägerin errichteten Anschlagstellen **k o s t e n l o s** Eigentum der Klägerin werden, und bemerkt dazu, es sei branchenüblich, die übrigen Anschlagstellen "gegen Entgelt übergehen" zu lassen. Die Klägerin hat indessen vor dem Tatrichter eine Behauptung dieses Inhalts nicht aufgestellt; sie kann daher, weil erst in der Revisionsinstanz geltend gemacht, nicht berücksichtigt werden. Abgesehen davon ist dem angefochtenen Urteil zu entnehmen, daß das Berufungsgericht dem § 14 des alten Vertrages keine über seinen klaren Wortlaut hinausgehende Bedeutung beigemessen hat; das begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

b) 1) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe den Sinn der "Bestzahl" in § 2 des neuen Vertrages verkannt. Er sei darin zu erblicken, daß die Beklagte unter Einbeziehung der Anschlagstellen auf Privatgrundstücken nur 55 derartige Stellen habe betreiben dürfen. - Diese Auffassung scheitert an der

aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Deutung, die das Berufungsgericht dem neuen Vertrag hat angedeihen lassen.

2) Ob etwa zwischen den Parteien bei Abschluß des neuen Vertrages hinsichtlich dessen Inhalts ein versteckter Einigungsmangel (§ 155 BGB) obgewaltet hat, ist im Gegensatz zur Auffassung der Revision unerheblich. Denn daraus könnte keinesfalls die von der Revision für richtig gehaltene Rechtsfolge gezogen werden, daß der alte Vertrag über den 31. März 1957 hinaus weiter gegolten habe. Unabhängig davon nämlich, ob mit Wirkung vom 1. April 1957 ein neuer Vertrag in Kraft getreten ist, war und blieb das frühere Vertragsverhältnis infolge der von der Klägerin zum 31. März 1957 erklärten Kündigung des alten Vertrages erloschen. Das Berufungsgericht hat also § 139 ZPO schon deshalb nicht dadurch verletzt, daß es der Klägerin keine Gelegenheit geboten hat, sich unter dem Gesichtspunkt des § 155 BGB zu äußern.

c) Die Revision vermißt im angefochtenen Urteil die Berücksichtigung des Umstandes, daß die Klägerin bei der vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen Auslegung nach dem neuen Vertrag im Ergebnis erheblich geringere Einnahmen in Kauf genommen habe, als ihr nach dem alten Vertrag zugeflossen seien. Das trifft indessen nicht zu. Die Klägerin hatte es - wie auch das Berufungsgericht erwogen hat - in der Hand, ihre Einnahmen nach dem neuen Vertrag spürbar zu erhöhen, indem sie auf den Vorschlag der Beklagten einging, die Anschlagstellen stark zu vermehren. Im übrigen war das Risiko der Klägerin nicht sehr groß, denn sie konnte nach § 6 des neuen Vertrages die Beendigung des Vertragsverhältnisses bereits nach nur einjähriger Laufzeit herbeiführen und hat das auch getan. - Wäre dagegen der von der Klägerin für richtig gehaltenen Auslegung des neuen Vertrages zu folgen, so würde - wie im angefochtenen Urteil zutreffend erörtert ist - die Lage für die Beklagte seit dem 1. April 1957 wirtschaftlich so ungünstig gewesen sein, daß der Abschluß des Vertrages (von ihrem Standpunkt aus betrachtet)

unvernünftig gewesen wäre. Sie würde nämlich die Kündigung des Vertrages bereits zum 31. März 1958 haben hinnehmen müssen und dadurch ihre Anschlagstellen auf Privatgrundstücken entschädigungslos an die Klägerin verloren haben (§ 2 Abs. 6 des neuen Vertrages), während die Beklagte sie nach § 14 des alten Vertrages behalten haben würde, falls sie in das Angebot der Städte-Reklame nicht eingetreten wäre.

II. Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiter eine Verletzung des § 286 ZPO insofern vor, als es die Aufgliederung der Anschlagstellen, welche die Klägerin während des ersten Rechtszuges im Schriftsatz vom 16. Juni 1958 vorgetragen hat, nicht oder doch nicht zutreffend berücksichtigt habe. Wenn darin vier Anschlagstellen als "im öffentlichen Verkehrsraum" stehend bezeichnet seien, so müßten sie den auf Grundstücken der Klägerin befindlichen Stellen hinzugezählt werden; denn diese Stellen "müßten notwendigerweise auch Eigentum der Stadt" werden. - Die Rüge ist unbegründet. Abgesehen davon, daß der von der Revision gezogene Schluß rechtsirrig ist, hat die Klägerin in dem bezeichneten Schriftsatz im unmittelbaren Anschluß an die Aufgliederung ausdrücklich zugegeben, daß diese vier Stellen "nicht auf städtischem Grund und Boden stehen".

In der Aufgliederung sind zwei weitere Anschlagstellen verzeichnet, die angeblich zur Hälfte auf Grundstücken der Klägerin stehen, und eine weitere Anschlagstelle, die angeblich auf der Grenze eines Grundstückes der Klägerin und eines Privatgrundstückes steht. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe dem Antrag der Klägerin entsprechend die Auskunft des Vermessungsamts darüber einholen müssen, daß dem so sei. - Auch dieser Rüge fehlt die Berechtigung. Denn die Beklagte hat später, nämlich mit dem Schriftsatz vom 20. August 1958 eine Aufstellung eingereicht, in der im einzelnen alle 31 Anschlagstellen und für die Zeit vom 1. Oktober 1957 eine weitere Stelle aufgeführt sind, für die allein sie für die Zeit nach dem 1. April 1957 Entgelt an die Klägerin bezahlt hat. Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 16. September 1958 ausdrücklich

erklärt, daß sie diese Abrechnung nicht beanstandete. Sie ist auch später auf ihre eigene Aufgliederung nicht mehr zurückgekommen. Daraus durfte das Berufungsgericht entnehmen, daß die Klägerin nunmehr die drei genannten Stellen nicht mehr in die Abrechnung über die auf ihren Grundstücken befindlichen Stellen einbezogen wissen wollte.

Ob die Klägerin - wie die Revision meint - hinsichtlich dieser drei Stellen eine Art Überbaurente nicht etwa von den Eigentümern der in Frage kommenden Privatgrundstücke, sondern von der Beklagten zu beanspruchen haben könnte, hat unerörtert zu bleiben; denn einen derartigen Anspruch hat die Klägerin nicht geltend gemacht.

III. Darauf, ob das Angebot der Städte-Reklame für die Klägerin günstiger war als der alte Vertrag, kommt es nicht an. Denn nur dieses Angebot ist - abgesehen von dem Prozentsatz des Entgelts - Inhalt des neuen Vertrages geworden; an ihn waren die Parteien gebunden, obwohl er sich entgegen der Erwartung der Klägerin für sie unvorteilhafter ausgewirkt haben mag als der alte Vertrag. Wenn die Klägerin für die Zeit seit dem 1. April 1957 in den vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander nur eine Erhöhung des Prozentsatzes von 27 1/2 % auf 43 % hätte erreichen wollen, so würde es ihre Sache gewesen sein, der Beklagten zu eröffnen, daß sie den neuen Vertrag nur mit einem dies klarstellenden Inhalt abschließen werde. Der Beklagten konnte es dann überlassen bleiben, ob sie darauf eingehen wollte oder nicht oder ob sie ein derartiges Ansinnen der Klägerin als mit § 13 des alten Vertrages nicht vereinbar bezeichnete.

C.

Die Beklagte hat nach der am 9. April 1958 erfolgten Zustellung der Klage die 1377,77 DM erst am 2. Juli 1958 an die Klägerin bezahlt. Die Klägerin hat dennoch insbesondere für den so begrenzten Zeitraum von diesem Betrage weder Verzugs-

noch Prozeßzinsen zu beanspruchen; denn die oben in Abschnitt B II Abs.2 bezeichnete Aufstellung läßt erkennen, daß bis zur Zahlung ungewiß war, ob die Beklagte auch für einige bis dahin unberücksichtigt gebliebenen Anschlagstellen Entgelt gemäß § 3 des neuen Vertrages schuldete (vgl. § 291 Satz 1 Halbsatz 2 BGB).

D.

Ist nach Abschnitt B die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß die Klägerin für die Zeit vom 1. April 1957 bis zum 31. März 1958 Entgelt für die Anschlagstellen nicht zu beanspruchen hat, die bereits am 31. März 1957 auf Privatgrundstücken errichtet waren, und daß diese Anschlagstellen nach diesem Tage nicht Eigentum der Klägerin geworden sind, so ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Mezger