

Nochschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 138 B c

Zur Frage der Rechtswirksamkeit der Verpflichtung
eines Filmtheaterunternehmers zum Abschluß eines
langfristigen Reklamevorführungsvertrages mit einem
Filmwerbeunternehmer.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1964 - VIII ZR 274/62 OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

VIII-ZR-274/62

Verkündet am 22. Januar 1964
Hof, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] C [REDACTED] Filmwerbung Gesellschaft mit
beschränkter Haftung in D [REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED], ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Fritz R [REDACTED] in D [REDACTED]
[REDACTED], B [REDACTED] Allee [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Filmtheaterbesitzer Emil K [REDACTED]-B [REDACTED] in M [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Januar 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 12. Oktober 1962 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin nutzt gewerbsmäßig die in Filmtheatern gegebenen Möglichkeiten der Werbung aus, indem sie im Auftrage ihrer an der Werbung interessierten Kunden insbesondere Diapositive und Werbefilme durch Filmtheaterunternehmer vorführen läßt. Am 26. Mai 1955 traf sie unter ihrer damaligen Firmenbezeichnung "U [REDACTED] Dia- und Filmwerbung GmbH" mit dem Beklagten, der mehrere eigene Lichtspielhäuser betreibt, eine "Vereinbarung", durch die ihr der Beklagte "das alleinige, ausschließliche Recht zur Ausnutzung aller ... Werbemöglichkeiten, insbesondere der Vorführung von Diapositiven und Werbefilmen in seinem "U [REDACTED]"-Theater in M [REDACTED] einräumte. Der Vertragstext war auf einem vorgedruckten Formular der Klägerin in elf Nummern niedergelegt und wurde durch zusätzliche Abmachungen in Maschinschrift ergänzt. Die Klägerin verpflichtete sich, "nach branchenüblichen Grundsätzen für das Theater ordnungsgemäß zu werben" und dem Beklagten als Entgelt 50 % ihrer Bruttoeinnahmen aus den Werbeaufträgen zu zahlen. Die Nummern 7 bis 9 des Vertrages lauten wie folgt:

- "7. Dieser Vertrag wird vorerst auf 10 Jahre geschlossen. Falls nicht 6 Monate vor Ablauf dieser Zeit von einer Seite gekündigt wird, verlängert er sich jeweils stillschweigend um die gleiche Zeit. Die Kündigung muß schriftlich durch Einschreibebrief erfolgen. Im Falle einer Kündigung durch das Theater hat die Universal einmal das Recht, eine Verlängerung dieses Vertrages um 2 Jahre zu verlangen. Dieses Recht muß innerhalb eines Monats nach Eingang der Kündigung bei der Universal ausgeübt sein.

Alle am Tage des Ablaufs dieses Vertrages vorliegenden Aufträge, die noch nicht abgewickelt sind, werden vom Theater nach den Bestimmungen dieses Vertrages ordnungsgemäß zu Ende geführt.



8. Für den Fall des Verkaufs, der Verpachtung oder Übereignung des Theaters an einen Dritten ist die Übernahme dieses Vertrages mit allen Rechten und Pflichten durch den neuen Eigentümer oder Pächter des Theaters sicherzustellen. Eine örtliche Verlegung des Theaters oder eine Änderung seines Namens hat auf diesen Vertrag keinen Einfluß. Die Universal ist berechtigt, sämtliche Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag an Dritte abzutreten.
9. Das Theater räumt der Universal ein Vorpachtrecht für die Reklameauswertung in allen ihm gehörenden oder in Zukunft noch zu übernehmenden oder zu errichtenden Theatern zu den gleichen Bedingungen, wie sie in Absatz 1 bis 11 dieses Vertrages festgelegt sind, ein. Es verpflichtet sich, bei bestehenden Theatern die derzeitigen Reklameverträge mit anderen Pächtern zum nächstmöglichen Termin zu lösen, und diese Theater der Universal anzubieten.

Die Klägerin gewährte dem Beklagten ein Darlehen von 15 000,- DM, das aus den dem Beklagten zufallenden Beträgen der Werbeeinnahmen abgedeckt werden sollte.

Schon in den Jahren 1956 und 1957 kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten, nachdem der Beklagte das "Un[REDACTED]-Filmtheater in R[REDACTED] erbaut sowie die "Re[REDACTED]-Lichtspiele" in M[REDACTED] erworben hatte und sich weigerte, der Klägerin die Theaterwerbung zu übertragen. Der deswegen von der Klägerin in Gang gebrachte Rechtsstreit endete am 6. Juni 1957 mit einem Vergleich, in dessen Ausführung die Parteien am 27. Juni 1957 über die genannten Filmtheater gleichlautende Formularverträge schlossen, die sich nur in ihrer Nummer 9 von der Vereinbarung vom 26. Mai 1955 unterscheiden. Die Nummer 9 dieser Verträge hat folgenden Wortlaut:

"Das Theater verpflichtet sich, der Universal das Recht zur Reklameauswertung in allen ihm gehörenden oder in Zukunft noch zu übernehmenden oder zu errichtenden Theatern zu den gleichen Bedingungen, wie sie in Absatz 1 bis 11 dieses Vertrages festgelegt sind, anzubieten. Es verpflichtet sich weiter, bei bestehenden Theatern die derzeitigen Reklameverträge mit anderen Pächtern zum nächstmöglichen Termin zu lösen und diese Theater ebenfalls der Universal anzubieten".

Im Mai 1960 erwarb der Beklagte das Filmtheater "Große Schauburg" in V[REDACTED]. Da er nicht bereit ist, einen Reklameauswertungsvertrag über dieses Theater mit der Klägerin zu schließen, beantragt die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit - unter Änderung ihres ursprünglichen Klageantrages zu Ziffer 1 im Berufungsrechtszug -,

1. den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin in dem Lichtspieltheater "Große Schauburg" in V[REDACTED] das alleinige, ausschließliche Recht zur Ausnutzung aller im Theater anfallenden Werbemöglichkeiten gemäß den Bestimmungen der "Vereinbarung zwischen der Firma C[REDACTED]-Theater, Herr K[REDACTED]-B[REDACTED], M[REDACTED] und der Firma U[REDACTED] Dia- und Filmwerbung GmbH" vom 26.5.1955, insbesondere der Vorführung von Diapositiven und Werbefilmen einzuräumen und in den Abschluß eines Ausschließlichkeitspachtvertrages zu den oben bezeichneten Bedingungen bis zum 26.5.1965 einzuwilligen,
2. den Beklagten zu verurteilen, die ihm von der Klägerin angewiesenen Diapositive und Werbefilme in dem Lichtspieltheater "Große Schauburg" in V[REDACTED] jeweils aufzuführen,
3. den Beklagten zu verurteilen, Auskunft darüber zu erteilen, welche stummen oder tönenden Diapositive sowie

Werbefilme von ihm seit dem 15.5.1960 in dem Lichtspieltheater "Große Schauburg" in V [REDACTED] aufgeführt worden sind,

4. den Beklagten zu verurteilen, über die Einkünfte aus sämtlichen Werbevorführungen seit dem 15.5.1960 im Lichtspieltheater "Große Schauburg" in V [REDACTED] Rechnung zu legen,
5. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden ist und noch entsteht, daß der Beklagte der Klägerin die alleinige und ausschließliche Reklamauswertung des Lichtspieltheaters "Große Schauburg" in V [REDACTED] nicht mit Wirkung vom 15.5.1960 übertragen hat.

Der Beklagte sieht in der Nummer 9 des Vertrages vom 26. Mai 1955 eine seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit wesentlich beschränkende, sittenwidrige und daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtige Knebelung.

In beiden Vorinstanzen ist die Klage abgewiesen worden.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die in den Nummern 1 bis 11 des Vertrages vom 26. Mai 1955 enthaltenen Bestimmungen sind als typische Bedingungen zu beurteilen, da sie als Inhalt einer Vielheit bereits geschlossener oder künftiger Verträge der Klägerin in Betracht kommen. Da der Klägerin nach Nummer 11 des Vertrages die Wahl zwischen Düsseldorf und Bielefeld als Gerichtsstand vorbehalten ist, reicht der Wirkungskreis jener Bestimmungen

über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus. Der Senat kann sie daher frei auslegen (vgl. BGH Urt.v. 18. September 1963 - V ZR 169/61 - = WM 1963, 1159; v. 27. November 1963 - VIII ZR 51/62 -).

11. In Übereinstimmung mit der Auffassung des Berufungsgerichts entnimmt der Senat der Nummer 9 des Vertrages vom 26. Mai 1955 die Verpflichtung des Beklagten, der Klägerin die Reklameauswertung in einem jeden von ihm später errichteten oder erworbenen Filmtheater zu den Bedingungen dieses Vertrages anzubieten. Trotz der mißverständlichen Bezeichnung "Vorpachtrecht" kann diese Vertragsbestimmung nicht dahin verstanden werden, daß der Beklagte befugt sein solle, mit Konkurrenzunternehmen der Klägerin Verträge abzuschließen, in welche die Klägerin nach dem Vorbild des Vorkaufsrechts (§§ 504 ff BGB) einzutreten berechtigt wäre. Einer solchen Beurteilung stünde entgegen, daß nach den Bestimmungen über das Vorkaufsrecht dessen Ausübung ein Vertragsverhältnis zu den Bedingungen begründet, die der Verpflichtete mit einem Dritten vereinbart hat (§ 505 Abs. 2 BGB), daß dagegen der Inhalt der nach Nummer 9 zu treffenden Vereinbarungen von vornherein festgelegt ist.

Diese Auslegung entspricht im übrigen auch der Ansicht der Parteien über die rechtliche Bedeutung des der Klägerin nach Nummer 9 des Vertrages vom 26. Mai 1955 zustehenden "Vorpachtrechts". Allerdings hat der Beklagte geltend gemacht, die Klägerin habe sich anlässlich des Vergleichs vom 6. Juni 1957 zu einer Einschränkung ihrer Rechte aus Nummer 9 des Vertrages vom 26. Mai 1955 bereitgefunden und sich für künftige Fälle mit einer dem Vorkaufsrecht ähnlichen Berechtigung begnügt. Diese Behauptung hat das Berufungsgericht jedoch in tatrichterlicher Würdigung des Ergebnisses einer zu ihrer Klärung durchgeführten Beweisaufnahme ohne ersichtlichen Rechtsfehler nicht für erwiesen erachtet.

III. 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Bestimmung in Nummer 9 des Vertrages vom 26. Mai 1955 beschränke, soweit sie zu Gunsten der Klägerin das Recht zur Reklameauswertung in neu errichteten oder neu erworbenen Filmtheatern des Beklagten begründe, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Beklagten in so hohem Maße, daß sie als mit den guten Sitten unvereinbar und daher gemäß § 138 BGB als nichtig angesehen werden müsse. Sie bedeute für die Klägerin eine Anteilnahme an der unternehmerischen Initiative des Beklagten, die weder durch eine gleichwertige Gegenleistung noch durch ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin gerechtfertigt werde. Es könne nicht zweifelhaft sein, daß ein Filmtheaterbesitzer in seiner wirtschaftlichen Entschließungs- und Bewegungsfreiheit unerträglich beeinträchtigt sei, wenn er bei dem geplanten Neubau oder Neuerwerb eines Lichtspielhauses durch starre Abmachungen hinsichtlich der Reklameauswertung gebunden sei, während er sonst im freien Wettbewerb günstigere Bedingungen erreichen und möglicherweise wesentliche Finanzierungsbeihilfen erhalten könne. Es komme hinzu, daß die Ertrünisse aus der Filmwerbung nicht nur einen Nebenerwerb des Filmtheaterbesitzers darstellen, sondern einen erheblichen Teil seines Einkommens ausmachen.

2. Diese Ausführungen sind, wie die Revision mit Recht geltend macht, von Rechtsirrtum beeinflusst.

Freilich wird die kaufmännische und wirtschaftliche Entschließungs- und Bewegungsfreiheit des Beklagten durch den Vertrag vom 26. Mai 1955, besonders durch dessen hier in erster Reihe interessierende Nummer 9, eingeschränkt. Die Verpflichtung, der Klägerin die Reklameauswertung neu erworbener Filmtheater zu feststehenden Bedingungen anzu-

tragen, nimmt ihm die Möglichkeit, während der Vertragszeit günstigere Bedingungen auszuhandeln. Das ist aber die notwendige Folge einer jeden, insbesondere einer langfristigen und ausschließlichen vertraglichen Bindung. Verträge solcher Art sind jedoch, auch wenn sie im Hinblick auf ein noch zu erwerbendes Vermögensobjekt geschlossen werden, grundsätzlich zulässig und mit dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden durchaus vereinbar. Deshalb widerstreitet weder die Nummer 7 des Vertrages vom 26. Mai 1955 in der seine Laufzeit auf mindestens zehn Jahre festgelegt ist, noch seine Nummer 9, die den Beklagten hinsichtlich seiner nach Vertragsabschluß hinzu erworbenen Theater bindet, den guten Sitten. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es auch nicht an einem schutzwürdigen Interesse der Klägerin, den Beklagten an seinen Verpflichtungen festzuhalten. Die erwähnten vertraglichen Bestimmungen sind ersichtlich von dem nicht zu mißbilligenden Bestreben der Klägerin getragen, ihre geschäftliche Existenz weitgehend zu sichern (vgl. RGZ 165, 1, 16).

Einen entscheidenden Grund für die Annahme der Sittenwidrigkeit sieht das Berufungsgericht im Mangel einer Gegenleistung der Klägerin für die Aussicht auf künftige Vertragsobjekte. Dieser Umstand wiegt indessen unter Berücksichtigung der Verhältnisse des vorliegenden Falles nicht so schwer, daß hieraus die Nichtigkeit der Vereinbarung in Nummer 9 des Vertrages gefolgert werden könnte. Wenn der Beklagte für die Begrenzung seiner Verfügungsfreiheit über noch zu erwerbende Filmtheater keine Gegenleistung, etwa in Gestalt der Zusicherung von Vorschüssen, verlangte, so beruhte das, wie der Vertragsschluß selbst, auf seinem freien Willen. Sein Vorbringen in den Tatsacheninstanzen ergibt nichts für die Annahme, er sei schon beim Vertragsschluß, etwa wegen

wirtschaftlicher Schwierigkeiten, in seiner Entschlußfreiheit eingeeengt gewesen. Da ein Filmtheaterbesitzer die Werbemöglichkeiten seines Theaters selbst ausnutzen kann und da im übrigen zahlreiche Filmwerbeunternehmen miteinander konkurrieren (vgl. Berthold/Hartlieb, Filmrecht 1957 S. 478), kann auch nicht angenommen werden, die Klägerin sei in der Lage gewesen, dem Beklagten ihre Vertragsbedingungen aufzuzwingen. Schließlich gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, daß er die Folgen seines Entschlusses nicht habe ermessen können.

Unter diesen Umständen kommt dem Gedanken der Vertragsfreiheit, die das bürgerliche Recht beherrscht, die entscheidende Bedeutung zu. Daß der Vertrag der Klägerin eine günstigere Rechtsstellung einräumt, reicht, entgegen der Ansicht Spenglers (WuW 1954, 706, 715), zur Annahme seiner Sittenwidrigkeit nicht aus. Das zeigt sich deutlich an der umfangreichen Rechtsprechung über Bierlieferungsverträge, die trotz strenger Klauseln zum Nachteil des Gastwirtes in aller Regel für wirksam gehalten worden sind (vgl. die Nachweise bei Künstler, Der Bierlieferungsvertrag, 3. Aufl. S. 84 ff), obwohl der Gastwirt im allgemeinen auf den Bierbezug angewiesen ist und in den Brauereien Vertragspartner findet, die ihm an wirtschaftlicher Macht weit überlegen sind.

Die Gefahr einer zeitlich nicht abzusehenden Bindung, die der Beklagte bei weitgehender Auslegung der Nummer 9 des Vertrages befürchtet und die diese Bestimmung als unzumutbar und sittenwidrig erscheinen lassen könnte, besteht nicht. Die in jedem Falle gebotene Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) führt vielmehr zu der Auslegung, daß sich die Dauer der nach Nummer 9 zu schließenden Verträge nach dem Grundvertrage

vom 26. Mai 1955 richtet (so auch Spengler aaO S. 713). Dieser Rechtslage hat die Klägerin mit der Begrenzung ihres Klagebegehrens auf den Abschluß eines bis zum 26. Mai 1965 dauernden Vertrages Rechnung getragen.

Diese Möglichkeit, nach Treu und Glauben einengungsbedürftige Vertragsbestimmungen nach § 242 BGB auf einen zulässigen Inhalt zurückzuführen, steht der Annahme ihrer Nichtigkeit entgegen (vgl. RGZ 152, 251; BGH Urt.v. 23. November 1951 - I ZR 24/51 - MDR 1952, 222).

3. Bei Berücksichtigung dieses Grundsatzes weist der Vertrag vom 26. Mai 1955 auch sonst keine Bestimmungen auf, die als sittenwidrig anzusehen wären und die damit im Hinblick auf § 139 BGB seine Geltung insgesamt in Frage stellen könnten.

a) Obgleich eine Regelung fehlt, die den Beklagten zu einer vorzeitigen Lösung vom Verträge berechtigt, steht ihm, wie bei allen Dauerschuldverhältnissen, das Recht der Kündigung aus wichtigem Grunde zu (vgl. Spengler aaO S. 709 m.Nachw.).

b) Das Recht der Klägerin, nach Ablauf der Vertragszeit die Verlängerung des Vertrages auf weitere zwei Jahre zu verlangen, besteht schon nach dem eindeutigen Vertragstext (Nummer 7) nur im Falle der (ordentlichen) Kündigung durch den Beklagten. Die Bedenken, die Spengler (aaO S. 711 f) gegen die Annahme eines Optionsrechtes auch im Falle der Kündigung durch den Werbeunternehmer erhebt, greifen daher nicht ein.

c) Die den Beklagten nach Nummer 8 treffende Auflage, im Falle einer Veräußerung des Theaters für die Übernahme der Vertragspflichten durch den Erwerber zu sorgen, belastet ihn nicht ungebührlich. Bindungen solcher Art sind bei Bier-

lieferungsverträgen stets für zulässig gehalten worden, obgleich der Gastwirt in einem solchen Falle in der Regel nicht aus der Vertragshaftung entlassen wird (vgl. Künstler aaO S. 98 mit Rechtsprechungsnachweisen).

IV. Die Vereinbarung vom 26. Mai 1955 verstieß auch nicht gegen die zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden kartellrechtlichen Bestimmungen der Art. I Nr. 2 und V Nr. 9 c 2 der Verordnung Nr. 78 der Britischen Militärregierung. Danach war der Ausschluß von Personen von Marktgebieten oder geschäftlichen Tätigkeitsbereichen verboten. Dieses Verbot hinderte aber schon der Sache nach den Beklagten nicht, der Klägerin das ausschließliche Recht zur Reklameauswertung einzuräumen. Das Recht des Theatereigentümers, in seinem Lichtspielhause Werbungsvorführungen zu veranstalten, folgt aus dem Eigentum. Es ist seiner Natur nach ausschließlich und wird durch die Überlassung an einen anderen nicht umfassender als es in der Hand des Eigentümers war (vgl. Schwartz, Markenartikel 1950, 55 f). Ist der Eigentümer eines Filmtheaters berechtigt, seinen gesamten Betrieb zu verpachten, so muß es ihm umso mehr unbenommen sein, einen Teil seines Gewerbes einem anderen zur Ausübung zu überlassen (vgl. Benkendorff, WuW 1952, 800). Die Übertragung der Reklameauswertung an die Klägerin stellt sich danach als Einsetzung eines "Ersatzunternehmers" dar (vgl. Spengler, Markenartikel 1951, 513), die nach den genannten Vorschriften kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist. Kartellrechtliche Bedenken wären freilich zu erheben, wenn sich die Klägerin durch Abschluß zahlreicher Ausschließlichkeitsverträge auch mit anderen Theaterunternehmen auf lange Sicht eine beherrschende Stellung in einzelnen Städten oder Bezirken verschafft hätte (vgl. Spengler aaO). Hierfür besteht jedoch kein Anhalt.

Die kartellrechtliche Wirksamkeit der Vereinbarung vom 26. Mai 1955 ist auch durch das am 1. Januar 1958 in Kraft getretene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht beeinträchtigt worden. Nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind Verträge zwischen Unternehmen, die einen Vertragsbeteiligten "sarin beschränken, gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben", grundsätzlich zulässig. Allerdings können sie von der Kartellbehörde für unwirksam erklärt werden, jedoch nur "mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihr zu bestimmenden künftigen Zeitpunkt". Deshalb ist auch für die von dem Beklagten in den Vorinstanzen erbetene Aussetzung des Rechtsstreits kein Raum. Zur Feststellung der Wirksamkeit eines von der Kartellbehörde noch nicht beanstandeten Vertrages ist im Übrigen auch das Prozeßgericht befugt; es ist nicht genötigt, das Verfahren gemäß § 96 Abs. 2 GWB auszusetzen (vgl. das Urteil des erkennenden Senats vom 20. Oktober 1959 - VIII ZR 127/59 - LM GWB § 18 Nr. 1 = WuW/E BGH 342 f).

V. Wenn danach auch weder der Vertrag vom 26. Mai 1955 noch einzelne seiner Bestimmungen nichtig sind, so kann der Senat doch nicht in der Sache selbst entscheiden, weil sie wegen sonstiger Einwendungen des Beklagten nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

Der Beklagte hat im Schriftsatz vom 18. November 1960 geltend gemacht, die Klägerin habe ihm im Vergleich zu anderen Werbeunternehmen, mit denen er Reklameauswertungsverträge geschlossen habe, schuldhaft zu wenig Werbeaufträge vermittelt. Er sei daher an sich berechtigt, die mit der Klägerin geschlossenen Werbeverträge fristlos zu kündigen; um so eher müsse ihm das geringere Recht zustehen, den Abschluß eines Vertrages über das Filmtheater "Große Schauburg" in Viersen abzulehnen.

Aus dem Umstand allein, daß die Klägerin die mit dem Beklagten bisher geschlossenen Verträge nach dessen Darstellung schuldhaft schlecht erfüllt hatte, könnte der Beklagte allerdings noch nicht das Recht herleiten, den Abschluß eines Vertrages über das neu erworbene Filmtheater in Viersen zu verweigern. Machte der Beklagte von seiner Befugnis zur fristlosen Kündigung des Vertrages vom 26. Mai 1955 aus wichtigem Grunde keinen Gebrauch, blieb er vielmehr bewußt bei diesem Vertrage bestehen, so war er grundsätzlich auch zur Erfüllung aller sich aus dem Vertrage ergebenden Verbindlichkeiten verpflichtet. Etwas anderes würde gelten, wenn die etwaigen Vertragsverletzungen und das gesamte Geschäftsgebaren der Klägerin derart gewesen wäre, daß der Beklagte bei verständiger Würdigung annehmen durfte, die Klägerin werde auch den über das Theater in Viersen zu schließenden Vertrag nicht ordnungsmäßig erfüllen. Zu diesem Falle hätte der Beklagte den Vertrag über das Viersener Theater sofort nach Abschluß aus wichtigem Grunde wieder kündigen können. Dem Verlangen der Klägerin auf Vertragsabschluß könnte der Beklagte den Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegensetzen. Denn die Klägerin würde die Begründung von Rechten fordern, die infolge einer Kündigung des Beklagten alsbald wieder ihr Ende fänden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß nicht jede bisherige unzureichende Belieferung der Theater des Beklagten mit Werbematerial in anderen Städten notwendig die Erfüllung der Verpflichtung der Klägerin zur Belieferung des Theaters in V[REDACTED] in Frage stellte. Es wäre denkbar, daß die Klägerin beispielsweise in M[REDACTED] nur eine geringere Zahl von Werbeaufträgen hatte erlangen können, daß ihr aber für V[REDACTED] ausreichendes Werbematerial zur Verfügung gestanden hatte. Der Beklagte hat indessen einen Sachverhalt vorgebracht, der dafür sprechen könnte, daß auch in V[REDACTED] eine

vertragsgemäße Erfüllung nicht zu erwarten war. So hat er behauptet, daß ein Mitbewerber der Klägerin den Raum [REDACTED], insbesondere auch V [REDACTED], intensiv durch Vertreter bearbeiten lasse, die Klägerin jedoch keinen besonderen Vertreter habe. Dadurch soll der Mitbewerber ein Mehrfaches an Umsätzen gegenüber der Klägerin erzielt haben. Dem wird das Berufungsgericht nachzugehen haben.

VI. 1. Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß der Beklagte zu Unrecht den Abschluß eines Vertrages über die "Große Schauburg" in V [REDACTED] verweigert hat und der Klägerin schadensersatzpflichtig ist, so wird weiter zu prüfen sein, ob der Klägerin das in Anspruch genommene Recht auf Auskunft und Rechnungslegung zusteht. Der Schaden der Klägerin entspricht nicht dem, was dem Beklagten aus der Vorführung des Werbematerials ihres Mitbewerbers zugeflossen ist, sondern bemißt sich allein danach, welchen Gewinn sie selbst gezogen hätte, wenn sie dem Beklagten das Werbematerial zur Vorführung überlassen hätte. Welches Werbematerial ihr zur Verfügung stand und sie dem Beklagten verschafft hätte, wird der Klägerin am besten bekannt sein. Der Klägerin bleibt überlassen, in der neuen mündlichen Verhandlung darzulegen, inwiefern sie zur Berechnung ihres Schadens auf die Angaben des Beklagten angewiesen ist, welche Diapositive und Filme er aufgeführt und welche Einnahmen er daraus gezogen hat.

2. Unter diesem Gesichtspunkt bedarf es auch einer Darlegung des Interesses der Klägerin an der begehrten Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten. Wenn sie ihren Schaden anhand des Gewinns berechnen kann, den sie bei der Überlassung ihres Werbematerials an den Beklagten

gezogen hätte, stünde der Erhebung der Leistungsklage nichts im Wege, so daß dann für die Feststellungsklage ein Rechtsschutzbedürfnis nicht gegeben wäre.

VII. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Haidinger	Dr. Gelhaar	Artl
Dr. Mezger	Dr. Messner	