

Nachschlagewerk: ja (zu II. 3 der Entscheidungsgründe)

BGHZ: nein

BGHR: ja (zu II. 3 der Entscheidungsgründe)

BGB §§ 535, 705

Zur Abgrenzung von Umsatzmiete und Gesellschaftsvertrag.

BGB § 708

§ 708 BGB kann nicht schon deshalb entsprechend angewendet werden, weil es sich um die Verletzung von Pflichten aus einem partiarischen Vertragsverhältnis handelt.

BGB §§ 276 H, 326 H

Schadensersatzansprüche wegen Vertragsverletzungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses sind grundsätzlich nicht von einer Abmahnung oder Androhung von Schadensersatzansprüchen abhängig (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79 unter C II. 3 b, WM 1981, 331, 333 = NJW 1981, 1264, 1265).

BGH, Urt. v. 28. Oktober 1987 - VIII ZR 383/86 - OLG Frankfurt/M.
LG Frankfurt/M.

BUNDESGERICHTSHOF

62

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 383/86

Verkündet am:
28. Oktober 1987
Kühn
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma RAK R [REDACTED] an der K [REDACTED] straße, F [REDACTED]
GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Karl Heinz W [REDACTED],
K [REDACTED] straße [REDACTED], F [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Ka [REDACTED] Sch [REDACTED] E. & H. We [REDACTED] GmbH & Co. KG, ver-
treten durch die Komplementärin Firma We [REDACTED] GmbH, diese
vertreten durch die Geschäftsführer Gert V [REDACTED] und Werner
Schr [REDACTED], H [REDACTED] straße [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

62

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1987 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 22. September 1986 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

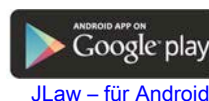
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die in den Jahren 1981 bis 1983 in den Räumen eines der Beklagten gehörenden Kaufhauses in G [REDACTED] - [REDACTED] eine Filiale ihres Reisebüros unterhielt, verlangt von der Beklagten die Bezahlung von Flugtickets im Gesamtwert von



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



37.014 DM. Die Beklagte macht ihrerseits - teils im Wege der Aufrechnung, teils durch Widerklage - Provisionsansprüche aus den Jahren 1982 und 1983 gegenüber der Klägerin geltend unter Berufung auf einen zwischen den Parteien im Jahre 1980 geschlossenen Vertrag, demzufolge die Beklagte an den eingegangenen Provisionen mit 50 % beteiligt werden sollte.

In diesem Vertrag wurde der Klägerin kostenlose Telefon- und Telexbenutzung bis zur Höhe von 1 % ihres Jahresumsatzes eingeräumt; darüber hinausgehende Kosten sollten zwischen den Parteien hälftig geteilt werden, wobei Berechnungsgrundlage die Mietkosten der Telefonanlage sowie die laufenden Telefon- und Telexkosten sein sollten. Über die Kostentragung für ein im August 1981 von der Klägerin angeschafftes "Startgerät" - eine elektronische Auskunftsanlage - enthält der Vertrag keine Regelung. Zur Werbung sieht er vor, daß die Beklagte bei ihrer Außen- und Innenwerbung auf den Reiseservice der Klägerin hinweist.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, ihr stünde der nach Grund und Höhe unstreitige Preis für die Flugtickets ungeschmälert zu, weil die Beklagte ihre Provisionsansprüche verloren habe. Sie habe nämlich ihre Verpflichtung zur Werbung für das klägerische Reisebüro nicht erfüllt und es daher verschuldet, daß die Filiale nicht den erwünschten und möglichen Umsatz erzielt habe. Die Parteien streiten außerdem über verschiedene Berechnungsfaktoren für die Provision sowie die Ermittlung, in welcher Höhe sie die Telefon- und Telexkosten (Kommunikationskosten) zu tragen haben und ob hierbei die Kosten für das Startgerät zu berücksichtigen sind.

62

Die Klägerin hatte beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 37.014 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat widerklagend Zahlung von 32.922,96 DM nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 29.186,77 DM stattgegeben. Dem liegen folgende Berechnungen zugrunde:

1982

Provisionseinnahmen	121.494,-- DM
50 % davon (abgerundet)	60.747,-- DM
./. Abschlagszahlung	40.246,-- DM
./. Startgerät	7.679,-- DM

	12.822,-- DM
+ Kommunikationskosten	2.430,63 DM

	15.252,63 DM

1983

Provisionseinnahmen	146.246,-- DM
50 % davon (abgerundet)	73.123,-- DM
./. Abschlagszahlung	16.797,90 DM
./. Startgerät	6.996,-- DM

	49.329,10 DM
./. Klageforderung	37.014,-- DM

	12.315,10 DM
+ Kommunikationskosten	1.619,04 DM

	13.934,14 DM
+ Saldo 1982 (wie oben)	15.252,63 DM

Auf die Widerklage zugesprochener Betrag	29.186,77 DM

Mit der Berufung hat die Klägerin ihre Klage in Höhe von 22.951,34 DM nebst Zinsen weiterverfolgt und Abweisung der Widerklage beantragt. Die Berufung hatte nur insoweit

Erfolg, als die Widerklage in Höhe von 4.904,10 DM abgewiesen worden ist. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Ausgehend von der unstreitigen Kaufpreisforderung der Klägerin von 37.014 DM hat das Berufungsgericht diese Forderung als durch Aufrechnung getilgt angesehen und in Höhe eines darüber hinausgehenden Betrages von 24.282,67 DM der Widerklage stattgegeben. Als Gegenforderung der Beklagten hat es ihren hälftigen Anteil an Provisionseinnahmen der Klägerin von 121.494 DM in 1982 und 146.246,02 DM in 1983 zugrunde gelegt (unten II. 1), der, was nicht mehr im Streit ist, entgegen der Auffassung des Landgerichts um 3.616,69 DM und 1.287,41 DM zu kürzen war. Im übrigen ist das Berufungsgericht der Berechnung des Landgerichts gefolgt, insbesondere auch bei der Berücksichtigung des sogenannten Startgeräts und der Verteilung der Telefon- und Telexkosten (unten II. 2 a und b). Schadensersatzansprüche der Klägerin wegen Schlechterfüllung der von der Beklagten übernommenen Pflicht zur Werbung hat das Berufungsgericht verneint (unten II. 3). Das hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

II. 1. Das Berufungsgericht hat für 1983 Provisionseinnahmen der Klägerin von 146.246,02 DM angenommen, aus denen der hälftige Anteil der Beklagten zu berechnen sei. Entgegen der Auffassung der Klägerin könne von dem genannten Betrag

nicht eine von ihr bei Erstellung des Jahresabschlusses 1983 berücksichtigte Erlösschmälerung von 16.690,55 DM abgezogen werden. Insoweit habe die Klägerin nicht hinreichend darge-
tan, daß es sich um weitergegebene Provisionen handle, zu deren Abzug sie berechtigt gewesen wäre. Dem Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 21. Dezember 1984, daß es sich nicht um eine weitergegebene Provision handeln könne, weil diese in der Abrechnung mit einem Betrag von 2.574,54 DM als solche offen ausgewiesen worden sei, sei die Klägerin nicht entgegengetreten. Hiergegen wendet sich die Revision jedenfalls im Ergebnis ohne Erfolg.

Es kann zugunsten der Klägerin angenommen werden, daß weitergegebene Provisionen grundsätzlich die Berechnungsgrundlage für den Anspruch der Beklagten beeinflussen und ihre s c h l ü s s i g e Behauptung unter dem Gesichtspunkt der Beweislast von der Beklagten widerlegt werden mußte. Dazu reichte jedoch der von der Revision in Bezug genommene Vortrag in der Berufungsbegründung der Klägerin (Bl. 6) nicht aus: Das Landgericht hatte die Provisionen mit 146.246,02 DM angenommen. In der Berufungsbegründung (aaO) heißt es demgegenüber lediglich, daß "von einem unstreitigen provisionspflichtigen Erlös für das Jahr 1983 von DM 135.926,36" auszugehen sei. Die Beklagte jedoch hat sich in der Berufungserwiderung auf den vom Landgericht berücksichtigten Betrag gestützt. Wenn das Berufungsgericht diesen Prozeßstoff dahin gewürdigt hat, daß es für die Provisionsberechnung bei dem Betrag von 146.246,02 DM zu bleiben habe, beruht das weder auf Verfahrensverstoß noch der fehlerhaften Anwendung der Regeln über die Beweislast.

2. Der Vertrag zwischen den Parteien enthält unter anderem folgende Bestimmung: "Desweiteren erhält das RAK R■■■■■■■■■■ GmbH (= Klägerin) die Möglichkeit einer kostenlosen Telefon- und Telexbenutzung bis zur Höhe von 1 % vom Umsatz. Darüber hinausgehende Gebühren werden von beiden Parteien je zur Hälfte getragen. Berechnungsgrundlage sind die Mietkosten der Telefonanlage sowie die laufenden Telefon- und Telexkosten. ..."

Die hiernach vorzunehmende Abrechnung ist hinsichtlich der Höhe der anzusetzenden T e l e f o n k o s t e n streitig (unten b). Außerdem streiten die Parteien darüber, ob und gegebenenfalls wie die Kosten für das sogenannte S t a r t g e r ä t in die Abrechnung einzubeziehen sind (unten a). Die Vorinstanzen haben folgende - im übrigen nicht angegriffene - Berechnung aufgemacht, die zu Forderungspositionen von 2.430,63 DM und 1.619,04 DM für die Beklagte führt:

1982

7.679 DM für Startgerät + 9.304 DM für Telefon = 16.983 DM,
abzüglich Alleinanteil Beklagte von 12.121,73 DM
= 4.861,27 DM; davon 50 % = 2.430,63 DM.

1983

6.996 DM für Startgerät + 8.362,81 DM für Telefon
= 15.358,81 DM, abzüglich Alleinanteil Beklagte von
12.120,72 DM = 3.238,09 DM; davon 50 % = 1.619,04 DM.

Bei der Berechnung des Provisionsanteils der Beklagten (s.o.) waren die von der Klägerin bezahlten Kosten für das Startgerät vom Ausgangsbetrag abgesetzt worden.

a) Zu dem Ergebnis, daß die Kosten für das Startgerät mit 7.679 DM und 6.996 DM für die Ermittlung der zu verteilenden Kommunikationskosten berücksichtigt werden mußten, gelangt das Berufungsgericht aufgrund ergänzender Auslegung des - wie es meint - Gesellschaftsvertrags. Bei Abfassung des Vertrags hätten die Parteien an die Kosten einer derartigen elektronischen Auskunftsanlage noch nicht gedacht. Da sie sämtliche damals bekannten Kommunikationskosten wie Mietkosten der Telefonanlage, laufende Telex- und Telefonkosten als Berechnungsgrundlage angesetzt hätten und außerdem kein Zweifel bestehen könne, daß durch die Startanlage die Telefon- und Telexkosten verringert würden, erscheine es vertragsgemäß, auch die Kosten der Startanlage in die Kommunikationskosten einzubeziehen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision dringen im Ergebnis nicht durch. Rechtlich unzutreffend ist zwar die Annahme des Berufungsgerichts, die oben wiedergegebene Regelung sei in einem Gesellschaftsvertrag enthalten, vielmehr war der Vertrag im Kern als Umsatzmiete zu qualifizieren (s.u. zu 3.). Das ist jedoch für das Verständnis der Klausel über die Kostentragung für Telefon- und Telexbenutzung und die ergänzende Auslegung der Klausel ohne Belang. Für die nähere Schilderung des Startgeräts als "eine Art Computer, der alle Vorteile der Buchungen, Reservierungen usw. für

Reisen und sonstige Beförderungsleistungen bietet" (Reisebüroterminal) und in keiner Weise mit Telefon- oder Telexanlagen zu vergleichen sei, bezieht sich die Revision auf den Schriftsatz vom 30. Juli 1986. Dieser Schriftsatz war - wie sich aus dem Protokoll über die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 30. Juni 1986 ergibt - nicht nachgelassen worden und kann auch in der Revisionsinstanz nicht berücksichtigt werden (§ 561 ZPO).

Nach dem für das Revisionsgericht maßgebenden Tatsachenstoff hält sich die ergänzende Vertragsauslegung durch das Berufungsgericht in zulässigen Grenzen. Den wesentlichen, als solchen auch nicht in Zweifel gezogenen Anknüpfungspunkt sieht das Berufungsgericht darin, daß durch die Startanlage die Telefon- und Telexkosten verringert werden. Zu ergänzen ist, daß jedenfalls nach der hierzu einvernehmlich befolgten Berechnungsweise auch der Provisionsanteil durch Abzug der Kosten für das Startgerät verringert wird. Würden diese Kosten für die Obergrenze von 1 % nicht berücksichtigt, müßte die Beklagte den Abzugsposten hinnehmen, ohne daß sich insoweit der im Vertrag klar angelegte Ausgleich für Gebühren ergeben kann, die insgesamt 1 % vom Umsatz übersteigen. Daher erscheint die Berücksichtigung der Kosten des Startgeräts als sachgerechte, durch den Einsatz dieser neuen Anlage gebotene Ergänzung der vertraglichen Regelung.

b) Die "Kommunikationskosten" hat das Landgericht in der oben angegebenen Weise berechnet und ist zu den Beträgen von 2.430,63 DM und 1.619,04 DM gelangt. Bezüglich der in

den Berechnungen allein enthaltenen Telefongebühren von 9.304 DM und 8.362,81 DM hält das Berufungsgericht durch die Aussage der Zeugin Stucke - damals Büroleiterin des Reisebüros in G [REDACTED] - für bewiesen, daß sie in vollem Umfang für den Betrieb des Reisebüros angefallen sind. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Sie beschränkt sich hierbei auf eine abweichende Würdigung der Aussage der Zeugin, die aber im Zusammenhang des Verfahrens gesehen werden muß und bei dieser Betrachtungsweise so wie vom Berufungsgericht verstanden und gewürdigt werden durfte. Die Beklagte hatte mit ihrem Schriftsatz vom 31. Juli 1984 die Telefonkosten mit den zuvor genannten Beträgen angegeben und dazu Beleg-Packen beigelegt. Die dort zusammengefaßten Fernmelde-rechnungen der Bundespost sind, soweit ersichtlich - die Revision hat nichts Gegenteiliges geltend gemacht - auf RAK Reisebüro GmbH (= Klägerin) ausgestellt. Gemäß Beschluß vom 24. Januar 1985 hat das Landgericht Beweis durch Vernehmung von Frau St [REDACTED] über die Behauptung der Beklagten erhoben, "die der Klägerin in Rechnung gestellten Kommunikationskosten seien ausschließlich für das Reisebüro angefallen". Das hat die Zeugin ohne Vorbehalt bestätigt. Damit konnten die Vorinstanzen ohne Rechtsfehler zugrunde legen, daß die aus den genannten Fernmelderechnungen sich ergebenden Beträge zu berücksichtigen waren.

3. Die Klägerin macht geltend, daß ihr Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung der von der Beklagten übernommenen Pflicht zur Werbung zustünden. Sie beziffert den angeblichen Schaden mit 3 % ihres Umsatzes, d.h. von 1.212.173 DM für 1982 (30.565 DM, richtig 36.365 DM) und 1.212.072 DM für 1983 (36.362 DM).

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Parteien Regelungen über eine Pflicht der Beklagten zur Werbung für das Reisebüro vereinbart haben. In dem Vertrag heißt es hierzu: "Bei Außen- sowie Innenwerbung verpflichtet sich das Kaufhaus Schramm (= Beklagte), auf den Reiseservice des RAK-R [REDACTED] GmbH (= Klägerin) hinzuweisen". An anderer Stelle des Vertrags ist geregelt, daß die Beklagte "ausreichende Schaufensterfläche zur Verfügung" stelle. Dieser Pflicht ist die Beklagte unstreitig nachgekommen. Für eine Verletzung der Pflicht zu werbenden Hinweisen habe die Klägerin - so meint das Berufungsgericht - zu wenig vorgetragen. Soweit sie beanstande, daß keine Lautsprecherwerbung erfolgt sei, gehe ihr Angriff ins Leere, weil die Beklagte unstreitig keine derartige Werbung betreibe. Daß die Beklagte durch Deckenanhänger von Zeit zu Zeit auf das Reisebüro hingewiesen habe, räume die Klägerin selbst ein. Dies genüge zumindest den herabgesetzten Anforderungen des § 708 BGB. Allenfalls könne der Beklagten vorgeworfen werden, in ihren Presseanzeigen nicht oder nicht ausreichend auf das Reisebüro und seine Leistungen aufmerksam gemacht zu haben. Insoweit habe die Beklagte eine Verletzung ihrer Hinweispflicht nicht substantiiert bestritten. Jedoch schätze das Berufungsgericht den hierdurch eingetretenen Werbenachteil so gering ein, daß er sich nicht nennenswert auf den Umsatz ausgewirkt haben könne. Der entscheidende Werbevorteil für die Klägerin sei gewesen, daß sich ihr Reisebüro in den Räumen des Kaufhauses befunden und ständig eine Schaufensterwerbung stattgefunden habe. Keinesfalls könne von einem Umsatzverlust von 3 %, wie ihn die Klägerin als Erfahrungswert

behaupte, ausgegangen werden. Denn dieser Erfahrungswert beruhe nach ihrem Vorbringen darauf, daß überhaupt keine Werbung betrieben werde, was indessen nicht der Fall gewesen sei. Das Berufungsgericht führt weiter aus, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verletzung der Hinweispflicht speziell durch unterlassene Inseratenwerbung habe einer Abmahnung entsprechend der in § 326 Abs. 1 BGB enthaltenen Regelung bedurft. Das vom Geschäftsführer der Klägerin verfaßte Schreiben vom 28. März 1983 habe diesen Erfordernissen nicht genügt.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Die Pflicht der Beklagten, auf den Reiseservice der Klägerin hinzuweisen, ist im Vertrag nicht näher umschrieben. Für die Revisionsinstanz kann jedoch davon ausgegangen werden, daß zumindest die vom Berufungsgericht behandelten Werbemittel (Lautsprecherwerbung, Deckenanhänger, Presseanzeigen) von der Beklagten einzusetzen waren. Zwar hat das Berufungsgericht gemeint, es sei unstreitig, daß die Beklagte keine Lautsprecherwerbung betrieben habe. Das beanstandet die Revision mit Recht unter Hinweis auf ihren Vortrag im Schriftsatz vom 2. Juni 1986, zu Zeiten der Zusammenarbeit der Parteien seien noch laufend Angebote über den Lautsprecher im Kaufhaus erfolgt. Das Unterlassen dieser Werbung für das Reisebüro kann, was noch tatrichterlich zu klären ist, ebenso wie die unterlassene oder unzureichende Werbung in der Presse als schuldhafter Verstoß gegen die Hinweispflicht zu werten sein.

b) Die Entscheidung der Vorinstanz kann auch auf der unzutreffenden Anwendung von § 708 BGB beruhen, wonach ein **G e s e l l s c h a f t e r** bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Das bedeutet nach § 277 BGB grundsätzlich eine Haftungserleichterung.

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, die es nicht weiter begründet, bestand zwischen den Parteien kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein Mietvertrag mit werkvertraglichen Elementen (Werbemaßnahmen). Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wird dadurch geprägt, daß die Beklagte Verkaufsfläche zur Verfügung stellt und "eine Teilung der eingegangenen Provision in Höhe von 50 % vereinbart" wird. Hieraus folgt eine Umsatz-Miete (vgl. dazu OLG Stuttgart SJZ 1950, Sp. 339, 341; Staudinger/Emmerich, BGB, 12. Aufl., 2. Bearb., 1981, Rdn. 101 zu §§ 535, 536; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 5. Aufl., Rz. 141). An Merkmalen, die für ein Gesellschaftsverhältnis sprechen, fehlt es. Eine Außengesellschaft kommt von vornherein nicht in Betracht. Aber auch für eine stille Gesellschaft zwischen den Parteien spricht nichts. Die Beklagte war weder am Gewinn noch am Verlust der Klägerin beteiligt, sondern lediglich an deren Umsatz (Provisionen), mit einer wiederum umsatzbezogenen Korrektur durch die Verteilung der Kommunikationskosten. Die Beklagte hatte weder eine Einlage bei der Klägerin noch Kontroll- und Mitwirkungsrechte in bezug auf deren Geschäftstätigkeit. Die

beiderseits vereinbarten Pflichten und Rechte (z.B. Wettbewerbsverbot, Werbeleistungen, Beschäftigung qualifizierten Personals) entsprachen dem gleichgerichteten Interesse, die zur Verfügung gestellte Verkaufsfläche möglichst günstig zu nutzen. Das hielt sich jedoch - wenn auch partiarisch ausgestaltet - im Rahmen eines Austauschvertrages als Mittel zum Zweck der jeweils eigenbestimmten Interessen und war nicht Ausdruck einer auf einen gemeinsamen Zweck gerichteten Vereinbarung, die für den Gesellschaftsvertrag begriffsnotwendig ist (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1951 - IV ZR 171/50, NJW 1951, 308; RGZ 149, 88; MünchKomm-Ulmer, BGB, 2. Aufl., Rdn. 74, 79 vor § 705; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl., Rdn. 12 vor § 705).

bb) Da zwischen den Parteien kein Gesellschaftsverhältnis bestand, scheidet die unmittelbare Anwendung von § 708 BGB aus. Auch für eine entsprechende Anwendung ist ungeachtet des partiarischen Charakters der Vereinbarung der Parteien kein Raum. Tragender Grund für die Vorschrift ist das zwischen Gesellschaftern typischerweise bestehende persönliche Verhältnis; sie sollen sich gegenseitig so nehmen, wie sie einmal sind (vgl. BGHZ 62, 243, 245; RGZ 143, 212, 215). Eine derartige persönliche Beziehung ist hingegen für ein partiarisches Verhältnis nicht kennzeichnend, weil hier für jede Partei das Eigeninteresse am wirtschaftlichen Erfolg der anderen im Vordergrund steht. Daß damit jede Partei bei Verstößen gegen ihre Vertragspflichten möglicherweise auch sich selber schädigt, rechtfertigt keine Haftungserleichterung.

cc) Mit seiner Auffassung, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin scheitere auch daran, daß sie die Beklagte nicht abgemahnt habe, steht das Berufungsgericht im Widerspruch zum Senatsurteil vom 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79 (WM 1981, 331, 333 = NJW 1981, 1264, 1265 unter C II. 3 b). Dort wird ausgesprochen, daß es zur Geltendmachung von **S c h a d e n s e r s a t z a n s p r ü c h e n** (im Unterschied zur Lösung vom Vertrag) wegen Vertragsverletzungen während des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses - um das es hier geht - keiner Abmahnung und keiner Androhung von Schadensersatzansprüchen bedürfe; daher kommt es auch auf das Schreiben der Klägerin vom 28. März 1983 jedenfalls insoweit nicht an. Eine andere Frage, auf die die Parteien bei der erneuten Verhandlung werden eingehen können, ist, ob aus den besonderen Umständen des Falles eine Pflicht zur Abmahnung aus § 242 BGB folgte (vgl. MünchKomm-Roth, BGB, 2. Aufl., § 242 Rdn. 410) und das Unterlassen der Abmahnung als mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) der Klägerin erheblich sein kann (vgl. dazu BGH, Urteil vom 4. März 1982 - I ZR 107/80, WM 1982, 1226 unter III.).

c) Abgesehen davon, daß das Berufungsgericht zu Unrecht die Lautsprecherwerbung bei der Prüfung ausgenommen hat, ob die Beklagte ihrer Pflicht zur Werbung nachgekommen ist (oben a), ist auch seine Begründung, es sei keine Auswirkung auf den Umsatz eingetreten, von Verfahrensverstoß (§§ 286, 287 ZPO) beeinflußt. Die Klägerin hatte geltend gemacht, daß die Beklagte ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachgekommen

sei. Zur Schadenshöhe hat sie ausgeführt, es gebe im Reisegewerbe Erfahrungssätze, inwieweit die Kundschaft auf gezielte Werbemaßnahmen anspreche. Allgemein rechne man in dieser Branche damit, durch Inserate, Verteilen von Handzetteln und besonders Durchsagen in Kaufhäusern Umsatzsteigerungen von mindestens 3 % zu erzielen. Hierfür hatte sie Beweis durch Sachverständigengutachten angetreten und bezüglich 1982 noch ausdrücklich behauptet, da die tatsächlichen Kosten feststünden, sei der entgangene Umsatz (gemeint sind hier wohl Provisionen) dem entgangenen Gewinn gleichzusetzen. Es besteht ohne nähere, im Berufungsurteil jedoch nicht enthaltene, Begründung kein Anlaß für die Annahme, daß einem Sachverständigen dieser Vortrag für die Erstellung eines Gutachtens zur Schadenshöhe nicht ausgereicht hätte (vgl. auch Senatsurteil vom 26. November 1986 - VIII ZR 260/85, WM 1987, 319 unter II. 1 b). Seine eigene Sachkunde, die Auswirkungen der unterlassenen Werbung auf den Umsatz zu beurteilen, hat das Berufungsgericht nicht dargetan (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 1953 - VI ZR 23/52, LM ZPO § 286 C Nr. 10). Es konnte den Beweisantrag auch nicht mit der Begründung übergehen, daß die Beklagte ihre Pflicht zur Werbung teilweise erfüllt habe. Jedenfalls muß erst einmal davon ausgegangen werden, daß es bei Heranziehung eines Sachverständigen und bei Anwendung von § 287 ZPO möglich ist, die Umsatzeinbuße zu schätzen, die der nur teilweisen Erfüllung der Werbeverpflichtung entspricht. Demgegenüber geht der Hinweis der Revisionserwiderung auf die in NJW 1981, 1454 abgedruckte Entscheidung fehl (BGH, Beschluß vom 10. Februar 1981 - VI ZR 182/79). Dafür, daß die Klägerin

mit der ordnungsmäßigen Substantiierung ihres Anspruchs hartnäckig zurückgehalten habe und deshalb keinen Anspruch erheben könne, durch eine richterliche Schätzung der Schadenshöhe über den dem Strengbeweis zugänglichen Rahmen hinaus begünstigt zu werden, ist hier nichts ersichtlich. Bei der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht wird die Beklagte allerdings auf ihren einleuchtenden Einwand zurückkommen können, jedenfalls würde sich ein Schaden der Klägerin auf 50 % der Provisionseinbuße verringern, weil die Provisionsaufteilung zwischen den Parteien auch insoweit berücksichtigt werden müßte.

Da das Berufungsurteil auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann (§ 563 ZPO), war es im Umfang der Anfechtung aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Groß