

VII ZR 137/59

V e r k ü n d e t
am 24. November 1960
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2220 099

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

In dem Rechtsstreit

des Regisseurs Heinz P. in Schw. bei D., Obb.,

Beklagten, Widerklägers, Berufungsbe-
klagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Firma S.-Verlag Sch. & Co. in H.,
R.straße, vertreten durch Dr. Karl Sch. als
persönlich haftenden Gesellschafter,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Streithelferin der Klägerin: Spinnerei & Webereien Z.-Sc. AG.
in Z./Wi.,

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 24. November 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkel-
mann, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 9. Juli 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Firma Spinnerei und Webereien Z-Sc AG in Z/Wi stellt unter der Marke "I" pastellfarbig gestreifte, in erster Linie als Bettwäsche gedachte Stoffe her. Sie hat hierfür eine umfangreiche Werbung veranstaltet, darunter auch durch Einblendung ihrer Stoffe in Spielfilmen. Dieserhalb trat sie mit der Klägerin in Verbindung. Die Klägerin schloß darauf mit dem Beklagten den Vertrag vom 14. Mai 1956.- Darin heißt es u.a.:

"§ 1 (Die Klägerin) vermittelt dem (Beklagten) eine werbliche Einblendung der Firma Z-Sc für den Film "Wo d W r".

§ 2 Die werbliche Einblendung soll sich auf die Verwendung mehrerer Bettdecken innerhalb des oben genannten Films erstrecken. Die Muster der Bettdecken können von dem (Beklagten) bestimmt werden.

§ 3 Als Preis für diese Werbung wurde bei einer Dauer von 60 oder mehr Sekunden ein Betrag von DM 4.800,- vereinbart, wobei als Berechnungsgrundlage pro Sekunde ein Betrag von DM 80,- in Anschlag gebracht wird."

Nach der Fertigstellung des Films verweigerte die Firma Z-Sc die Zahlung des mit der Klägerin vereinbarten Entgelts. Sie behauptete, es sei verabredet, daß ein Vertrag erst dann als geschlossen gelten sollte, wenn sie nach der Vorführung des Films bestätigt habe, daß das Einblenden ihrer Bettwäsche werbe- und fachgemäß vorgenommen worden sei; letzteres sei nicht der Fall.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Schadensersatz. Sie behauptet, sie habe mit der Firma Z-Sc verein-

- 3 -

bart, daß sie für die Einblendung der Bettwäsche in dem Film 9.000 DM erhalten sollte. Hiervon habe der Beklagte 4.800 DM zu beanspruchen gehabt. Die Firma Z-Sc- weigere sich zu Recht, das Entgelt zu zahlen, denn der Beklagte habe die Einblendung nicht werbe- und fachgerecht vorgenommen. Ihr (der Klägerin) Schaden betrage daher 4.200 DM. Sie hat einen Teilbetrag von 2.000 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er steht auf dem Standpunkt, die Einblendung sei fachgerecht, für die Werbewirksamkeit habe er nicht aufzukommen. Er behauptet, die Klägerin habe ihn nicht darauf aufmerksam gemacht, daß der endgültige Auftrag und die Zahlung der Firma Z-Sc- davon abhängig gemacht worden sei, daß diese die Einblendung als werbewirksam anerkenne. Die Klägerin habe ihm in der Art und Weise der Einblendung freie Hand gelassen. Lediglich die Dauer der Einblendung mit mindestens 60 Sekunden sei ihm aufgegeben worden. Diese habe er sogar überschritten.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben auf Zahlung des vereinbarten Entgelts von 4.800 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin der Firma Z-Sc- den Streit verkündet; diese ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und seine Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Klägerin gemäß der Widerklage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt, die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die gestreifte Bettwäsche nur in zwei Szenen von insgesamt 50 Sekunden Dauer dem Beschauer als solche erkennbar gezeigt werde, beruhe auf Verfahrensverstößen. Diese Rüge ist begründet.

1.) Das angefochtene Urteil (S. 8) ergibt, daß der Einzelrichter des Berufungsgerichts gemäß seinem Beschluß vom 6. Januar 1959 (Ziffer II) an der Vorführung des Films teilgenommen, also Beweis durch Augenschein (§§ 144, 371 ff ZPO) erhoben hat. Das auf Sinneswahrnehmung beruhende Ergebnis eines Augenscheins bildet die Grundlage für die richterlichen Schlußfolgerungen bei der Beweiswürdigung. Es muß deshalb, wenn das entscheidende Richterkollegium die Wahrnehmung nicht selbst getroffen hat, gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 4 ZPO im Protokoll niedergelegt, und den Parteien muß Gelegenheit gegeben werden, zu den Wahrnehmungen des Einzelrichters Stellung zu nehmen, die Niederschrift zu genehmigen oder Einwendungen dagegen zu erheben (§ 162 ZPO). Das Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Einzelrichter auf Grund der Beweisverhandlung haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vorzutragen (§ 285 Abs. 2 ZPO), und das vorgetragene Ergebnis hat das Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Mangels Feststellung in einer Niederschrift können die Parteien kein Beweisergebnis vortragen, denn vorzutragen ist das vom Richter erzielte Ergebnis. Ausführungen des Einzelrichters über seine Wahrnehmungen bei der Augenscheinseinnahme darf das Gericht der Entscheidung somit nicht zugrunde legen (RG HRR 1939 Nr. 514).

Im angefochtenen Urteil sagt das Berufungsgericht, die Vorführung des Films in Verbindung mit den Feststellungen des Sachverständigen habe ergeben, daß der Beklagte den Vertrag nicht erfüllt habe; nur in zwei Szenen von insgesamt 50 Sekunden Dauer werde die gestreifte Bettwäsche so gezeigt, daß der Filmbesucher sie als solche erkenne.

Danach muß davon ausgegangen werden, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung auch auf die nicht protokollierte Augenscheinseinnahme durch den Einzelrichter stützt. Darin liegt ein Verstoß gegen § 286 ZPO (RG in JW 1933, 2215; 1939, 650; BGHSt 2, 1, 3). Er führt zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2.) Der Beklagte hatte beanstandet, es sei nicht geklärt, ob der Sachverständige Dr. I. sich den Film auf Breitwand oder auf Normalwand habe vorführen lassen; auf Breitwand sei der Wäschestoff nicht im gleichen Umfang zu sehen, wie auf der Normalwand, wofür der Film aufgenommen gewesen sei. Er hatte weiter bemängelt, daß die zweite Vorführung des Films im Schneiderraum, also in Kleinformat, dem Sachverständigen keinen zuverlässigen Eindruck vermittelt habe. Das Berufungsgericht ist auf die im einzelnen dargelegten, auch nicht ohne weiteres von der Hand zu weisenden Bedenken des Beklagten gegen die Gutachten des Sachverständigen Dr. Lütje im angefochtenen Urteil nicht eingegangen. Auch diese Unterlassung rechtfertigt wegen Verstoßes gegen § 286 ZPO die Aufhebung des Berufungsurteils.

II.

Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vertragsinhalt verkannt.

1.) Zwischen der Feststellung, daß der Beklagte nicht für den Erfolg, also die Werbewirksamkeit der Einblendungen einzustehen habe, und dem Abstellen auf die Zeitdauer der Einblendung besteht kein Widerspruch. Daß eine gewisse Zeitdauer erreicht sein sollte, hat es dem Vertrag der Parteien entnommen.

2.) Das Berufungsgericht meint nicht, daß die Wäschestoffe "in jeder Phase ihres Auftauchens" als pastellfarbig gestreift hätten erkennbar sein müssen. Es legt den Vertrag dahin aus, daß dies nach der Vereinbarung mindestens 60 Sekunden lang möglich sein sollte.

3.) Der Beklagte hat in den Vorinstanzen nicht vorgetragen, daß er durch die eingegangene Verpflichtung in seiner künstlerischen Gestaltungsfreiheit als Regisseur eingeengt gewesen sei. Aus der Entscheidung in BGHZ 19, 382, die die Revision anführt, ergibt sich nichts, was gegen die Rechtswirksamkeit der eingegangenen Verpflichtung sprechen könnte.

4.) Die Auslegung des Vertrags vom 14. Mai 1956 dahin, daß die werbegerechten Einblendungen insgesamt mindestens 60 Sekunden lang dauern sollten, bindet das Revisionsgericht. Sie entspricht zudem der Darstellung des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 25. Juni 1957 (S. 3).

III.

Nach der vom Beklagten eingereichten Aufstellung wird I [REDACTED]-Wäsche in Szenen von insgesamt 397,5 Sekunden Dauer gezeigt. Die Klägerin wendet sich, soweit ersichtlich, nicht gegen die Richtigkeit dieser Aufstellung, sondern bestreitet nur, daß die Szenen, in denen der Stoff in seiner Eigenart klar zu erkennen sei, insgesamt die abgemachte Dauer von 60 Sekunden erreichen.

Auf Grund seiner damit übereinstimmenden Feststellung ist das Berufungsgericht der Ansicht, daß der Beklagte den Vertrag nicht erfüllt und deshalb keine Vergütung zu beanspruchen habe; demgemäß hat es dessen Widerklage abgewiesen. Der Klage hat es stattgegeben, weil der Beklagte der Klägerin Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung schulde.

Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben sich rechtliche Bedenken. Sollte die neue Verhandlung wiederum zu der Feststellung führen, daß I [REDACTED]-Wäsche in dem Film nicht mindestens in Szenen von 60 Sekunden Dauer werbegerecht eingeblendet ist, so weist zwar das Werk des Beklagten Mängel auf (§ 633 BGB), von einer "Nichtleistung" kann aber nicht gesprochen werden. Einer Fristsetzung zur Behebung des Mangels (§ 634 BGB) bedurfte es nicht, da die Beseitigung des Mangels bei der besonderen Sachlage unmöglich ist. Die Klägerin kann deshalb, wenn der Beklagte den Mangel zu vertreten hat, nach § 635 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der der Klägerin entgangene Gewinn und damit ihr Schaden, wie das Berufungs-

gericht meint, (9.000 ./ 4.800 =) 4.200 DM betrage. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Firma Z-Sc nicht genügend geklärt hat. Das Berufungsgericht entnimmt zwar den Zeugenaussagen und dem Schriftwechsel, daß die Firma Z-Sc bei werbegerechter Einblendung der von ihr hergestellten Wäsche der Klägerin hätte 9.000 DM zahlen müssen. Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß die Klägerin, wenn die werbegerechten Einblendungen keine Dauer von 60 Sekunden erreichen, gegen die Firma Z-Sc überhaupt keine Forderung hätte. Möglicherweise kann sich durch Auslegung der zwischen der Klägerin und der Firma Z-Sc getroffenen Vereinbarung oder auch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) eine Zahlungsverpflichtung der Firma Z-Sc gegenüber der Klägerin ergeben, so daß sich der Schaden der Klägerin als entsprechend geringer erweist.

V.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Meyer