

Verkündet

am 11. Januar 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Lucien B [REDACTED], Inhaber des Deutsch-
Französischen Künstlerdienstes in M [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Ernst I [REDACTED], Inhaber der Konzertdirektion I [REDACTED],
N [REDACTED] (Schwarzwald),

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz
vom 23. März 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen im Juli 1957 einen Konzertvertrag, wonach der Beklagte dem Kläger das französische Jazzorchester Armand G. mit dem Klarinettenisten Albert N. als Solisten und zwei Tanzpaaren für 20 Konzerte in der Zeit vom 9. November bis 1. Dezember 1957 zur Verfügung zu stellen hatte. Die Konzerte sollten in süddeutschen Städten stattfinden. Der Kläger sollte für jedes Konzert an den Beklagten 1.500 DM zahlen und die Reisekosten der Künstler zwischen den einzelnen Städten übernehmen. Die Werbung für die Konzerte übernahm der Kläger; der Beklagte verpflichtete sich, ihm spätestens 8 Wochen vor dem ersten Konzert Werbematerial und Fotos zu übersenden.

Die Parteien vereinbarten später eine Verlegung der Konzerte auf die Zeit vom 1. bis 20. März 1958. Die Tournée wurde aber auch zu dieser Zeit nicht ausgeführt. Am 30. Dezember 1957 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dessen Forderung nach Mitwirkung der Weltmeister-Tanzpaare oder einem gleichwertigen Ersatz könne nicht entsprochen werden, da der Dirigent G. mit der vom Kläger vorgesehenen Werbung mit den Namen der Tanzpaare nicht einverstanden sei. Mit Schreiben vom 31. Dezember 1957 erwiderte der Kläger, da das ihm namhaft gemachte Weltmeister-Tanzpaar an der Tournée nicht teilnehmen solle, sei er an deren Durchführung nicht mehr interessiert.

Mit der Klage begehrt der Kläger vom Beklagten Schadensersatz. Er hat zur Begründung vorgetragen, er habe dem Beklagten von vornherein und wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß er der Mitwirkung des Tanzpaares große Bedeutung beilege und die Werbung auch auf diese abstellen

wolle. Nachdem der Beklagte ihm die Fotos und Prospekte zweier bestimmter Tanzpaare, eines Weltmeister- und eines Schlußbrundenpaares, übersandt und in weiteren Schreiben noch nähere Angaben über diese Paare gemacht habe, sei er verpflichtet gewesen, für deren Mitwirkung bei den Konzerten oder für gleichwertigen Ersatz zu sorgen. Da der Beklagte die Erfüllung dieser Verpflichtung verweigert habe, müsse er ihm den entgangenen Gewinn ersetzen, der sich auf mindestens 10.000 DM belaufe, und ihm ferner die Kosten der Terminsverlegung in Höhe von 2.000 DM erstatten.

Der Kläger hat demgemäß beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm 12.000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat den Klaganspruch nach Grund und Höhe bestritten und geltend gemacht, die Tanzpaare hätten nach dem Vertrage, der auf die Durchführung von Jazzkonzerten gerichtet gewesen sei, nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Sie hätten nur zwei Auftritte von je 5 Minuten Dauer haben und beim Finale mitwirken sollen. Ihre Auswahl habe dem Dirigenten G. als Leiter des ganzen Ensembles obgelegen. Die Mitwirkung bestimmter Tanzpaare sei nicht Vertragsinhalt geworden. G. habe nur zwei anonyme Tanzpaare, die in der Werbung nicht besonders hätten herausgestellt werden sollen, mitwirken lassen wollen. Der Kläger hätte das als Vertragserfüllung hinnehmen müssen.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Klage wegen des Betrages von 2.000 DM (Kosten der Terminsverlegung) abgewiesen, im übrigen die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe an das Landgericht zurückverwiesen.



Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Parteien seien nachträglich einig geworden, daß bestimmte namentlich genannte Tanzpaare bei den Konzerten mitwirken sollten, nicht irgendwelche frei austauschbaren Paare. Die endgültige Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 30. Dezember 1957, daß er der Forderung des Klägers nach den Weltmeisterpaaren oder einem gleichwertigen Ersatz nicht entsprechen könne, stelle eine positive Vertragsverletzung dar. Der Beklagte müsse dem Kläger daher gemäß den §§ 326, 252 BGB den diesem entgangenen Gewinn ersetzen.

II.

Die Revision rügt zunächst Verletzung des § 304 ZPO.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Zwar hat der Tatrichter die Voraussetzungen eines Grundurteils von Amts wegen zu prüfen und eine Vorabentscheidung über den Grund nur zu treffen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des Anspruchs wenigstens in irgend einer Höhe besteht (vgl. LM Nr. 2, 11 und 16 zu § 304 ZPO). Das Revisionsgericht kann aber nicht den Fall in tatsächlicher Beziehung daraufhin

prüfen, ob die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts etwa entgegen der Meinung des Berufungsgerichts mehr oder weniger groß ist; es muß sich vielmehr auf die Prüfung beschränken, ob ein Rechtsfehler vorliegt.

Das Berufungsgericht hat hier zwar nicht ausdrücklich eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Entstehung irgend eines Schadens des Klägers festgestellt. Es kam ferner nicht entscheidend darauf an, daß die Parteien von einem günstigen Ergebnis der Tournée als selbstverständlich ausgegangen waren. Immerhin durfte das Berufungsgericht diesen Umstand als Indiz dafür verwerten, daß durch den Ausfall der Konzertreise dem Kläger tatsächlich ein Gewinn entgangen ist. Jedenfalls läßt die Ausdrucksweise des Urteils mit hinreichender Sicherheit erkennen, daß das Gericht dies in dem notwendigen Ausmaß für wahrscheinlich gehalten hat.

Die Anforderungen an die diesbezügliche Prüfung durch den Tatrichter sind je nach dem Sach- und Streitstand verschieden hoch zu stellen. Hier ist von Bedeutung, daß die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, der freien Beurteilung des Gerichts nach § 286 ZPO unterlag. In Fällen, in denen ein Schaden aus einem Verkehrsunfall geltend gemacht wird, wie in den vorstehend angeführten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, ist häufig eine nähere Prüfung geboten, weil infolge des Übergangs von Ansprüchen auf einen Sozialversicherungsträger und wegen des möglichen Einflusses eines mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten nicht selten kein dem Kläger zustehender Anspruch mehr übrig bleiben wird. Derartige Bedenken bestehen hier nicht. Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz die Vorabentscheidung über den Grund nicht mehr

beanstandet. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht ohne Rechts- und Verfahrensverstoß von weiteren Erörterungen über die Zulässigkeit des Grundurteils absehen. Es brauchte auch aus dem von der Revision angeführten Schreiben des Klägers vom 21. November 1956 kein durchgreifendes Bedenken gegen die Annahme herzuleiten, daß dem Kläger ein Schaden in irgendeiner Höhe entstanden sei.

III.

Auch in sachlich-rechtlicher Beziehung ist die Revision unbegründet. Sie verkennt nicht, daß sie die Auslegung des Vertragsinhalts durch das Berufungsgericht hinnehmen muß und daß eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung anzusehen ist, aus der dieselben Rechtsfolgen hergeleitet werden können, wie sie § 326 BGB für den Fall des Verzugs vorsieht.

1.) Zu Unrecht ist die Revision der Auffassung, aus den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ergebe sich keine positive Vertragsverletzung des Beklagten. Das Berufungsgericht hat unzweifelhaft mit dem Hinweis auf die definitive Erklärung des Beklagten im Schreiben vom 30. Dezember 1957 eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten angenommen, die als positive Vertragsverletzung zu werten ist. Zu demselben Ergebnis kommt man übrigens, wenn man in dieser Erklärung des Beklagten das Zugeständnis eines nachträglich eingetretenen Unvermögens zur Leistung erblickt (§ 325 BGB).

2.) Die Revision meint allerdings weiter, es sei in dem Schreiben nicht schlechthin die Leistung verweigert,

sondern es seien lediglich Umstände herausgestellt worden die daraufhin hätten geprüft werden müssen, ob der Beklagte sie zu vertreten habe. Es habe sich in Wirklichkeit um Meinungsverschiedenheiten der Parteien hinsichtlich der vom Kläger durchzuführenden Werbung gehandelt; es hätte erörtert werden müssen, ob die vom Kläger beabsichtigte Art der Werbung für die Tanzpaare nicht den Interessen der führenden Künstler (G. [REDACTED] und N. [REDACTED]) widersprochen habe und es daher dem Beklagten nicht zum Verschulden angerechnet werden dürfe, wenn er deren Wünsche berücksichtigen wollte.

Das angefochtene Urteil hält auch diesem Revisionsangriff stand. Es führt ausdrücklich an, der Kläger habe selbstverständlich bei seiner Werbung darauf Rücksicht nehmen müssen, daß es sich um Jazzkonzerte handelte; es sei aber nichts dafür dargetan, daß er die Absicht gehabt habe, die Werbung für G. [REDACTED] und N. [REDACTED] zurückzustellen und die Tanzpaare ganz besonders hervorzuheben. Weiter hat das Berufungsgericht für die Revisionsinstanz bindend als Vertragsinhalt die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, die dem Kläger einmal namhaft gemachten Tanzpaare zu der Tournée zu stellen. Schließlich hat es die fehlende Zustimmung des Dirigenten G. [REDACTED] als unerheblich bezeichnet, weil der Beklagte sich ohne einen dahingehenden Vorbehalt dem Kläger gegenüber verpflichtet habe; als Vertragsinhalt ist damit festgestellt, daß eine Weigerung Gordons den Beklagten nicht befreien konnte.

Hiernach ist sowohl die objektive Vertragswidrigkeit des Verhaltens des Beklagten als auch seine Verantwortlichkeit hierfür rechtlich einwandfrei dargetan.

3.) Da es sich um eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung des Beklagten handelt, brauchte der Kläger keine Nachfrist mehr zu setzen, um die Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzung für sich in Anspruch nehmen zu können (vgl. RGZ 172, 20, 24; BGHZ 2, 310, 312; 11, 80 86). Im übrigen hatte der Kläger dem Beklagten sogar eine Erklärungsfrist gesetzt, zunächst bis zum 20. Dezember 1957; auf Wunsch des Beklagten hat er die Frist bis zum 31. Dezember 1957 verlängert.

4.) Der Beklagte hat zwar nicht die ganze Vertragsleistung verweigert, sondern lediglich die Mitwirkung der Tanzpaare. Die Durchführung der Konzerte ohne diese hatte aber für den Kläger kein Interesse. Das hat das Berufungsgericht ersichtlich angenommen, wie sich besonders aus seinem Hinweis auf die Bekundungen des Sachverständigen Collien ergibt. In diesem Falle ist auch bei Verweigerung nur eines Teiles der Leistung Ablehnung der ganzen Erfüllung und Forderung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung zulässig (RGZ 172, 20, 24).

IV.

Die Revision des Beklagten ist hiernach, da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zu seinem Nachteil erkennen läßt, als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Finke