

VII ZR 239/61

Verkündet
am 7. Februar 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2189 099

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

In dem Rechtsstreit

des Helmut N. in K., M. Str.,
Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Fotohaus S. & S. in K., H. Str.,
Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1963 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 14. Juli 1961 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

62

Tatbestand:

Der Kläger, der in Verhandlungen mit der Beklagten wegen des Kaufs einer Filmkamera zum Preise von etwa 6.000 DM stand, fragte am 25. Januar 1960 bei der Beklagten an, ob sie ihm ein Filmdrehtuch auf Grund eines ihr gleichzeitig übersandten Entwurfs liefern könne. Die Beklagte antwortete am 1. Februar 1960, ein Drehbuch werde ungefähr 400 DM kosten; es werde sich um einen abendfüllenden Film handeln, der sehr kostspielig und für einen Amateur schwierig und langwierig herzustellen sei. Am 18. Februar 1960 teilte der Kläger mit, er wünsche ein Drehbuch für einen abendfüllenden Film, und überwies eine Anzahlung von 200 DM. Nach weiterem Schriftwechsel übersandte die Beklagte dem Kläger am 21. April 1960 das Drehbuch und berechnete dafür 480 DM.

Am 29. April 1960 rügte der Kläger, daß es sich nicht um ein Drehbuch für einen abendfüllenden Film, sondern um ein solches für einen Kurzfilm von etwa 30 Minuten Laufzeit handele; er fragte an, ob eine Ergänzung zu einem Drehbuch für einen abendfüllenden Film möglich sei. Nachdem die Beklagte am 9. Mai 1960 erklärt hatte, der Entwurf des Klägers habe für einen abendfüllenden Film nicht ausgereicht, schrieb der Kläger am 16. Mai 1960, er könne das Drehbuch in seiner jetzigen Form nicht gebrauchen; er beabsichtige, ein neues Drehbuch von einem anderen Autor herstellen zu lassen, und bitte um Rückzahlung der angezahlten 200 DM. Mit Schreiben vom 30. Mai 1960 mahnte er die Rückzahlung an. In ihrer Antwort vom 2. Juni 1960 schlug die Beklagte vor, den Filmstoff von einem Sachverständigen begutachten zu lassen; wenn dieser den Entwurf des Klägers für einen abendfüllenden Film als geeignet ansehe, sei sie bereit, ein entsprechendes Drehbuch fertigen zu lassen. Diesen Vorschlag lehnte der Kläger mit Schreiben vom 9. Juni 1960 ab; er forderte zugleich die Beklagte auf, ihm bis zum 20. Juni 1960 mitzuteilen, ob sie bereit und in der

Lage sei, ein Drehbuch für einen abendfüllenden Film herzustellen; anderenfalls werde er einen anderen Autor beauftragen und möchte dann nochmals um Rückzahlung der 200 DM bitten. Am 22. Juni 1960 forderte er wiederum die Rückzahlung der 200 DM gegen Aushändigung des Drehbuchs; zugleich erwähnte er, daß er einen anderen Autor beauftragt habe und an weiteren Verhandlungen mit der Beklagten wegen des Drehbuchs nicht mehr interessiert sei; er behalte sich alle Rechte auf Schadensersatz wegen des 6-monatigen Zeitverlustes vor. Am 24. Juni 1960 schickte der Kläger der Beklagten das Drehbuch zurück. Die Beklagte zahlte ihm später 149,56 DM zurück; sie behielt von den angezahlten 200 DM einen Betrag von 50,44 DM für Anwaltskosten ein.

Der Kläger meint, die Beklagte sei ihm zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden liege einmal darin, daß er infolge des Verhaltens der Beklagten den Film erst 7 Monate später als vorgesehen herstellen könne. Außerdem stehe ihm sein Anfangskapital von 35.000 DM nicht mehr zur Verfügung; ein ihm von seinem Bruder zugesagtes Darlehen von 18.500 DM habe dieser wegen der durch die Beklagte herbeigeführten Verzögerung der Filmherstellung nicht gewährt; von seinem Eigenkapital von 16.500 DM habe er Reugelder an seine technischen Mitarbeiter zahlen müssen.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt,

- 1) die Beklagte zur Zahlung von 50,44 DM nebst Zinsen zu verurteilen,
- 2) festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm allen Schaden zu ersetzen, der ihm dadurch entstehen werde, daß die Beklagte ihrer Verpflichtung auf Lieferung eines Drehbuchs für einen abendfüllenden Film schuldhaft nicht nachgekommen sei.



Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat u.a. geltend gemacht, der Kläger sei vom Vertrage zurückgetreten und könne schon deshalb keinen Schadensersatz beanspruchen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers, mit der er nur den Feststellungsantrag weiter verfolgt hat, zurückgewiesen.

Mit der Revision bittet der Kläger darum, seinem Feststellungsantrag stattzugeben. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat sich die Beklagte vertraglich verpflichtet, dem Kläger ein Drehbuch für einen abendfüllenden Film zu liefern. Den Vertrag sieht das Berufungsgericht als Werkvertrag an; in dieser Beurteilung stimmen auch die Parteien überein. Wie das Berufungsgericht weiter feststellt, war das Drehbuch zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht tauglich und wies damit einen Mangel im Sinne des § 633 BGB auf. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich ferner, daß der Beklagte das Werk nicht als in der Hauptsache vertragsgemäße Leistung anerkannt und damit nicht abgenommen hat.

2) Vor der Abnahme steht dem Besteller noch der Erfüllungsanspruch, also der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien

Werkes zu. Er kann, wenn der Unternehmer diesen Anspruch nicht erfüllt, die Rechte geltend machen, die das Gesetz für diesen Fall allgemein bei gegenseitigen Verträgen gewährt, u.a. die Rechte aus § 326 BGB (Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, S. 157 f, 193; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 135 B 2 c; Staudinger, BGB, 11. Aufl., § 634 Rdz. vgl. auch BGHZ 26, 337).

Das Berufungsgericht wertet die Erklärungen des Beklagten in den Schreiben vom 16. Mai, 30. Mai und 9. Juni 1960 dahin, daß er keine Gewährleistungsansprüche geltend gemacht habe, sondern die Rechte aus § 326 BGB, und zwar den Rücktritt. Dadurch sei der Vertrag aufgelöst worden, und Schadensersatzansprüche seien ausgeschlossen.

3) Das Berufungsgericht meint in diesem Zusammenhang, § 635 BGB sei "von vornherein" unanwendbar. Er setze nämlich voraus, daß der Besteller die mangelhafte Leistung wenigstens als teilweise Erfüllung anerkenne und sich sein Erfüllungsbegehren auf das vorliegende Werk konzentriere. Wenn der Besteller aber kein Interesse daran habe, die mangelhafte Leistung zu behalten, und diese als Nichterfüllung ansehe, wie es hier der Fall gewesen sei, so mache er nicht einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB, sondern Ansprüche aus § 326 BGB geltend. Da der Kläger - zunächst - nur Rückzahlung des angezahlten Betrages gegen Rückgabe des Drehbuchs verlangt habe, habe er sich für das in § 326 BGB vorgesehene Rücktrittsrecht entschieden.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Auch der Anspruch aus § 635 BGB berechtigt nämlich den Besteller dazu, das mangelhafte Werk ganz abzulehnen, die Zahlung der Vergütung zu verweigern oder eine bereits geleistete

Vergütung zurückzufordern und gegebenenfalls noch weiteren Schaden geltend zu machen (BGHZ 27, 215). Es stand also nichts im Wege, schon in dem Verlangen des Klägers auf Rückzahlung der angezahlten 200 DM gegen Herausgabe des Drehbuchs die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB zu sehen.

II.

Der Frage, ob bei dem unrichtigen Ausgangspunkt die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger sei zurückgetreten und habe sich damit eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung begeben, haltbar ist, braucht indessen nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn das Berufungsgericht gibt eine Hilfsbegründung, welche die Abweisung der Klage trägt und den Revisionsangriffen standhält. Es führt aus, der Kläger habe die Voraussetzungen dafür, daß ihm ein Schaden entstanden sei oder noch entstehen werde, nicht schlüssig vorgetragen.

1) Das gilt, wie das Berufungsgericht darlegt, zunächst für die Behauptung, die Verzögerung in der Herstellung des Films habe einen Ausfall von Einnahmen zur Folge.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus, ein solcher Ausfall könne nur entstehen, wenn der fertige Spielfilm einen Gewinn gebracht hätte. Da die Verwertung des Films durch einen Filmverleih erfolge, hänge ein Gewinn des Klägers davon ab, daß eine Verleihfirma an seinem Film interessiert sei. Der Kläger habe es jedoch unterlassen, das Interesse einer Verleihfirma an seinem Film und seine Aussichten für eine Verwertung des Films durch eine Verleihfirma zu behaupten.

Das Berufungsgericht ist, da es an solchen Behauptungen fehlt, mit Recht der Auffassung, daß der Kläger einen Schaden durch entgangenen Gewinn nicht schlüssig behauptet hat.

Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision sind unbegründet. Sie meint, das Berufungsgericht habe überschen, daß eine Verleihfirma zum Abschluß eines Verwertungsvertrages erst bereit sei, wenn ihr ein Drehbuch vorgelegt werde. Das kann als richtig unterstellt werden. Gleichwohl durfte das Berufungsgericht aus dem Umstand, daß der Kläger bis zur letzten mündlichen Verhandlung, die fast ein Jahr nach dem Abbruch der Verhandlungen zwischen Kläger und Beklagter stattfand, keinerlei konkrete Angaben über die Aussichten der Verwertung gemacht hat, folgern, daß er nicht in der Lage sei, solche Aussichten darzulegen. Das gilt umso mehr, als der Kläger behauptet hatte, schon im Juni 1960 einen anderen Autor mit der Anfertigung eines Drehbuchs beauftragt zu haben; gleichwohl hat er nichts darüber vorgetragen, daß inzwischen ein Verleih für den Film gewonnen werden konnte.

2) Ohne Rechtsverstoß bezeichnet das Berufungsgericht auch das Vorbringen des Klägers über den Schaden als ungenügend, der dadurch entstanden sein soll, daß der Bruder des Klägers den zugesagten Kredit von 18.500 DM zurückgezogen hat. Der Kläger hat, wie das Berufungsgericht feststellt, nichts über die Bedingungen vorgetragen, zu denen der Bruder den Kredit gewähren wollte; ebenso fehlen Behauptungen über Aussichten auf Kredit von dritter Seite.

Auch hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Der Hinweis auf den Vortrag über die Möglichkeit, ein Existenz- aufbaudarlehen und Bankkredite zu erhalten, greift nicht durch. Diese Möglichkeiten hätten nichts genützt, wenn keine Aussichten

bestand, den Film gewinnbringend zu verwerten (s.o. unter 1). Ebenso kann, wenn diese Aussicht nicht besteht, aus dem Fehlen des vom Bruder als Darlehen zugesagten Betrags kein Schaden entstanden sein. Soweit die Revision einen Schaden schon daraus herleiten will, daß das Darlehen des Bruders zu einem besonders günstigen Zinssatz gewährt worden wäre, scheitert ein Anspruch des Klägers daran, daß er in den Tatsacheninstanzen nichts über die Darlehensbedingungen vorgetragen hat. Hierüber den Kläger zu befragen, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet; eine Verletzung des § 139 ZPO ist insoweit nicht ersichtlich.

3) Auch das Vorbringen über die Zahlung von Reugeldern reicht zur Darlegung eines Schadens nicht aus. Hier wäre der Kläger zu genauen Angaben schon deshalb in der Lage und gehalten gewesen, weil dieser Schaden bereits entstanden sein soll. Der Kläger hat nur vorgetragen, er habe den technischen Mitarbeitern Reugelder zahlen müssen, um Prozessen aus dem Wege zu gehen und den technischen Stab für die Zukunft zur Verfügung zu haben; hierfür hat er seinen Bruder als Zeugen benannt. Das genügt nicht. Es muß als ungewöhnlich und unwahrscheinlich angesehen werden, daß der Kläger, ohne auch nur ein geeignetes Drehbuch zu besitzen, bereits einen Mitarbeiterstab verpflichtet haben soll. Deshalb durften genaue Angaben von ihm verlangt werden. An solchen fehlt es. Er hat nichts darüber angegeben, inwiefern er verpflichtet gewesen wäre, Reugelder zu zahlen. Er hat keinen einzigen Mitarbeiter benannt, dem er Reugeld gezahlt hat, und keinen einzigen Vertrag mit irgendeinem Mitarbeiter angeführt, der ihm eine derartige Verpflichtung auferlegt hätte. Über die unsubstantiierte Behauptung brauchte das Berufungsgericht deshalb keinen Beweis durch Vernehmung des Bruders des Klägers zu erheben.

Auch die auf § 139 ZPO gestützte Rüge, das Berufungsgericht habe den Kläger zu näheren Angaben auffordern müssen, ist nicht begründet, schon deshalb nicht, weil auch die Revision keine substantiierten Behauptungen anzugeben vermag, die der Kläger auf eine Frage des Gerichts aufgestellt haben würde; sie führt lediglich an, der Kläger würde seine Mitarbeiter als Zeugen benannt haben, macht aber nicht einen einzigen Mitarbeiter namhaft.

III.

An dem unzureichenden Vorbringen des Klägers über den entstandenen und noch entstehenden Schaden scheitern auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung und aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Die Revision hält diese Tatbestände für gegeben, weil die Beklagte den Kläger vor und bei Vertragsschluß nicht darüber aufgeklärt habe, daß seine Entwurfsnotizen nicht für einen abendfüllenden Film ausreichen. Das Fehlen einer solchen Aufklärung hätte allenfalls die Herstellung des Films geringe Zeit verzögern können. Dadurch ist aber, wie unter 1) ausgeführt, kein Schaden entstanden, wenn mit einer gewinnbringenden Verwertung des Films nicht zu rechnen war.

IV.

Im Ergebnis ist demnach die Klage mit Recht abgewiesen worden, und die Revision ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Winkelmann Rietschel Heimann-Trosien Erbel Meyer