

BUNDESGERICHTSHOF

2089 004

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 251/63

URTEIL

Verkündet am

24. Mai 1965

Jodas,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

R [REDACTED] - Werbegesellschaft mbH in M [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer, Rolf C. B [REDACTED],
M [REDACTED], S [REDACTED]-T [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

R i [REDACTED] - P [REDACTED] Bruno Re [REDACTED] KG in M [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Bruno Re [REDACTED], Kaufmann in M [REDACTED], Ro [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 29. August 1963 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das Filmtheater "Ri-P" am Ro-platz in H (M-) wurde am 2. Dezember 1960 eröffnet. Durch Vertrag vom 20. November 1960 verpflichtete sich die Klägerin als Unterpächterin dieses Theaters, gegen eine Monatspauschale von 1.500 DM von der Beklagten in Auftrag gegebene Werbevorführungen durchzuführen.

In Ziffer 7 dieses Vertrags ist bestimmt:

"Die Höhe der vereinbarten Abrechnungspauschale hat folgende vom Theater garantierte Voraussetzungen

- a) 22 bis 28 Normalvorstellungen pro Woche,
- b) ca. 700 Normalsitzplätze des Theaters,
- c) als Spielprogramm gehobene deutsche und ausländische Familien- und Gesellschaftsfilme, erster Wahl, sowie sich die daraus als Voraussetzung ergebende durchschnittliche Besucherstruktur und Besucherzahl zur Grundlage. Sofern sich diese Voraussetzungen zum Nachteil der R (Bekl.) verändern, kann die Pauschale in angemessener Weise gemindert werden. ..."

- 3 -

Die Beklagte zahlte für die Zeit vom 2. Dezember 1960 bis 31. März 1962 statt insgesamt 24.000 DM nur 10.500 DM.

Mit der Klage macht die Klägerin die rückständigen 13.500 DM nebst Zinsen geltend.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie ist der Auffassung, daß sie nach Ziff. 7 des Vertrags zur Minderung berechtigt sei, weil die Besucherzahl und die Qualität der gespielten Filme dieser Vertragsbestimmung nicht entsprochen hätten.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen hier nicht mehr im Streit stehenden Betrag von 1.320 DM stattgegeben. Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht sieht in der in Ziff. 7 des Vertrags vorgesehenen Minderungsmöglichkeit eine Wiederholung des nach § 634 Abs. 1 Satz 3 BGB gegebenen Gewährleistungsanspruchs. Einen solchen könne die Beklagte, so meint das Berufungsgericht, schon deshalb nicht geltend machen, weil es an der nach § 634 Abs. 1 BGB erforderlichen Fristsetzung fehle.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Ob diese Auslegung richtig ist, ist zweifelhaft. Doch kann das dahingestellt bleiben, ebenso, ob es sich überhaupt um einen Werkvertrag handelt; denn das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung ausgeführt, daß, auch wenn eine Fristsetzung entbehrlich gewesen sein sollte, die Beklagte nur dann zur Minderung berechtigt sei, wenn die Leistungen der Klägerin nicht die nach § 7 des Vertrags geforderten Eigenschaften hätten. Dabei sieht das Berufungsgericht die dort übernommene "Garantie" der Klägerin lediglich als "die gewöhnliche Zusicherung einer Eigenschaft" an. Es ist der Ansicht, daß die Beklagte das Fehlen dieser Eigenschaften nicht bewiesen habe.

2.) Die hiergegen gerichtete Revision der Beklagten ist nicht begründet.

a) Der mit der Revision vertretenen Auffassung, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, kann nicht beigetreten werden. Die Beweislast der Beklagten ergibt sich zwingend bereits aus dem Wortlaut von Ziff. 7 c Satz 2 des Vertrags ("sofern"). Wenn sie die dort vorgesehene Minderung der Pauschale für sich in Anspruch nehmen will, so muß sie auch das Nichtvorhandensein oder den Wegfall der Voraussetzungen für die vereinbarte Pauschale beweisen.

b) Die Beklagte hat vorgetragen, die Besucherzahl des Filmtheaters habe nur etwa 9 % der Besucherkapazität betragen, während diese in München durchschnittlich bei über 20 % liege; die Voraussetzung einer durchschnittlichen Besucherzahl sei deshalb nicht gegeben gewesen.

Das Berufungsgericht sieht jedoch diese Voraussetzung noch als erfüllt an. Es weist darauf hin, daß das Filmtheater mit Anlaufschwierigkeiten habe kämpfen müssen und daß deshalb nicht - jedenfalls nicht von Anfang an - mit einer Besucherzahl habe gerechnet werden dürfen wie bei schon eingeführten Filmtheatern. Dieses Risiko habe die Beklagte, die das gewußt habe, bei Vertragsabschluß auch übernommen. So gesehen könne nicht gesagt werden, daß die Besucherzahl wesentlich unter dem in solchen Fällen gegebenen Durchschnitt gelegen habe.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen der Beklagten sind nicht begründet.

Auf den von der Beklagten angetretenen Sachverständigenbeweis über die durchschnittliche Besucherzahl der Filmtheater in M. von etwa mehr als 20 % (Schriftsatz der Beklagten vom 8. August 1963, S. 8,) kommt es nicht an. Das Berufungsgericht unterstellt das. Den weiter angetretenen Sachverständigenbeweis für die Behauptung, eine Besucherfrequenz von etwa 9 % sei für ein "qualifiziertes Bezirkserstaufführungstheater" weit unterdurchschnittlich (Schriftsatz vom 29. Mai 1963, S. 7,), brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben. Es lag in seinem Ermessen, dies anhand der hier gegebenen, von ihm dargelegten besonderen Umstände selbst zu beurteilen. Seine Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß bei den nicht streitigen Besucherzahlen von etwa 99.000 im Jahre 1961 und von etwa 115.000 im Jahre 1962 (Schriftsatz vom 21. Januar 1963 S. 3) die Frequenz auch über 9 % lag.

Bei mindestens 22 Vorführungen in der Woche und 700 Sitzplätzen, wie im Vertrag vorgesehen, ergibt sich für das Jahr eine Gesamtkapazität von $22 \times 52 \times 700 = \text{ca } 800.000$ Besuchern, so daß eine Besucherzahl von 99.000 und 115.000 etwas 12,4 und 14,37% der Gesamtkapazität ausmachen.

So gesehen, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß sich die Besucherzahl von 1961 im Jahre 1962 unstreitig um etwa 16% erhöht hat, ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Zusicherung einer durchschnittlichen Besucherzahl sei noch erfüllt, frei von Rechtsfehlern.

c) Die Beklagte rügt des weiteren als einen zur Minderung berechtigenden Mangel die Vertragswidrigkeit des Spielprogramms.

Das Berufungsgericht sieht das nicht als erwiesen an. Es ist der Auffassung, die Beklagte habe hierzu nichts vorgetragen, insbesondere nicht im einzelnen dargetan, warum die gezeigten Filme nicht in das in Ziff. 7 c des Vertrags geforderte Programm gepaßt haben.

Das ist entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat hierzu in der Tat nicht mehr vorgebracht, als daß sie ein Verzeichnis der gespielten Filme vorgelegt und auf deren Titel hingewiesen hat. Wenn das Berufungsgericht aus den Titeln allein noch keinen hinreichenden Schluß auf eine Vertragswidrigkeit des Programms hat ziehen können, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Das Berufungsgericht durfte auch die der Beklagten bekannte Tatsache berücksichtigen, daß die Klägerin am Anfang in der Auswahl der Filme nicht völlig frei war und zunächst eine Mischung von mehr und weniger zugkräftigen Filmen in Kauf nehmen mußte.

Die Beklagte rügt hierzu, daß das Berufungsgericht, wenn es der Auffassung war, sie sei beweispflichtig, sie auf seine Zweifel hätte hinweisen müssen. Die Beklagte hätte dann durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt, daß die im Filmprogramm der Klägerin angezeigten Filme zum erheblichen Teil nicht als gehobene Familien- und Gesellschaftsfilme erster Wahl angesehen werden konnten.

Diese auf Verletzung des § 139 ZPO gestützte Rüge ist nicht begründet. Die durch einen Anwalt vertretene Beklagte hätte zumindest damit rechnen müssen, daß das Berufungsgericht sie für beweispflichtig hielt und daß dann lediglich die Angabe der gezeigten Filme zur Darlegung und zum Beweis ihrer Behauptung nicht genügte. Dazu bedurfte es nicht mehr eines besonderen Hinweises durch das Berufungsgericht.

d) Soweit das Berufungsgericht Ansprüche der Beklagten wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint hat, läßt das keinen Rechtsfehler erkennen. Hierzu hat die Beklagte auch keine Rüge erhoben.

3.) Die Revision der Beklagten ist daher als ungegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Dr. Vogt

Rietschel

Dr. Finke

Erbel