

VII ZR 78/58

Verkündet
am 25. Mai 1959
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2343 038

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

der Firma T - Filmwerbung C. K GmbH in E ,
V - Straße , vertreten durch den Geschäftsführer Carl
K , wohnhaft daselbst,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

die Sch - Betriebe in B , H - Straße , vertreten
durch die Geschäftsführerin Frau Maria Ho , wohnhaft
in O - St ,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. Mai 1959 unter Mitwirkung der Bun-
desrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Winkelmann, Erbel und
Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf.
vom 18. März 1958 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz (entgangenen Gewinn), weil sie in den beiden Lichtspielhäusern der Beklagten keine Werbung durch Diapositive und Werbefilme hat durchführen können. Sie behauptet: Die Beklagte habe ihr entgeltlich gestattet, eine solche Werbung durchzuführen, und zwar im Verlauf einer mündlichen Besprechung der beiderseitigen Geschäftsführer der Parteien (für die Beklagte damals Frau L.) am 6. April 1954 in der Wohnung der Frau L. . Die Parteien hätten sich damals dahin geeinigt, daß ihr Vertrag für die Beklagte "nicht ungünstiger" sein solle, als der entsprechende Vertrag, den die Beklagte damals mit der "Bi. " (einer Konkurrenzfirma der Klägerin) hatte. Der Vertrag der Parteien habe daher zu "denselben oder von K. (dem Geschäftsführer der Klägerin) anzugebenden besseren Bedingungen" gelten sollen wie der "Bi. "-Vertrag der Beklagten. Unstreitig hat die Beklagte später den "Bi. "-Vertrag verlängert und eine Werbung der Klägerin in ihren Lichtspieltheatern nicht gestattet.

Die Klägerin hat ihren Gesamtschaden auf rund 175.000,-- DM beziffert und davon einen Teilbetrag von 20.000,-- DM eingeklagt (nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit).

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat das Zustandekommen eines Vertrages mit der Klägerin (bei der Unterredung am 6. April 1954 oder später) bestritten und behauptet, es habe sich nur um unverbindliche Vorverhandlungen gehandelt. Sie hatte sich zunächst darauf berufen, ihre damalige Geschäftsführerin (Frau L.) sei am 6. April 1954 wegen Alkohol-, Rauschgift- und Schlafmittelsucht geschäfts-

unfähig gewesen; sie hat diese Behauptung aber fallen lassen, als die Klägerin auf einer stationären Beobachtung der Frau L. bestand. Sie hat ferner die Höhe des angeblichen Schadens der Klägerin bestritten.

Das Landgericht hat auf Grund der Aussagen der Zeugen S., He. und Ha. den Vertragsschluß zwischen den Parteien für erwiesen angesehen und die Beklagte für schadensersatzpflichtig, die Forderung der Klägerin aber der Höhe nach für übersetzt gehalten. Es hat demgemäß der Klage nur in Höhe von 10.988,74 DM (nebst Zinsen) stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte völlige Abweisung der Klage begehrt. Sie hat ihre in erster Instanz fallen gelassene Behauptung erneut aufgegriffen, Frau L. sei am 6. April 1954 geschäftsunfähig gewesen. Sie hat vorgetragen, die Parteien hätten sich am 6. April 1954 noch nicht über alle Punkte des geplanten Vertrages geeinigt gehabt (§ 154 I BGB); es sei auch handelsüblich, daß derartige Verträge formularmäßig schriftlich geschlossen oder mindestens schriftlich bestätigt würden (§ 154 II BGB).

Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen, die Beklagte könne sich auf den (einmal fallen gelassenen) Einwand der Geschäftsunfähigkeit der Frau Lotz nicht mehr berufen, die Parteien hätten den Vertrag am 6. April 1954 mündlich fest abgeschlossen, Frau L. und der Geschäftsführer K. der Klägerin hätten den Vertragsschluß noch durch Handschlag und Umarmung bekräftigt.

Das Berufungsgericht hält weder den Abschluß eines Werbevertrages, noch den eines entsprechenden Vorvertrages für erwiesen und hat demgemäß die Klage abgewiesen.



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

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte hat Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

- 1) Das Berufungsgericht läßt die Geschäftsfähigkeit der Frau L. offen, weil es aus anderen Gründen zur Abweisung der Klage gelangt. Für die Revisionsinstanz ist daher (zugunsten der Klägerin) die Geschäftsfähigkeit der Frau L. am 6. April 1954 zu unterstellen.
- 2) Die Revision rügt, die Begründung des Berufungsgerichts lasse sich mit der grundsätzlichen Formfreiheit von Verträgen nicht vereinbaren. Das Berufungsgericht hat aber nicht verkannt, daß - auch unter Kaufleuten - mündliche Verträge möglich sind. Es verwertet nur das Fehlen eines schriftlichen Vertrages und eines Bestätigungsschreibens über den angeblichen Vertragsschluß als Indiz dafür, daß die Verhandlungen der Parteien am 6. April 1954 noch nicht zu einem festen Abschluß geführt hätten, sondern im Stadium unverbindlicher Vorverhandlungen stocken geblieben seien. Das ist im Rahmen der dem Tatrichter obliegenden freien Beweiswürdigung zulässig und läßt einen Verstoß gegen § 286 ZPO nicht erkennen.
- 3) Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob ein Handelsbrauch besteht, wonach Kinowerbeverträge schriftlich abzuschließen seien. Für die Revisionsinstanz ist daher (zugunsten der Klägerin) zu unterstellen, daß ein solcher Handelsbrauch nicht besteht. Damit ist aber dem Berufungsurteil nicht der Boden entzogen; denn das Berufungsgericht hat seine Entscheidung nicht auf das Bestehen eines derartigen Handelsbrauchs gestützt (S. 9 oben in Verbindung mit S. 8 Mitte des Urteils).

4) Das Berufungsgericht führt aus, gegen das Zustandekommen eines Werbevertrages spreche ein "erster und von der Klägerin nicht widerlegter Anschein" (S. 6 aaO) bzw. eine "unwiderlegte Vermutung" (S. 9 aaO). Die Revision greift diese Wendungen an. Das Berufungsgericht hat aber damit nichts anderes sagen wollen, als daß die Klägerin den ihr obliegenden Beweis für den festen Abschluß eines Vertrages oder eines Vorvertrages nicht geführt habe. Diese vom Berufungsgericht gemäß § 286 ZPO getroffene Beweiswürdigung ist mit der Revision nicht angreifbar.

5) Die Revision rügt Verletzung des § 154 I BGB. Das Berufungsgericht hat aber dahingestellt gelassen, ob dem Zustandekommen des Vertrages hier § 154 I BGB entgegenstehen würde (S. 9 oben in Verbindung mit S. 7 des Urteils). Es hat vielmehr nicht als erwiesen angesehen, daß die Parteien bei Abgabe ihrer Erklärungen am 6. April 1954 den Willen gehabt hätten, sich auch nur über einzelne Punkte bereits endgültig rechtsgeschäftlich zu binden. Diese Würdigung der Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht verstößt nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze und bindet daher das Revisionsgericht.

6) Da das Berufungsgericht seine Entscheidung letztlich nicht auf § 154 I BGB stützt, geht auch der Hinweis der Revision fehl, das Berufungsgericht habe irrig angenommen, die Parteien hätten über alle im Vertragsformular der Klägerin aufgezählten Einzelpunkte eine Einigung erzielen wollen oder müssen.

7) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe dem Zeugen He[REDACTED] nicht mehr glauben dürfen als den Zeugen S[REDACTED] und Ha[REDACTED]. Auch darin liegt ein unstatthafter Angriff auf die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Das Berufungs-

gericht hat seine Auffassung ausreichend damit begründet, daß He [REDACTED] die genauere und in ihrer Anschaulichkeit glaubhaftere Darstellung gegeben habe.

8) Das Berufungsgericht brauchte die Zeugen He [REDACTED], S [REDACTED] und Ha [REDACTED] über den Verlauf der Unterredung vom 6. April 1954 nicht erneut zu vernehmen (was die Klägerin in ihrer Berufsbeantwortung vom 22. November 1957 "angeregt" hatte). Alle drei Zeugen waren über die gleichen Beweisfragen bereits in erster Instanz vernommen worden. Die erneute Vernehmung lag daher im (nicht nachprüfbaren) Ermessen des Berufungsgerichts (§ 398 ZPO).

Nicht nachprüfbar ist auch die Ermessensentscheidung des Berufungsgerichts, die drei Zeugen nicht zu vereidigen (§ 391 ZPO). Daß es diese Möglichkeit überhaupt nicht erwogen hätte, ist nicht ersichtlich. Da es auch einem formellen Antrag der Klägerin auf erneute Vernehmung und Beeidigung der drei genannten Zeugen nicht stattzugeben brauchte, liegt keine Verletzung des § 139 ZPO darin, daß es möglicherweise in der Verhandlung nicht geklärt hat, ob die im Schriftsatz vom 22. November 1957 enthaltene "Anregung" der Klägerin als Beweis Antrag gelten sollte oder nicht. Im übrigen hatte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hinreichende Gelegenheit, ihren etwaigen Beweis Antrag auf erneute Vernehmung und Vereidigung der drei Zeugen eindeutig zu stellen, wenn sie Wert darauf legte; einer dahingehenden Frage seitens des Berufungsgerichts bedurfte es nicht.

9) Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die Zeugin K [REDACTED] nicht vernommen hat. Diese Zeugin hatte die Klägerin in der Klageschrift (neben S [REDACTED], He [REDACTED] und Ha [REDACTED] für den Verlauf der Unterredung vom 6. April 1954 benannt; die Zeugin war aber zur Beweisaufnahme vor dem Land-

gericht nicht erschienen, worauf die Klägerin "für diese Instanz" auf die Zeugin verzichtet hatte. Die Klägerin hatte aber in ihrer Berufungsbeantwortung geschrieben, diese Zeugin "bleibe benannt".

Die Rüge der Revision geht fehl. In der Klageschrift hatte die Klägerin die Zeugin K. benannt für folgenden (von der Klägerin in der Klageschrift vorgetragenen) Hergang der Besprechung vom 6. April 1954: Frau L. habe erklärt, daß sie zum nächstmöglichen Termin die Werbung in ihren beiden Lichtspielhäusern der Klägerin übertragen würde. Dabei sei festgelegt worden, daß die Bedingungen - - - - - nicht ungünstiger sein dürften als diejenigen, die mit der Firma Bi. ausgemacht waren. Der Geschäftsführer der Klägerin habe das ausdrücklich zugesagt und hervorgehoben, daß er durch eine Erhöhung des Werbefilmpreises auch für die Beklagte eine erhöhte Einnahme herbeiführen würde. Die Zeugen He. und Ha. hätten den Vertragsabschluß begrüßt, weil damit (wie sie geäußert hätten), die Werbung in den bedeutenden B. Lichtspielhäusern nunmehr in einer Hand liege. In Gegenwart der genannten Personen habe Frau L. dann ihrem Geschäftsführer S. den Auftrag erteilt, am nächsten Tage die Kündigung gegenüber der Bi. zum nächstmöglichen Termin auszusprechen. Alle Beteiligten seien der Auffassung gewesen, daß die Kündigung gegenüber der Bi. zum 31. Dezember 1954 wirksam sei, so daß ab 1. Januar 1955 die Werbung von der Klägerin durchgeführt würde.

Eine Vernehmung der Zeugin K. zu diesen Behauptungen der Klägerin erübrigte sich für das Berufungsgericht deswegen, weil es selbst von dem von der Klägerin behaupteten Sachverhalt ausgeht und trotzdem zu dem Ergebnis gelangt, daß ein fester Abschluß eines Werbevertrages oder

eines Vorvertrages bei diesem Sachverhalt nicht erwiesen sei. Bei dieser Lage konnte das Berufungsgericht zulässigerweise eine für die Klägerin günstige Aussage der Zeugin K[REDACTED] unterstellen und war nicht genötigt, die Zeugin zu vernehmen. Eine Verletzung des § 286 ZPO liegt nicht vor.

10) Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin in Zweifel gezogen habe, die Unterredung vom 6. April 1954 sei auf Grund einer Einladung (der Frau L[REDACTED] an K[REDACTED]) "zu einer geschäftlichen Besprechung" zustande gekommen. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die hierfür von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 10. Januar 1958 angetretenen Beweise nicht erhoben hat.

Das Berufungsgericht geht aber in seiner Urteilsbegründung (S. 9 aaO) selbst von der Möglichkeit aus, daß Frau L[REDACTED] den Geschäftsführer K[REDACTED] der Klägerin vor dem 6. April 1954 "zu einer geschäftlichen Unterredung" gebeten hat. Es führt nämlich aus, daß, auch wenn Frau L[REDACTED] ernstlich geschäftliche Verhandlungen geplant hatte, diese am 6. April 1954 doch zunächst entweder an ihrer Bettlägerigkeit oder aber an der Unauffindbarkeit der Unterlagen gescheitert und bis zur Beschaffung derselben zurückgestellt worden seien. Damit hat das Berufungsgericht zulässigerweise unterstellt, daß die von der Klägerin hierzu benannten Zeugen bekunden würden, Frau L[REDACTED] habe K[REDACTED] zu einer geschäftlichen Besprechung eingeladen. Einer Vernehmung der Zeugen über diesen (für das Berufungsgericht unwesentlichen) Punkt bedurfte es unter diesen Umständen nicht.

11) Die Revision sieht eine Gesetzesverletzung darin, daß das Berufungsgericht keine Feststellung darüber getroffen hat, ob am 6. April 1954 ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist oder nicht, indem es ausgeführt hat

(S. 9 aa0), es sei zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, daß Verträge durch die vom Zeugen He [REDACTED] bekundeten Redewendungen (der Geschäftsführer der Parteien) abgeschlossen würden, sehr viel wahrscheinlicher sei aber, daß diese Äußerungen nur den Zweck hätten haben sollen, eine rechtlich unverbindliche Grundlage für die verschobenen Verhandlungen zu bilden. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts besagen deutlich, daß die Klägerin den ihr obliegenden Beweis für einen festen Vertragsschluß nicht geführt habe. Der (von der Revision vermißten) positiven Feststellung, "woran denn letzten Endes ein Verpflichtungswille beider Parteien gescheitert" sei, bedurfte es dabei nicht.

12) Daß He [REDACTED] den Geschäftsführer der Klägerin nach der Unterredung vom 6. April 1954 zu seinem Erfolg beglückwünscht hat, ist vom Berufungsgericht gewürdigt (S. 10 aa0). Es hat ausgeführt, zu diesem Glückwunsch habe auch ohne eine bereits endgültige Beendigung der Vertragsverhandlungen hinreichender Anlaß bestanden, da damals alles darauf hingedeutet habe, daß die Verhandlungen demnächst zu einem guten Abschluß kommen würden. Das Berufungsgericht sieht demnach in dem Glückwunsch He [REDACTED] an K [REDACTED] kein beweiskräftiges Indiz für einen festen Vertragsabschluß. Diese Würdigung ist denkgesetzlich möglich und läßt einen Verstoß gegen Erfahrungssätze nicht erkennen. Sie ist daher mit der Revision nicht angreifbar.

13) Das Berufungsgericht hat die im Schriftsatz der Klägerin vom 25. Februar 1958 neu aufgestellte Behauptung als verspätet zurückgewiesen, die Parteien hätten den Abschluß der Unterredung vom 6. April 1954 durch Handschlag und anschließende Umarmung bekräftigt. Die Revision hat nicht gerügt, daß durch diese Zurückweisung der § 529 ZPO verletzt sei. Sie wendet sich nur gegen die (hilfsweisen) Ausführungen des Be-

61
rufungsgerichts darüber, daß auch ein etwaiger "Handschlag" und eine etwaige "Umarmung" im vorliegenden Falle einen Vertragsschluß nicht beweisen würden. Auf diesen Revisionsan- griff kommt es deswegen nicht an, weil nicht feststeht, ob "Handschlag" und "Umarmung" überhaupt stattgefunden haben. Das Berufungsgericht brauchte die verspäteten Behauptungen der Klägerin hierzu nicht mehr zu berücksichtigen. Es brauch- te unter diesen Umständen die Klägerin auch nicht darauf hin- zuweisen, daß sie zu ihren dahingehenden Behauptungen keinen Beweis angetreten hatte. Die Vorschriften der §§ 286, 139 ZPO sind nicht verletzt.

14) Das Berufungsgericht führt aus, daß die Weisung der Frau L. an den Zeugen S., den B.-Vertrag zu kündigen, kein Beweis für einen festen Vertragsschluß am 6. April 1954 sei, da die Kündigung lediglich eine Voraussetzung für die Durchführung des geplanten neuen Vertrages und daher auch geboten gewesen sei, wenn dieser Vertrag erst demnächst in wirksamer Form abgeschlossen werden sollte. Diese Würdigung ist möglich und läßt einen Verstoß gegen Denkgesetze und Er- fahrungssätze nicht erkennen. Sie kann daher vom Revisions- gericht nicht nachgeprüft werden. § 286 ZPO ist nicht ver- letzt.

15) Das Berufungsgericht hält auch den Abschluß eines Vorvertrages nicht für erwiesen, weil nicht festzustellen sei, daß die Parteien sich schon fest hätten binden wollen, und vor allem, weil der auf Grund eines etwaigen Vorvertra- ges abzuschließende endgültige Vertrag objektiv nicht genü- gend bestimmbar gewesen sei. Hiergegen wendet sich die Re- vision mit der Erwägung, der Vertrag sei genügend bestimm- bar gewesen, weil er nach der Absprache der Parteien der Be- klagten "keine schlechteren" Bedingungen habe gewähren sol- len, als diese in dem Vertrag mit der B. hatte. "Keine

schlechteren" Bedingungen - so meint die Revision - sei gleichbedeutend mit "gleichen" Bedingungen.

Das trifft nicht zu. Die Abrede: "keine schlechteren Bedingungen" begrenzte den Verhandlungsspielraum der Parteien lediglich in einer Richtung, ließ aber zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten in Richtung auf für die Beklagte "günstigere" Bedingungen offen, zumal angesichts der Vielzahl von Einzelpunkten, die in derartigen Verträgen geregelt zu werden pflegen, wie das Berufungsgericht aus dem Vertragsformular der Klägerin entnommen hat. Diese Vielzahl der Gestaltungsmöglichkeiten war umso größer - worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist -, als (insgesamt gesehen) eine "Besserstellung" der Beklagten sogar bei einer "Verschlechterung" einzelner Vertragsbedingungen gegenüber dem Bi-Vertrag möglich war, dann nämlich, wenn diese "Verschlechterung" durch eine wesentliche "Besserstellung" in einem oder mehreren anderen Einzelpunkten mehr als aufgewogen wurde. Bei dieser Sachlage verstößt es nicht gegen § 286 ZPO, wenn das Berufungsgericht ausführt, daß (angesichts der Vielzahl der Gestaltungsmöglichkeiten für den von den Parteien vorgesehen gewesenen Vertrag) es für den Richter unmöglich sei, einen bestimmten Vertragsinhalt als von den Parteien gewollt festzustellen. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang, um die Vielzahl der Gestaltungsmöglichkeiten darzulegen, auf den Inhalt der Formularbedingungen der Klägerin eingeht, so verkennt es dabei nicht, daß diese Formularbedingungen nicht Gegenstand der Besprechung vom 6. April 1954 waren.

Die Revision trägt vor, das Gespräch der Parteien am 6. April 1954 sei dahin gegangen, der Vertrag solle zu den "gleichen" Bedingungen gelten wie der bisherige Bi-Vertrag der Beklagten, die Klägerin wolle in den Bi-Vertrag

"eintreten". Das Berufungsgericht hält das nicht für erwiesen, weil den dahingehenden Aussagen der Zeugen S. und Ha. die abweichende Aussage des Zeugen He. entgegensteht. Danach habe Frau L. nur gesagt, die Klägerin dürfe der Beklagten "keine schlechteren Bedingungen machen" (als die Bi.), was K. als "selbstverständlich" bezeichnet habe. Diese Würdigung der Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

16) Ob die an der Unterredung vom 6. April 1954 Beteiligten (insbesondere K.) den Inhalt des Bi.-Vertrages mit der Klägerin bzw. den Inhalt des Vertragsformulars der Bi. kannten, darauf stellt das Berufungsgericht für seine Entscheidung nicht ab. Es verneint die Bestimmbarkeit des von ihm erwogenen Vorvertrages nicht etwa mit der Begründung, daß den Parteien der Bi.-Vertrag der Beklagten in seinen Einzelheiten damals unbekannt gewesen sei. Deshalb kommt es auch nicht darauf an, ob K. am 6. April 1954 das Vertragsformular der Bi. aus früherer Tätigkeit bei der Bi. kannte, und ob Frau L. das wußte. Im übrigen war (nach der Feststellung des Berufungsgerichts) der Bi.-Vertrag der Beklagten überhaupt nicht auf einem Vertragsformular der Bi. abgeschlossen. Unter diesen Umständen liegt keine Verletzung des § 139 ZPO darin, daß das Berufungsgericht den dahingehenden Behauptungen der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 25. Februar 1958 nicht weiter nachgegangen ist und die Klägerin nicht auf das Fehlen von Beweisanträgen hierzu hingewiesen hat.

17) Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Scheffler Rietschel Dr. Winkelmann Erbel Dr. Vogt