

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 266/69

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
30. November 1971

K r i e g l
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Konzertunternehmers Albert K [REDACTED],
M [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

den Kammersänger Heinz H [REDACTED],
G [REDACTED] b.H [REDACTED], R [REDACTED]-S [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30.November 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Pehle sowie der Bundesrichter Dr.Weber, Prof.Dr.Nüßgens, Sonnabend und Scheffen

für R e c h t erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. September 1969 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Kammersänger, der Beklagte betreibt eine Konzertdirektion. Am 18. Januar 1963 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag folgenden Inhalts:

- "1. Herr Kammersänger... wird in der Saison 1962/63 und 1963/64 für die Konzertdirektion... 15 Konzerte singen.
Die Programmfolge wird nach gegenseitiger Absprache festgelegt.
2. Die Konzertdirektion... verpflichtet sich, für die 15 Konzerte eine Pauschalsumme von DM 25.000 zu zahlen. Die Honorierung wird so vorgenommen, daß sich die Konzertdirektion... verpflichtet, Herrn Kammersänger... sofort nach jedem Konzert DM 1.700 incl. aller Spesen in bar zu zahlen."

Aus Gründen, welche die Parteien einander gegenseitig zum Vorwurf machen und die in tatsächlicher Hinsicht streitig sind, ist keines der geplanten Konzerte zustande gekommen.

Der Kläger hat mit der Behauptung, seine Dienste angeboten zu haben, von dem Beklagten die Zahlung von 25.000 DM nebst Zinsen verlangt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und behauptet, der Kläger habe die ihm obliegenden Vertragspflichten dadurch verletzt, daß er ihm keine Konzerttermine genannt, sich zu seinen Vorschlägen nicht geäußert und Zusagen nicht eingehalten habe. Hierdurch sei ihm ein Schaden entstanden, der mindestens so hoch sei wie die Klageforderung. Der Beklagte hat deshalb hilfsweise Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat das Urteil geändert, den Beklagten zur Zahlung von 22.202,80 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Es hat hinsichtlich eines vom Beklagten für Juli 1964 vorbereiteten Konzerts in Bad Mergentheim eine Vertragsverletzung des Klägers angenommen, die zu einer Kürzung des Pauschalhonorars um 1.632,20 DM und zu einer aufrechenbaren Schadensersatzforderung von 1.165 DM führe. Einen weitergehenden Schadensersatzanspruch des Beklagten hat es verneint.

Mit der Revision, der sich der Kläger nicht angeschlossen hat, erstrebt der Beklagte Klagabweisung in vollem Umfang.



I.

Das Berufungsgericht hat in der Vereinbarung der Parteien vom 18. Januar 1963 einen sogenannten unabhängigen Dienstvertrag gesehen, der den Beklagten zur Zahlung der vereinbarten Vergütung und den Kläger dazu verpflichtete, seine Dienste für fünfzehn Konzerte bereitzustellen, d.h. dem Beklagten freie Termine zu nennen, zu den angesetzten Konzerten zu erscheinen und daran mitzuwirken.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Kläger mit Ausnahme des für den 12. Juli 1964 in Bad Mergentheim geplanten Konzerts seine Dienste angeboten, daß angesichts der Mitwirkungspflicht des Beklagten gemäß § 295 BGB ein wörtliches Angebot genügt und daß sich der Beklagte in Gläubigerverzug befunden habe; deshalb sei er nach § 615 BGB zur Zahlung des vereinbarten Pauschalhonorars von 25.000 DM abzüglich der im Zusammenhang mit dem in Bad Mergentheim geplanten Konzert sich ergebenden Kürzung verpflichtet. Wenn im Vertrag vereinbart sei, daß nach jedem Konzert ein Betrag von 1.700 DM gezahlt werden solle, so sei darin nur eine Zahlungsmodalität für die insgesamt geschuldete Leistung von 25.000 DM zu sehen; die Vereinbarung eines Pauschalhonorars spreche gegen die dahingehende Auffassung des Beklagten, er sei nur dann verpflichtet gewesen, etwas an den Kläger zu zahlen, wenn überhaupt ein Konzert gegeben wurde und auch gegen seine Meinung, die Zahl der mit dem Kläger zu veranstaltenden Konzerte habe in seinem Belieben gestanden. Der Beklagte sei vielmehr verpflichtet gewesen, die Dienste des Klägers für fünfzehn Konzerte bis spätestens zum 31. Juli 1964 anzunehmen.

Die gegen diese Auffassung von der Revision erhobenen Angriffe erweisen sich als unbegründet.

1. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung ist grundsätzlich der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen, weil es sich um einen Individualvertrag handelt. Es darf nur geprüft werden, ob die Würdigung des Vertragsinhalts, zu der das Berufungsgericht gelangt ist, möglich ist, ob weder Denk- noch Erfahrungssätze verletzt und ob sie auf verfahrensrechtlich einwandfrei getroffenen Feststellungen beruht.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe das von dem Beklagten beantragte Gutachten eines namhaften Bühnen- und Konzertvereins nicht eingeholt, mit dem bewiesen werden sollte, daß der zwischen den Parteien am 18. Januar 1963 geschlossene Vertrag "vollkommen branche-unüblich" sei. Die Revision verweist auf das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 16. November 1968 (Bl.200 GA), worin er die Auffassung vertreten hat, bei der Vereinbarung vom 18. Januar 1963 habe es sich lediglich um einen Dienst-Optionsvertrag gehandelt, und meint, dieser recht allgemein gehaltene Vertrag würde einen wirklich konkretisierbaren Inhalt erst dann erhalten haben, wenn auch die Termine festgelegt worden wären.

Der Beklagte selbst war in der Berufungsbegründung und im Schriftsatz vom 9. März 1966 davon ausgegangen, daß es sich bei der Vereinbarung vom 18. Januar 1963 um einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag handele, auf den die Vorschrift des § 615 BGB

an sich Anwendung finde. Diese vom Beklagten selbst vorgenommene Beurteilung des Vertrages deckt sich mit dem Inhalt seines an den Bevollmächtigten des Klägers gerichteten Schreibens vom 19. Juli 1964 (Anlage vor Bl. 40 GA); dort heißt es, er habe "ein vertragliches Verhältnis über 15 Konzerte mit (dem Kläger) abgeschlossen".

Angesichts dieses Vorbringens war das Berufungsgericht nicht gehalten, das beantragte Sachverständigengutachten einzuholen. Es hat den von dem Beklagten selbst entworfenen Vertrag auch nicht als unklar oder widersprüchlich angesehen, so daß die von ihm vorgenommene Auslegung einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt. Insbesondere ist kein Rechtsirrtum bei der Auslegung der Honorarvereinbarung ersichtlich; die Ansicht des Berufungsgerichts, die Verpflichtung zur Zahlung von 1.700 DM nach jedem Konzert sei eine Zahlungsmodalität, ist möglich und deshalb nicht zu beanstanden. Wäre die Ansicht des Beklagten richtig, es handele sich um eine bloße Option, so würde dies erkennbar den Interessen eines namhaften Künstlers widersprechen, der sich bereit halten müßte, keine anderen Termine vereinbaren dürfte und abzuwarten hätte, bis ihn der Beklagte abrufft. Gerade bei einem weitbekannten Sänger ist in derartigen Fällen anzunehmen, daß keine bloße Option, sondern bereits eine echte dienstvertragliche Bindung mit dem Anspruch auf die vereinbarte Pauschalvergütung vorliegt.

Der Umstand, daß der Beklagte alsbald nach Vertragsschluß einen Kraftfahrzeugunfall erlitten hatte und einige Zeit arbeitsunfähig war, hat außer Betracht zu bleiben, weil er auch danach unter dem 5. April 1963

(Bl.4 GA) dem Kläger schriftlich zugesichert hat, trotz des Unfalls den mit diesem geschlossenen Vertrag "restlos zu erfüllen". Auch hieraus ergibt sich übrigens, daß der Beklagte von einem Dienstvertrag und nicht nur von einer Option ausgegangen ist.

2. Soweit die Revision die Annahme des Gläubigerverzugs damit bekämpft, der Beklagte habe dem Kläger eine Mappe mit Veranstaltungsvorschlägen übersandt, welche dieser nicht zurückgesandt, zu der er sich auch nicht geäußert habe, wendet sie sich unzulässigerweise gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung. Diese geht dahin, daß die zweimal im Berufungsrechtszug vernommene Zeugin G. [REDACTED] die Behauptung des Beklagten nicht habe bestätigen können. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht festgestellt, daß es sich bei den fraglichen Schriftstücken nur um Schreiben gehandelt hat, in denen verschiedene Städte - gemeint sind u.a. auch Volkshochschulen und andere Veranstaltungsträger - ihr Interesse an einem Konzert bekundet hatten; es ist zu dem unangreifbaren Ergebnis gelangt, daß es sich noch nicht um konkrete Abmachungen, sondern um Vorschläge gehandelt hat. Ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts liegt nicht vor. Insbesondere erweist sich als unbegründet die auf § 286 ZPO gestützte Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe dem in der Berufungsbegründung gestellten Antrag auf Vernehmung des Klägers als Partei darüber, daß dieser vom Beklagten eine Mappe mit 50 verschiedenen Veranstaltungsvorschlägen erhalten habe, stattgeben müssen. Die Revision übersieht hierbei, daß der Beklagte in erster Linie die Vernehmung des Zeugen S. [REDACTED] und nur "hötfalls" die Vernehmung des Klägers als Partei

beantragt hatte. Der Zeuge S [REDACTED] ist im zweiten Rechtszug in Anwesenheit des Beklagten zweimal als Zeuge vernommen worden; er hat über den Inhalt der Angebotsmappe nichts bekunden können. Die Ehefrau des Klägers hatte sodann als Zeugin - auf Antrag des Beklagten unter Eid - die entsprechende Behauptung des Beklagten in Abrede gestellt. Der Beklagte hat daraufhin eine Strafanzeige gegen sie eingereicht und Aussetzung des vorliegenden Rechtsstreits bis zur Entscheidung über diese Anzeige beantragt. Er ist dagegen auf den im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nahezu vier Jahre zurückliegenden Antrag, "notfalls" den Kläger als Partei zu vernehmen, nicht mehr zurückgekommen. Bei dieser Sachlage durfte das Berufungsgericht diesen Antrag als nicht mehr gestellt ansehen.

II.

Der Beklagte hatte in der Berufungsbegründung vorgetragen, daß der Kläger ein weltberühmter Tenor sei, dessen Konzerte innerhalb der Saison 1962/63 und 1963/64 ohne besondere Schwierigkeiten durch andere Konzertagenturen hätten vermittelt werden können. Der Beklagte hat es als gerichtsbekannt vorausgesetzt, andernfalls durch die Einholung von Auskünften größerer, allgemein bekannter Konzertdirektionen unter Beweis gestellt, daß der Kläger seine Dienste anderweitig habe anbieten können und damit Erfolg gehabt hätte.

Entgegen der Auffassung der Revision brauchte sich das Berufungsgericht mit diesem Vorbringen des Beklagten nicht auseinanderzusetzen, weil es nach § 615 Satz 2 BGB unerheblich ist.

Unstreitig mußte sich der Beklagte innerhalb der Saison 1962/1963 und 1963/1964 für 15 vom Beklagten zu veranstaltende Konzerte freihalten; er war also daran gehindert, seine Dienste anderweit anzubieten. Es fehlt an jeder dem Beklagten obliegenden Darlegung und an einem Beweisantritt dafür, daß es der Kläger böswillig unterlassen habe, andere Angebote anzunehmen. Der Kläger hat ausdrücklich bestritten, daß er, wie der Beklagte behauptet hat, anderweitige Verdienstmöglichkeiten gehabt oder diese böswillig nicht ausgenutzt habe. Gegenüber diesem Bestreiten hätte es eines besonderen Beweiserbietens des Beklagten bedurft, das dieser unterlassen hat.

III.

Das Berufungsgericht meint, dem Beklagten würden möglicherweise Ansprüche gegen den Kläger deswegen zustehen, weil dieser sich zumindest das anrechnen lassen müsse, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart hat; eine solche Ersparnis könne in den nicht angefallenen Spesen des Klägers liegen, die durch das Pauschalhonorar mit abgegolten werden sollten. Dieser Gesichtspunkt sei jedoch nicht von Amts wegen zu berücksichtigen; es hätte einer Aufrechnungserklärung des Beklagten bedurft.

Die Revision rügt unter Hinweis auf § 139 ZPO, daß das Berufungsgericht mit den Parteien die Frage der Spesenanrechnung nicht erörtert habe; der Beklagte würde dann durch ein Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt haben, daß für jedes Konzert vom Kläger selbst zu tragende Unkosten in Höhe von etwa 500 DM angefallen sein würden.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, im Anwaltsprozeß auf Gesichtspunkte hinzuweisen, die angesichts der Prozeßsituation sich geradezu aufdrängen. Nach § 615 Satz 2 BGB muß sich der Dienstverpflichtete auf seine Vergütung u.a. das anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart. Es handelt sich um eine Minderung der Vergütung, nicht - wie das Berufungsgericht meint - um eine zur Aufrechnung zu stellende Gegenforderung des Beklagten, der als Dienstberechtigter insoweit keinen selbständigen Anspruch, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht hat, das er jedoch einredeweise hätte geltend machen müssen (vgl. Mohnen/Neumann bei Staudinger/Nipperdey, 11. Aufl., § 611, Rdn. 236; Wlotzke/Volze bei Soergel/Siebert, 10. Aufl., § 615 Rdn. 16). Die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts mußte der Beklagte darlegen und beweisen. Der Beklagte war bei dieser einfachen Rechtslage auch ohne Hinweis des Gerichts in der Lage, die naheliegende Einrede zu erheben, der Kläger habe dadurch, daß es zu den Konzerten nicht gekommen sei, Unkosten erspart. Es hätte zumindest des Vortrags von Tatsachen und Umständen bedurft, die dem Gericht wenigstens die Möglichkeit gaben, eine Schätzung nach § 287 ZPO vorzunehmen. Daran fehlt es, so daß das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ein solches etwaiges Recht des Beklagten nicht zu beachten brauchte.

IV.

Vom Kläger unangefochten ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß dieser sich im Falle des für 12. Juli 1964 in Bad Mergentheim geplanten Konzerts einer Vertragsverletzung hat zuschulden kommen lassen

und deshalb dem Beklagten auf Schadensersatz in Höhe von 1.165 DM haftet. Es hat eine Auskunft der Kurverwaltung Bad Mergentheim eingeholt und als bewiesen angesehen, daß der Beklagte durch den Ausfall des Konzerts keinen höheren Schaden als 1.000 DM hatte und daß die Kurverwaltung den Beklagten deswegen, weil das Konzert ausgefallen war, nicht von weiteren Veranstaltungen ausgeschlossen hat, so daß diesem auch kein sogen. Renommee Schaden entstanden ist.

Die insoweit von der Revision erhobenen Angriffe erweisen sich als unbegründet. Der Tatrichter hat im Rahmen von § 287 ZPO einen weitgehenden Ermessensspielraum hinsichtlich des Umfangs der Beweisaufnahme. Wenn sich das Berufungsgericht aufgrund der Auskunft der Kurverwaltung bereits die Überzeugung gebildet hat, daß ein höherer als der von ihm angenommene Schaden nicht entstanden ist und daß der Ausfall des Konzerts keine weitergehenden Auswirkungen für den Beklagten gehabt hat, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Pehle

Dr. Weber

Nußgens

Sonnabend

Scheffen