



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 2/02

Verkündet am:
12. März 2003
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB § 242 Bc

Zur Erforderlichkeit einer Abmahnung vor der fristlosen Kündigung einer Vereinbarung, durch die sich ein Verein zum Bezug einer Zeitschrift für seine Mitglieder verpflichtet hat.

BGH, Urteil vom 12. März 2003 - VIII ZR 2/02 - OLG Hamm
LG Münster

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 2003 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 15. November 2001 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der klagende Verlag gab früher die Zeitschrift "P. " heraus. Die alle zwei Monate erscheinende Zeitschrift war auf dem Titelblatt und im Impressum als Organ des Beklagten, eines Verbandes von Heilpraktikern, bezeichnet. Im Textteil waren für den Beklagten kostenlos Aufnahmeanträge sowie Veranstaltungshinweise abgedruckt.

Der Inhaber des Klägers gehörte dem Vorstand des Beklagten an. Auf der Mitgliederversammlung am 12. April 1999 wurde er unter streitigen Umständen nicht wiedergewählt. Durch Anwaltsschreiben vom 15. April 1999 teilte der Beklagte dem Kläger unter anderem mit, daß er den "P. "

für seine Mitglieder nicht mehr abnehmen werde. Zugleich untersagte der Beklagte dem Kläger, die Zeitschrift weiter als sein Organ zu bezeichnen. Diesem Verbot kam der Kläger ab dem im Zeitraum Mai/Juni 1999 erschienenen Heft 3/99 nach. Zugleich druckte er für den Beklagten keine Aufnahmeanträge mehr ab.

In der Folgezeit erhob ein Mitglied des Beklagten gegen diesen Klage vor dem Landgericht München mit dem Antrag, die Vorstandswahl vom 12. April 1999 für ungültig zu erklären. Am 9. Juli 1999 schlossen der Beklagte (1.), der Inhaber des Klägers im vorliegenden Verfahren (2.) und die Klägerin im Verfahren vor dem Landgericht München (3.) eine außergerichtliche Vereinbarung. Darin heißt es unter anderem:

- I. Die Parteien zu 1) und 2) sind sich darüber einig, daß aus gemeinsamen Veranstaltungen ... ebenso wie aus Rechtsgeschäften ... Abrechnungspositionen zugunsten und zu Lasten der einen wie der anderen Partei bestehen, die ... in der Weise saldiert werden, daß der Partei zu 1) im Jahr 1999 die Zeitschrift "P. " an sämtliche Mitglieder zu einem Abnahmepreis von DM 2,30 pro Exemplar geliefert wird. ... Damit sind sämtliche wechselseitigen Ansprüche zwischen den Parteien zu 1) und 2) abgegolten und erledigt.

- II. Die Partei zu 1) verpflichtet sich, die Zeitschrift "P. " ab 01.01.2000 für sämtliche Mitglieder (außer den niedergelassenen Heilpraktikern) für zwei Jahre fest zu einem Kaufpreis von DM 4.60 pro Exemplar abzunehmen. Dies betrifft sechs Exemplare pro Jahr Die Abnahmeverpflichtung gilt zunächst für zwei Jahre. ...

IV. Zwischen den Parteien zu 1) und 2) wird Wohlverhalten vereinbart. Dies bedeutet, daß beide Parteien sich in ihren Äußerungen in der Öffentlichkeit nicht negativ über die jeweils andere Partei äußern und eventuelle Unstimmigkeiten in direktem Gespräch miteinander zu klären versuchen.

V. Nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung durch sämtliche Parteien wird Frau ... [= Vertragspartei zu 3.] die Klage vor dem Landgericht München zurücknehmen. ..."

Ab Heft 6/99 (November/Dezember 1999) druckte der Kläger im "P.

" auch die Veranstaltungshinweise des Beklagten nicht mehr ab.

Ob der Kläger den Abdruck generell ablehnte oder hierzu nur gegen Zahlung des üblichen Anzeigenpreises bereit war und ob der Beklagte die Zahlung zuvor angeboten hatte, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Anwaltsschreiben vom 3. Februar 2000 erklärte der Beklagte dem Kläger die fristlose Kündigung "des Bezugsvertrages" für die Zeitschrift "P.".

In dem vorliegenden Rechtsstreit nimmt der Kläger den Beklagten auf Bezahlung von je 7.182 Exemplaren der Hefte 1 bis 3/2000 der Zeitschrift "P.

" in Anspruch. Insgesamt verlangt er Zahlung von 106.049,40 DM (3 x 7.182 x 4,60 DM + 7 % MwSt) nebst Zinsen. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob die fristlose Kündigung des Beklagten vom 3. Februar 2000 berechtigt war. Der Beklagte, der nach seinen Angaben nur 6.943 Mitglieder hat, von denen 1.448 Heilpraktiker mit eigener Niederlassung sein sollen, begehrt im Wege der Widerklage von dem Kläger, die ihm zur Verfügung gestellten Mitgliederdaten zu löschen und ihre Nutzung zu unterlassen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Dem Kläger stehe der geltend gemachte Zahlungsanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB nicht zu. Der Beklagte habe die Vereinbarung vom 9. Juli 1999 über den Bezug der Zeitschrift "P. " durch Schreiben vom 3. Februar 2000 wirksam fristlos gekündigt, weil der Kläger mehrfach, fortlaufend und in zunehmendem Maße gegen Inhalt und Geist der Vereinbarung verstoßen habe und dem Beklagten deshalb ein Festhalten hieran nicht länger zuzumuten gewesen sei. Die Vereinbarung vom 9. Juli 1999 habe neben einer Beendigung des Rechtsstreits vor dem Landgericht München auch den Sinn gehabt, hinsichtlich der Zeitschrift "P. " den "status quo ante" wiederherzustellen. Der Kläger habe nicht davon ausgehen können, daß der Beklagte die Zeitschrift ohne jede Gegenleistung abnehme. Aus dem Sinn der Wohlverhaltensklausel in Nr. IV der Vereinbarung ergebe sich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine Verpflichtung des Klägers, die Zeitschrift "P. " wie früher als Organ des Beklagten zu bezeichnen und für diesen wieder kostenlos Aufnahmeanträge sowie Veranstaltungshinweise abzdrukken. Gegen diese Verpflichtung habe der Kläger bezüglich der Bezeichnung der Zeitschrift als Organ des Beklagten und des kostenlosen Abdrucks von Aufnahmeanträgen ab Heft 3/99 und hinsichtlich der kostenlosen Wiedergabe der Veranstaltungen des Beklagten ab Heft 6/99 verstoßen. Der Kläger könne sich demgegenüber nicht darauf berufen, daß ihm der Beklagte mit Schreiben vom 15. April 1999 die Bezeichnung der Zeitschrift als sein Organ verboten habe. Dieses Verbot habe sich ebenso wie die Ankündigung, keine weiteren Ausgaben der Zeitschrift mehr abnehmen zu wollen, durch die Verein-

barung vom 9. Juli 1999 erledigt. Unerheblich sei auch, daß der Beklagte mit der Zeitschrift "N. " ein weiteres Verbandsorgan gehabt habe. Das entspreche dem "status quo ante". Eine Abmahnung des Klägers durch den Beklagten sei entbehrlich gewesen. Hierbei hätte es sich um eine sinnlose Förmelerei gehandelt, weil der Kläger auf dem unzutreffenden Standpunkt stehe, er dürfe die Zeitschrift "P. " nicht als Organ des Beklagten bezeichnen und brauche für diesen Aufnahmeanträge und Veranstaltungshinweise nur gegen Zahlung des üblichen Anzeigenpreises abzdrukken. Die fristlose Kündigung vom 3. Februar 2000 stehe im übrigen noch in dem erforderlichen zeitlichen Zusammenhang mit dem erst ab Heft 6/99 geschaffenen Zustand der völligen Loslösung des Klägers von dem beklagten Verband.

Nach der wirksamen Kündigung der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 stünden dem Beklagten aus § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Löschung seiner Mitgliederdaten und Unterlassung ihrer Benutzung zu.

II.

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nach den bisher getroffenen Feststellungen hat das Berufungsgericht zu Unrecht den von dem Kläger mit der Klage gegen den Beklagten geltend gemachten Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Nr. II der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 auf Bezahlung von je 7.182 Exemplaren der Hefte 1 bis 3/2000 der Zeitschrift "P. " verneint. Entgegen der Auffas-

sung des Berufungsgerichts kann bislang nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die vorgenannte Vereinbarung mit Anwaltsschreiben vom 3. Februar 2000 wirksam fristlos gekündigt hat.

a) Vergeblich wendet sich die Revision allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Kläger aufgrund der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 verpflichtet war, die Zeitschrift "P. " wieder auf dem Titelblatt und im Impressum als Organ des Beklagten zu bezeichnen und für diesen kostenlos Aufnahmeanträge und Veranstaltungshinweise abzdrukken.

Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, enthält die Vereinbarung vom 9. Juli 1999 keine ausdrückliche Verpflichtung des Klägers, die Zeitschrift "P. " auf dem Titelblatt und im Impressum als Organ des Beklagten zu bezeichnen und für diesen kostenlos Aufnahmeanträge sowie Veranstaltungshinweise abzdrukken. Auch die Wohlverhaltensklausel in Nr. IV der Vereinbarung ist insoweit unergiebig. Nach deren ausdrücklicher Definition bedeutet Wohlverhalten, "daß beide Parteien sich in ihren Äußerungen in der Öffentlichkeit nicht negativ über die jeweils andere Partei äußern und eventuelle Unstimmigkeiten in direktem Gespräch miteinander zu klären versuchen". Um derartige Äußerungen geht es hier nicht. Demgemäß hat das Berufungsgericht die genannten Verpflichtungen des Klägers der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 lediglich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung entnommen. Die tatrichterliche Auslegung von Individualerklärungen ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar (z.B. Senatsurteil vom 7. November 2001 - VIII ZR 213/00, WM 2002, 444 unter II 1 m.w.Nachw.). Das gilt auch für die ergänzende Vertragsauslegung. Erhebliche Fehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

Bei der Feststellung der für eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlichen Vertragslücke ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, die Vereinbarung vom 9. Juli 1999 habe neben einer Beendigung des Rechtsstreits vor dem Landgericht München auch den Sinn gehabt, hinsichtlich der Zeitschrift "P. " den "status quo ante" wiederherzustellen. Die Begründung des Berufungsgerichts für das Vorhandensein einer Vertragslücke, der Kläger habe nicht davon ausgehen können, daß der Beklagte die Zeitschrift "ohne jede Gegenleistung" abnehme, ist allerdings nicht richtig. Das Berufungsgericht hat insoweit den ausdrücklichen Inhalt der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 nicht berücksichtigt. Nach deren Nr. I ist die Gegenleistung des Klägers für die Abnahme der restlichen Ausgaben des Jahres 1999 die Erledigung seiner ungeklärten Zahlungsansprüche aus gemeinsamen Veranstaltungen und Rechtsgeschäften mit dem Beklagten. Gegenleistung des Klägers für die Abnahme der Ausgaben in den beiden Folgejahren ist nach Nr. V der Vereinbarung die Rücknahme der - nach den eigenen Angaben des Beklagten vom Kläger als Hintermann betriebenen - Anfechtungsklage gegen die Neuwahl des Vorstands des Beklagten vom 12. April 1999.

Richtig ist jedoch, daß die Parteien in ihrer Vereinbarung vom 9. Juli 1999 nicht geregelt haben, wie die Zeitschrift in bezug auf den Beklagten zu gestalten ist. Offensichtlich haben sie hierfür kein Bedürfnis gesehen. Diese Lücke in der vertraglichen Abrede ist in Übereinstimmung mit der insoweit zumindest vertretbaren ergänzenden Vertragsauslegung des Berufungsgerichts durch eine Rückkehr zum "status quo ante" zu schließen. Dieser vorherige Zustand war dadurch gekennzeichnet, daß die Zeitschrift auf dem Titelblatt und im Impressum als Organ des Beklagten bezeichnet wurde und daß im Textteil für den Beklagten kostenlos Aufnahmeanträge sowie Veranstaltungshinweise abgedruckt waren. Das Berufungsgericht hat bei seiner ergänzenden Vertragsauslegung nicht verkannt, daß der Beklagte dem Kläger noch mit Schrei-

ben vom 15. April 1999 die Bezeichnung als sein Organ verboten und die Abnahme weiterer Ausgaben verweigert hatte. Dieses Verbot hat es jedoch in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Erörterung der Frage, ob der Kläger gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender tatrichterlicher Würdigung ebenso wie die Ankündigung des Beklagten im Schreiben vom 15. April 1999, keine weiteren Ausgaben der Zeitschrift abnehmen zu wollen, aufgrund der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 als überholt und erledigt angesehen. Dem steht auch das eigene Verhalten des Beklagten nicht entgegen. Daß dieser nicht schon die erstmalige Weglassung der Bezeichnung der Zeitschrift als sein Organ im Heft 3/1999 beanstandet hat, erklärt sich schlicht daraus, daß dieses Heft im Zeitraum Mai/Juni 1999 und damit vor Abschluß der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 erschienen ist, als mithin das Verbot vom 15. April 1999 noch gegolten hat. Das Berufungsgericht hat entgegen der Rüge der Revision ferner berücksichtigt, daß dem Beklagten zusätzlich noch die Zeitschrift "N. " als Verbandsorgan zur Verfügung stand, diesen Umstand jedoch im Hinblick auf den entsprechenden "status quo ante" als unerheblich angesehen. Soweit die Revision im übrigen aus den vorgenannten Gesichtspunkten etwas anderes herleiten will als das Berufungsgericht, ist das revisionsrechtlich unzulässig.

b) Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe seine vorbezeichneten Verpflichtungen verletzt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts stellt allerdings die Weglassung der Bezeichnung der Zeitschrift als Organ des Beklagten und des Aufnahmeantrags in der Ausgabe 3/99 noch keinen Verstoß gegen die Vereinbarung vom 9. Juli 1999 dar, weil diese erst nach Auslieferung der Ausgabe getroffen worden ist und bis dahin noch das Verbot des Beklagten im Schreiben vom 15. April 1999 in Kraft war. Der Kläger hat danach erst ab der Gestaltung des Heftes 4/99 seine Verpflichtungen gegenüber dem Beklagten verletzt. Daß der

Beklagte die Verstöße des Klägers im folgenden nicht gerügt hat, ist entgegen der Auffassung der Revision in diesem Zusammenhang unerheblich. An den Pflichtverletzungen des Klägers ändert sich dadurch nichts.

c) Zu Recht rügt die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht eine Abmahnung des Klägers durch den Beklagten für entbehrlich angesehen hat.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses wegen pflichtwidrigen Verhaltens der Gegenseite grundsätzlich eine Abmahnung voraus; diese ist nach dem Rechtsgedanken des § 326 Abs. 2 BGB a.F. nur dann entbehrlich, wenn sie von vornherein aussichtslos erscheint, etwa weil der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (Senatsurteil vom 10. März 1976 - VIII ZR 268/74, WM 1976, 508 unter III 4; Senatsurteil vom 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79, WM 1981, 331 unter B I 2 b; Urteil vom 9. Oktober 1991 - XII ZR 122/90, WM 1992, 156 unter 2 c). So ist es inzwischen auch in § 314 Abs. 2, § 323 Abs. 2 BGB gesetzlich geregelt (vgl. dazu Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 314 Rdnr. 8 m.w.Nachw.).

Hier hat der Beklagte den Kläger nicht abgemahnt. Die Abmahnung war entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht entbehrlich. Dessen Annahme, das Vertrauensverhältnis der Parteien sei aufgrund der "jeweils nicht angekündigten fortlaufenden Verstöße" des Klägers nachhaltig zerstört gewesen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Wie bereits vorstehend näher ausgeführt, stellt die Weglassung der Bezeichnung der Zeitschrift als Organ des Beklagten und des Aufnahmeantrags in der Ausgabe 3/1999 noch keine Verletzung der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 dar. Verstöße liegen insoweit erst ab der Ausgabe 4/1999 (Juli/August) vor. Diese Verstöße erscheinen jedoch im Hinblick auf das vorausgegangene Verbot des Beklagten im Schreiben vom 15. April

1999 nicht als schwerwiegend, da das Verbot in der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 nicht ausdrücklich, sondern nur konkludent aufgehoben worden ist und der Beklagte selbst die Verstöße bis zum Rechtsstreit zu keinem Zeitpunkt, nicht einmal in der Kündigungserklärung vom 3. Februar 2000, gerügt hat. Von Gewicht ist danach lediglich das Weglassen der kostenlosen Wiedergabe der Veranstaltungen des Beklagten im Heft 6/1999. Aber auch dieser einmalige Verstoß des Klägers gegen die Vereinbarung der Parteien vom 9. Juli 1999 wird dadurch relativiert, daß der Kläger den Abdruck nach seiner Darstellung, von der mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen ist, nicht generell, sondern nur ohne Bezahlung des üblichen Anzeigenhonorars verweigert hat. Daß der Kläger im Rechtsstreit Verstöße gegen die Vereinbarung der Parteien verneint hat, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch kein Beleg dafür, daß eine Abmahnung eine "sinnlose Förmerei" gewesen wäre. Die Abmahnung hätte dem Kläger vielmehr gezeigt, daß der Beklagte entgegen seiner, des Klägers, Annahme an dem Verbot vom 15. April 1999 nicht mehr festhielt und - über den Wortlaut der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 hinaus - sein früher bestehendes Recht auf kostenlosen Abdruck von Aufnahmeanträgen und Veranstaltungshinweisen weiterhin für sich beanspruchte. Schließlich hatte der Beklagte auch deswegen allen Anlaß zu einer Abmahnung, weil in Nr. IV der Vereinbarung vom 9. Juli 1999 - wenn auch in anderer Hinsicht - ausdrücklich geregelt worden ist, eventuelle Unstimmigkeiten in direktem Gespräch miteinander zu klären zu versuchen.

2. Da die Kündigung des Beklagten nach den bisherigen Feststellungen mangels vorheriger Abmahnung unwirksam ist, ist der auf die Widerklage erfolgten Verurteilung des Klägers, die ihm von dem Beklagten zur Verfügung gestellten Mitgliederdaten zu löschen und deren Nutzung zu unterlassen, die Grundlage entzogen.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es im Hinblick auf die Entbehrlichkeit einer Abmahnung wegen ernsthafter und endgültiger Verweigerung der Pflichterfüllung noch Feststellungen dazu bedarf, ob der Kläger gemäß der unter Zeugenbeweis gestellten Behauptung des Beklagten den Abdruck der Veranstaltungen des Beklagten selbst gegen Zahlung des Anzeigenpreises abgelehnt hat. Zudem hat der Beklagte die Höhe der Klageforderung bestritten und unter Beweisantritt vorgetragen, er habe seinerzeit lediglich über 5.495 abnahmepflichtige Mitglieder verfügt.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Wolst