

Titel:

Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Sponsoring-Vertrags

Normenkette:

BGB § 133, § 157, § 273, § 275, § 278, § 320, § 387, § 611

Leitsätze:

1. Zur Auslegung eines englisch-sprachigen Sponsoring-Vertrags zwischen einem Sportartikelhersteller und einem Unternehmen, das über Vermarktungsrechte eines international bekannten Sportlers verfügt (im Folgenden Vermarkter). (Rn. 95 und 100)
2. Ergibt die Auslegung des Sponsoring-Vertrags, dass der Vermarkter die Pflichten des Sportlers, die Produkte des Sportartikelherstellers zu bewerben, als eigene Pflichten übernommen hat, ist der Sportler bei Vertragsverstößen regelmäßig als Erfüllungsgehilfe des Vermarkters anzusehen. (Rn. 37 und 38)
3. Sind in dem Sponsoring-Vertrag konkrete, terminbezogene Veranstaltungen aufgeführt, zu denen der Sportler die Produkte des Sportartikelherstellers bewerben soll, tritt, wenn der Sportler diese Produkte während der in der Vergangenheit liegenden Veranstaltungen nicht trug, grundsätzlich Unmöglichkeit der Leistungspflicht des Vermarkters für den abgelaufenen Zeitabschnitt ein. (Rn. 157)
4. Sind die Leistungen des Vermarkters aufgrund der vorangegangenen Kündigung des Rechtevertrags durch den Sportler für den Sportartikelhersteller ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht in der Regel kein Vergütungsanspruch des Vermarkters. (Rn. 162)
5. Auch wenn die Auslegung ergibt, dass der im Sponsoring-Vertrag geregelte Anspruch des Sportartikelherstellers auf Zahlung von pauschalitem Schadensersatz in einem synallagmatischen Verhältnis zum Vergütungsanspruch des Vermarkters steht, führt die Geltendmachung des pauschalitem Schadensersatzes nicht stets dazu, dass der Vermarkter dem Schadensersatzanspruch ohne weiteres seine Vergütungsansprüche entgegensetzen kann. (Rn. 191 – 206)

Schlagwort:

Auslegung

Vorinstanz:

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 27.06.2019 – 3 HK O 1292/18

Fundstellen:

BeckRS 2021, 7538

SpuRt 2021, 167

LSK 2021, 7538

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 27.06.2019, Az. 3 HK O 1292/18, dahingehend abgeändert, dass
 - 1.1. es in Ziffer I. am Ende lautet: „sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 17.565,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 18.07.2018 zu zahlen.“
 - 1.2. eine Ziffer III. eingefügt wird: „Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“
2. Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 5.600.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

I.

1

P...D...(Name) ist ein argentinischer Fußballspieler (im Folgenden: Spieler), der seit 2015 bei J...T...(Vereinsmannschaft) unter Vertrag steht. Seit 2015 spielt er in der argentinischen Nationalmannschaft. Er verfügt über einen Marktwert von über 100 Mio. € und über 40 Mio. Abonnenten auf Instagram.

2

Die Beklagte war die Inhaberin von exklusiven und weltweiten, teils eingetragenen Marken-, Namens- und sonstigen kommerziellen Rechte an dem Spieler. Am 30.04.2016 schloss sie mit diesem einen Manager- und Werbeleistungsvertrag (im Folgenden Rechtevertrag) ab, der eine Laufzeit von 10 Jahren hatte und auch eine schuldrechtliche Gestattung des Namensgebrauchs des Spielers und eine umfassende und alleinige Vollmacht zu Vertragsabschlüssen im Namen des Spielers enthielt (Anlage B 1). Gemäß Ziffer 11.3 des Rechtevertrags war die Beklagte befugt, auf der Grundlage der Schiedsgerichtsregeln der Internationalen Handelskammer Sofortmaßnahmen über den Notrichter zu beantragen.

3

Die Klägerin ist ein Tochterunternehmen der PUMA SE, einem bekannten Sportartikelhersteller. Sie plante die Markteinführung einer D...(Name des Spielers)-Kollektion als eigene „Signature-Collection“ und eine Werbekampagne unter Mitwirkung des Spielers ab August 2017.

4

Nach längeren Verhandlungen kam es am 16./17.08.2017 zum Abschluss eines „Sponsoring and License Agreements“ (im Folgenden Sponsoring-Vertrag) zwischen den Parteien (wobei die Beklagte als „Company“ und die Klägerin als „PUMA“ bezeichnet sind), der u.a. folgende Regelungen enthält:

„RECITALS

...

(4) All rights to exploit the Names and Personal Characteristics of the Player are vested in the Company. Company represents and warrants to be the holder of the Player's worldwide image and endorsement rights and is therefore duly entitled to sub-license such rights to PUMA in the Territory on the terms and conditions of this Agreement.“

3. License

3.1a Company hereby grants to PUMA for the Term the Irrevocable and exclusive right in the Territory to use the Player's Names and his Personal Characteristics [...] for all known as well as unknown usage rights (Nutzungsarten) [...].

...

3.2 PUMA's Exploitation Right shall also include the exclusive right in the Territory to register, uphold and defend intellectual property rights, particularly trademarks, at its own expense for the use of the Names and/or the Personal Characteristics of Player. [...]

4. Use of the PUMA Products

4.1 Company acknowledges and accepts that by entering into this Agreement Player is deemed to be part of the global PUMA Sports marketing strategy. The use of special colorways and styles are part of the seasonal roll-out of various products and hence it is essential to PUMA that Player wears the current and effective statement products provided by PUMA. Company shall ensure that Player wears, represents and warrants to use exclusively use the current PUMA Products throughout all Matches and trainings [...]

4.2 Company shall ensure that Player shall wear the current PUMA Products as determined by PUMA at all other sports-related occasions [...]. Company shall ensure that Player shall further wear the current PUMA Products as determined by PUMA in all media related activities [...]. If a (social) occasion of the type described above requires a certain dress code for which Player does not have any suitable PUMA Products, Company shall (or shall procure that Player shall) contact PUMA [...].

4.3 Company is exempt from the obligation to ensure that Player uses exclusively PUMA Products pursuant to Clauses 4.1 and 4.2 only in so far as [...]

6. Obligations of Player

6.1 Upon receiving each new edition of the PUMA catalog, Company shall ensure that Player shall, without undue delay, consult with PUMA to select the Products [...]. Company shall ensure that Player orders PUMA Products sufficiently ahead of time. Company shall ensure that all Player orders state all necessary information [...].

...

6.3 PR and Promotional Activities

6.3.1 Company shall ensure that Player assists, and that Player's agent or any other associate of Player will assist, PUMA in creating and developing a unique and marketable media image and character for him.

6.3.2 Subject to Clauses 6.3.3 and 6.3.4, Company shall ensure that Player shall make himself available for [...]; in particular Company shall ensure that Player shall be available for [...].

In addition, upon the written request of PUMA, Company shall ensure that Player shall make himself available for [...]

...

6.5 Company undertakes to ensure that Player shall take due and proper care of the PUMA Products [...]

6.10 Liquidated Damages

6.10.1 For each violation of an obligation under:

(a) Clauses 3.1, 3.3, 4.1 to 4.3 (inclusive) and 7.1 to 7.3 (inclusive) Company shall pay PUMA liquidated damages of eight per cent (8%) of the full Retainer which would otherwise be payable in respect of the Contract Year in which the violation occurred, disregarding for such purposes any Retainer Reductions;

... If the breach is curable, PUMA shall give Company prompt written notice upon learning of any breach mentioned in this Clause 6.10.1 and the Company shall have forty-eight (48) hours from the receipt of such notice to remedy and cure each breach and 5 (live) working days from the receipt of such notice in the case that the National Team or Club are involved in the alleged breach.

...

7. General Assurances

7.1 Company warrants, represents and undertakes that:

7.1.1 it is and shall throughout the Term be fully and exclusively entitled and authorized to grant the rights and benefits set out in this Agreement; and

7.1.2 it has the power to enter into and to execute, deliver and perform the obligations contained in this Agreement.

5

Mit Schreiben vom 17.08.2017 setzte die Beklagte in der sogenannten „Obligation of player“ den Spieler darüber in Kenntnis, welche Verpflichtungen er aufgrund des Sponsoring-Vertrags zukünftig zu erfüllen habe (Anlage B 9).

6

Entgegen dem ursprünglichen Wunsch der Klägerin wurde der Sponsoring-Vertrag ohne eine parallele Player's Guarantee des Spielers abgeschlossen und der von der Klägerin übersandte Entwurf der Player's

Guarantee nicht unterzeichnet. In Ziffer 7 dieses Entwurfs hätte sich der Spieler verpflichtet, bei Wegfall des Sponsoring-Vertrags einen gleichlautenden Sponsoring-Vertrag direkt mit der Klägerin zu schließen. In Ziffer 8 sah die Player's Guarantee vor, dass sich der Spieler verpflichtet, die Pflichten, die durch die Beklagte sicherzustellen sind, auch tatsächlich zu erfüllen.

7

Bereits vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags war der Beklagten die außerordentliche fristlose Kündigung vom 08.08.2017 des Rechtevertrags durch den Spieler zugegangen. Die Beklagte wies dessen Kündigung mit Schreiben vom 14.08.2017 zurück und forderte den Spieler zur Erfüllung der aus dem Sponsoring-Vertrag resultierenden Pflichten auf, informierte die Klägerin aber nicht über die Kündigung. Jedenfalls mit E-Mail einer von dem Spieler beauftragten Rechtsanwaltskanzlei vom 22.08.2017 wurde die Klägerin auf die Kündigung durch den Spieler hingewiesen. Die Parteien sind übereinstimmend der Auffassung, dass die Kündigung unwirksam ist.

8

Die Klägerin war gemäß Ziffer 5. des Sponsoring-Vertrags zur Zahlung eines Retainers - für das 1. Vertragsjahr in Höhe von 3,75 Mio. € - dessen erste Rate i.H.v. 45% nach Rechnungsstellung zum 20.08.2017 fällig sein sollte, sowie gemäß Annex 2 zum Sponsoring-Vertrag zur Zahlung eines „Signing Bonus“ i.H.v. 1.350.000,00 € verpflichtet. Die Beklagte forderte die Klägerin mit Rechnung vom 20.08.2017 (Anlage B 10), die per E-Mail bereits am 18.08.2017 versandt wurde, zur Zahlung von insgesamt 3.037.500,00 € auf. Die Klägerin bezahlte nicht die vollständige Forderung aus dieser Rechnung und Mahnung vom 30.08.2017, sondern am 01.12.2017 einen Betrag in Höhe von 150.000,00 €.

9

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 15.09.2017 und 10.11.2017 zur Erfüllung des Sponsoring-Vertrags auf (Anlagen K 6 und 7). Die Beklagte beantwortete die Schreiben nicht. Wegen des unterlassenen Tragens von Puma-Schuhen bei fünf Spielen im Zeitraum vom 01.10.2017 bis 01.12.2017, des Tragens von A...(Sportartikelhersteller)-Schuhen bei drei Spielen im Zeitraum vom 30.12.2017 bis 06.01.2018 und der Werbung für A...(Sportartikelhersteller)-Schuhe auf dem Instagram-Profil des Spielers am 16.02.2018 verlangte die Klägerin mit Schreiben vom 12.01.2018 sowie vom 19.01.2018 (Anlagen K 11) erneut die Erfüllung des Vertrages und - nach Eingang der Antwort der Beklagten (Anlage K 12) - mit Schreiben vom 30.01.2018 (Anlage K 13) von der Beklagten die Zahlung von pauschalitem Schadensersatz.

10

Die Beklagte machte ihre Rechte aus dem Rechtevertrag gegenüber dem Spieler weder im Weg des einstweiligen Rechtsschutzes, noch - trotz Aufforderung durch die Klägerin vom 20.07.2018 - im Klageverfahren gegen A...(Sportartikelhersteller) geltend, drohte jedoch gegenüber A...(Sportartikelhersteller) im Januar 2018 rechtliche Schritte an.

11

Am 12.06.2018 schloss der Spieler einen Sponsoring-Vertrag mit A...(Sportartikelhersteller) und wirkt seit Juni 2018 bei Werbemaßnahmen dieses Sportartikelherstellers mit.

12

Mit Schreiben vom 09.08.2018 sprach die Beklagte die Kündigung des Sponsoring-Vertrags aus. Die Klägerin wies diese Kündigung zurück und bot die Zahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung auf ein Treuhandkonto an.

13

Am 31.07.2019 erhob die Beklagte Schiedsklage zum internationalen Schiedsgerichtshof der internationalen Handelskammer in Paris gegen den Spieler. Darin begehrt sie Feststellung und Erklärung der Unrechtmäßigkeit der Kündigung durch den Spieler. Darüber hinaus begehrt sie Schadensersatz in Höhe des entgangenen Gewinns. Der Ersatzanspruch bezieht sich nicht auf etwaige Ersatzansprüche, die Vertragspartner (wie die Klägerin) gegen die Beklagte geltend machen könnten.

II.

14

Mit der Streitgegenständlichen offenen Teilklage macht die Klägerin pauschalierten Schadensersatz wegen neun Vertragsverstößen geltend.

15

Die Beklagte erklärte mit Schriftsatz vom 14.05.2019 die Aufrechnung mit ihrem Vergütungsanspruch in Höhe von 3.037.500,00 €.

16

Am 27.06.2019 erließ das Landgericht das nachfolgende Endurteil:

I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 2.700.000 € nebst Zinsen in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils 300.000 € seit 02.10.2017, seit 15.10.2017, seit 23.11.2017, seit 27.11.2017, seit 02.12.2017, seit 31.12.2017, seit 04.01.2018, seit 07.01.2018 und seit 17.02.2018 sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 17.565,35 € nebst Zinsen in Höhe von 9%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 18.07.2018 zu zahlen.

II. Es wird festgestellt, dass der zwischen den Parteien geschlossene Sponsoring-Vertrag vom 17.08.2017 weder durch die Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018, noch durch andere Beendigungsgründe beendet wurde, und dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aufgrund der Nichterfüllung und aufgrund von Vertragsverletzungen des Sponsoring and License Agreements vom 15.08.2017 entstanden ist und noch entstehen wird.

17

Zur Begründung führte das Landgericht u.a. aus, dass der Klägerin der geltend gemachte pauschalierte Schadensersatzanspruch gemäß Ziff. 6.10.1 des Sponsoring-Vertrags zustünde. Die Klausel sei nicht wegen Verstoßes gegen §§ 305c, 307 BGB unwirksam. Auch seien die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch auf pauschalierten Schadensersatzanspruch - nämlich das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte nach §§ 280, 281, 278, 249, 252 BGB - erfüllt. Die Beklagte habe die von ihr in Ziffer 4 übernommenen vertraglichen Pflichten verletzt. Aufgrund der vertraglichen Garantiehaftung hafte sie verschuldensunabhängig. Außerdem sei der Spieler als Erfüllungsgehilfe der Beklagten zu qualifizieren. Schließlich sei das Landgericht davon überzeugt, dass die Beklagte ihrer Pflicht, alle zumutbaren und erfolgversprechenden Maßnahmen, um den Spieler zur Vertragserfüllung zu bewegen, in die Tat umzusetzen, nicht nachgekommen sei.

18

Treuwidriges Verhalten der Klägerin, das geeignet wäre, den Streitgegenständlichen Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz einzuschränken oder entfallen zu lassen, sei nicht ersichtlich. Der Mitverschuldenseinwand gemäß § 254 BGB greife ebenfalls nicht durch. Auch eine Reduzierung des pauschalen Schadensersatzanspruchs komme nicht in Betracht.

19

Die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit dem Anspruch auf Zahlung von 3.037.500 € führe nicht zum Erlöschen des Anspruchs auf pauschalierten Schadensersatz. Denn der Vergütungsanspruch der Beklagten sei nicht fällig. Außerdem stünde der Klägerin ein die Aufrechnung gemäß § 390 BGB hinderndes Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu.

20

Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien sei nicht beendet. Es sei nicht von einer Unmöglichkeit der Erbringung sämtlicher während der Gesamtlauzeit des Vertrages geschuldeter Leistungen auszugehen. Auch die durch die Beklagte ausgesprochene Kündigung führe nicht zur Beendigung des Dauerschuldverhältnisses ex nunc.

21

Wegen des weiteren Inhalts wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

III.

22

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte in ihrer Berufung. Sie beantragt,

I. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 27. Juni 2019, Az.: 3 HK O 1292/18, wird aufgehoben.

II.

23

Die Klage wird abgewiesen.

24

Zur Begründung führt die Beklagte u.a. aus, dass das Landgericht die unter Ziffer 4. des Sponsoring-Vertrages genannten Leistungs- und Unterlassungspflichten des Spielers rechtsfehlerhaft als eigene Verpflichtungen der Beklagten ausgelegt habe. Vielmehr habe die Beklagte in dem Vertrag nur die Einwirkung auf den Spieler mit dem Ziel, dessen Mitwirkung bei der Werbung für Puma-Produkte zu veranlassen, versprochen.

25

Bei den Ziffern 7.1 und 7.2 des Sponsoring-Vertrages handele es sich nicht um unselbständige Garantieklauseln. Der Spieler sei auch nicht als Erfüllungsgehilfe der Beklagten im Sinne des § 278 BGB zu qualifizieren. Das Landgericht habe auch ein Mitverschulden der Klägerin und die Hilfsaufrechnung der Beklagten rechtsfehlerhaft abgelehnt. Schließlich habe das Erstgericht die Kündigung der Beklagten fehlerhaft für unwirksam erachtet.

26

Der erstinstanzliche Tatbestand erwähne wesentliche Tatsachen nicht. So habe der Verhandlungsführer auf Seiten der Klägerin, Herr S...(Name), vor Vertragsschluss erfahren, dass der Spieler die Player's Guarantee nicht unterzeichnen werde und in Reaktion darauf auf die Notwendigkeit der Player's Guarantee hingewiesen sowie das Risiko der Klägerin betont, wenn sie keine Player's Guarantee habe. Ferner habe Herr S...(Name) in diesem Zusammenhang auch zu verstehen gegeben, dass er den „Deal“ dennoch unbedingt machen wolle und dass man zu einem späteren Zeitpunkt die Unterzeichnung der Player's Guarantee wieder in Angriff nehmen solle, wenn sich die Lage wieder beruhigt habe. Schließlich habe sich die Klägerin über ihren Justiziar, Herrn E...(Name), im Rahmen der mündlichen Verhandlung dahingehend eingelassen, dass auch der Klägerin daran gelegen gewesen sei, den Spieler nicht sofort mit einstweiligen Verfügungen oder anderen scharfen Mitteln zu drohen, sondern dass ein sensibler Umgang geboten sei, um ihn möglicherweise doch noch zur Erfüllung der gewünschten Pflichten zu bewegen, und dass die Klägerin bereits auf Grundlage der ihr Anfang 2018 zugeleiteten Auszüge aus dem Vertrag zwischen Spieler und Berufungsklägerin zu dem Schluss gekommen sei, dass die Kündigung des Spielers unwirksam gewesen sei.

27

Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft den erstinstanzlich als Beweis angebotenen Zeugen D...S...(Name) nicht vernommen, obwohl dieser Angaben hätte machen können zu den vorvertraglichen Verhandlungen der Parteien, insbesondere zum Zustandekommen des Sponsoring-Vertrags, dem Wissen auf Seiten der Klägerin hinsichtlich der Kündigung des Spielers und dem Willen auf Seiten der Klägerin zum raschen Vertragsabschluss aufgrund dem Werben der Konkurrenz um den Spieler, und zu dem nach Vertragsschluss vereinbarten kooperativen Vorgehen gegen den Spieler, was dazu geführt habe, dass man den Spieler zunächst durch persönlichen Kontakt zur Einhaltung seiner vertraglichen Pflichten bewegen wollte.

28

Die Erfüllung der Pflichten aus den Klauseln unter Ziffern 4.1 und 4.2 sei nicht durch die Beklagte selbst geschuldet gewesen. Der Spieler sei nicht ihr Erfüllungsgehilfe. Der Beklagten stehe ein fälliger Zahlungsanspruch gemäß Ziff. 5.2a des Sponsoring-Vertrages und Ziff. 2.2.7 des Annexes 2 zu, mit dem die Aufrechnung mit etwaigen Schadensersatzansprüchen erklärt werde.

29

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.

IV.

30

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

31

Zur Begründung trägt sie u.a. vor, dass die Player's Guarantee subsidiär zum Sponsoring-Vertrag gewesen sei. Die Beklagte habe der Klägerin stets bestätigt, dass die Unterzeichnung einer Player's Guarantee nicht notwendig sei, weil sie den Spieler im Griff habe. Erst durch die Übersendung des Rechtevertrags im Dezember 2018 habe die Klägerin davon Kenntnis erlangt, dass allein die Beklagte mittels umfassender und alleiniger Vollmacht berechtigt gewesen sei, die Player's Guarantee im Namen des Spielers zu unterzeichnen.

32

Erst einige Tage nach Abschluss des Sponsoring-Vertrags (am 22.08.2017) habe die Klägerin von der Kündigung des Rechtevertrags durch den Spieler Kenntnis erlangt. Für gegenteiliges Vorbringen habe das Landgericht zu Recht von der Vernehmung des Zeugen D...S...(Name) abgesehen, weil dieser nur für angebliche Gerüchte angeboten worden sei.

33

Mittlerweile habe die Beklagte (Ende 2019) ein schiedsgerichtliches Verfahren gegen den Spieler eingeleitet, in welchem sie ca. 40 Mio. € von diesem fordere.

34

Eines Sachverständigengutachtens zur Auslegung des Sponsoring-Vertrags nach dem „Common Law“ bedürfe es nicht, zumal die Parteien in dem Vertrag die Interpretation der Regelungen des Vertrags nach deutschem Recht vereinbart hätten.

35

Die Klägerin habe sich in der mündlichen Verhandlung nicht dahingehend geäußert, sensibel mit dem Spieler umzugehen. Diese Äußerung habe lediglich für das Vorgehen der Klägerin gegenüber dem Spieler gegolten. Von der Beklagten habe die Klägerin dagegen unmissverständlich gefordert, mit allen verfügbaren rechtlichen Mitteln gegen den Spieler vorzugehen.

36

Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts sei der Signing Bonus nicht am 03.10.2017 fällig geworden, da der Spieler bzw. die Beklagte noch nicht ihren Leistungspflichten nachgekommen seien.

37

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf die Berufungserwiderung Bezug genommen.

V.

38

Am 24.11.2020 erteilte der Senat einen ausführlichen schriftlichen Hinweis, auf den inhaltlich Bezug genommen wird, zu dem beide Parteien Stellung nahmen. Diesbezüglich wird auf die Schriftsätze der Klägerin und der Beklagten Bezug genommen.

39

Im Termin vom 23.03.2021 wies der Senat die Parteien darauf hin, dass er den Feststellungsantrag, wonach der Sponsoring-Vertrag weder durch die Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018, noch durch andere Beendigungsgründe beendet worden ist, dahingehend auslege, dass die Klägerin in Wirklichkeit die Feststellung begehrt, dass der Sponsoring-Vertrag aufgrund der Kündigung nicht beendet ist, sondern fortbesteht.

VI.

40

Der nach der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz der Beklagten vom 25.03.2021, der ausschließlich Rechtsausführungen enthält, lag dem Senat bei seiner Entscheidung vor.

B.

41

Die Berufung der Beklagten ist im Wesentlichen unbegründet. Die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts können im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg angegriffen werden (nachfolgend unter Ziffer I.). Die Auslegung des Sponsoring-Vertrags durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden, was dazu führt, dass die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz

(liquidated damages) nach Ziffer 6.10 des Sponsoring-Vertrags wegen der dort geregelten Pflichtverletzungen bestehen (nachfolgend unter Ziffer II.). Vor diesem Hintergrund ist der klägerische Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe entstanden. (nachfolgend unter Ziffer III.). Die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit einem Vergütungsanspruch in Höhe von 3.037.500,00 € führt nicht zum Erlöschen des Anspruchs auf pauschalierten Schadensersatz; gleichermaßen kann die Beklagte dem klägerischen Schadensersatzanspruch weder die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB noch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB wegen eigener Vergütungsansprüche entgegenhalten (nachfolgend unter Ziffer IV.). Der klägerische Feststellungsantrag ist zulässig und begründet (nachfolgend unter Ziffer V.). Allerdings ist die Berufung begründet in Bezug auf die Zinsen auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (nachfolgend unter Ziffer VI.)

I.

42

Die Tatsachenfeststellungen des Landgerichts können im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg angegriffen werden. Die Beklagte hat weder neue berücksichtigungsfähige Tatsachen vorgetragen (§ 529 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) noch konkrete Anhaltspunkte aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen des Erstgerichts begründen würden (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

43

1. Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die von dem erstinstanzlichen Gericht festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche hiernach die Bindung des Berufungsgerichts an die vorinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269-282, Rn. 8).

44

2. Die Rüge der Beklagten, das Landgericht habe den Tatbestand lückenhaft dargestellt, indem darin wesentliche Tatsachen nicht erwähnt worden seien, kann den Erfolg der Berufung nicht begründen.

45

Nach § 313 Abs. 2 ZPO sollen im Tatbestand die erhobenen Ansprüche und die dazu vorgebrachten Angriffs- und Verteidigungsmittel nur ihrem wesentlichen Inhalt nach knapp dargestellt und wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen verwiesen werden. Dieses „Knappheitsgebot“ schließt Vollständigkeit aus (Feskorn, in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 313 Rn. 11).

46

Vor diesem Hintergrund ist die Nichterwähnung von Ziffer 3.2 des - seinem Inhalt nach unstreitigem - Sponsoring-Vertrags sowie von Ziffer 8 der - unstreitig nicht unterzeichneten - Player's Guarantee im Tatbestand ohne Relevanz.

47

3. Einer Einvernahme des Prozessbevollmächtigten der Beklagten und gegenbeweislich des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Zeugen zu angeblich getroffenen Äußerungen des Justiziar der Klägerin, Herrn E...(Name), in der Sitzung beim Landgericht Nürnberg-Fürth steht die Beweiskraft des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 314 ZPO entgegen.

48

a) Die Beklagte trägt in der Berufungsbegründung vor, dass sich die Klägerin über ihren Justiziar, Herrn E...(Name), im Rahmen der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung dahingehend eingelassen habe, dass auch der Klägerin daran gelegen gewesen sei, den Spieler nicht sofort mit einstweiligen Verfügungen oder anderen scharfen Mitteln zu drohen, sondern dass ein sensibler Umgang geboten sei, um ihn möglicherweise doch noch zur Erfüllung der gewünschten Pflichten zu bewegen. Außerdem sei die Klägerin bereits auf Grundlage der ihr Anfang 2018 zugeleiteten Auszüge aus dem Vertrag zwischen Spieler und Beklagten zu dem Schluss gekommen, dass die Kündigung des Spielers unwirksam gewesen sei und deshalb die Beklagte ihr wirksam die Möglichkeit der Nutzung und Verteidigung der Persönlichkeits- und

Markenrechte des Spielers eingeräumt habe. Sollten diese Einlassungen durch die Klägerin bestritten werden, beantragt die Beklagte, ihren Prozessbevollmächtigten als Zeugen zu vernehmen.

49

Die Klägerin bestreitet, dass der Justiziar diese Äußerungen getroffen habe. Ausweislich der Anlage K 23 seien der Klägerin im Februar 2018 nur die Seiten 1, 3 und 12 des Rechtevertrags in italienischer Sprache übersandt worden. Die Kündigungserklärung des Fußballspielers habe ihr überhaupt nicht vorgelegen. Die Klägerin habe sich anhand dieser Unterlagen keine rechtsverbindliche Meinung über die Rechtekette und die Wirksamkeit des Rechtevertrags bzw. der Kündigungserklärung bilden können. Dies habe die Klägerin auch zu keinem Zeitpunkt behauptet. Die Klägerin habe sich auch nicht dafür ausgesprochen, „sensibel“ mit dem Spieler umzugehen. Diese Äußerung habe lediglich für ein Vorgehen der Klägerin gegenüber dem Spieler gegolten. Vielmehr habe die Klägerin mehrfach unmissverständlich von der Beklagten gefordert, dass diese mit allen verfügbaren rechtlichen Mitteln gegen den Spieler vorgehen solle und müsse (vgl. die Abmahnungen vom 15.09.2017 und vom 10.11.2017 in Anlage K 6). Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin stünden diesbezüglich ebenfalls als Zeugen zur Verfügung.

50

b) Die Angaben des Justiziers der Klägerin im landgerichtlichen Termin stellen - selbst wenn man die Richtigkeit der in der Berufungsbegründung gemachten Behauptungen zum Inhalt dieser Angaben unterstellt - kein Geständnis nach § 288 ZPO dar. Denn ein wirksames Geständnis kann, sofern - wie hier - Anwaltszwang besteht, von der nicht postulationsfähigen Partei nicht erklärt werden kann (BGH, Urteil vom 07.02.2006 - VI ZR 20/05, NJW-RR 2006, 672, juris-Rn. 7). Einer Erklärung, die eine Partei bei ihrer persönlichen Anhörung in der mündlichen Verhandlung abgibt, kann daher nicht die Wirkung eines Geständnisses beigemessen werden (BGH, Urteil vom 26.02.2009 - I ZR 155/07, NJW-RR 2009, 1272, Rn. 8, 10).

51

c) Einer Nachholung der Würdigung der in der erstinstanzlichen Sitzung beim Landgericht Nürnberg-Fürth gemachten Äußerungen des Justiziers der Klägerin nach § 286 ZPO durch das Berufungsgericht steht die Beweiskraft des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils gemäß § 314 ZPO entgegen. Vor diesem Hintergrund scheidet auch die Einvernahme des Prozessbevollmächtigten der Beklagten und gegenbeweislich des Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Zeugen zu diesen Äußerungen des Justiziers aus.

52

aa) Als Parteianhörung wären die Angaben des Justiziers grundsätzlich im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO zu berücksichtigen. Eine Protokollierung von Erklärungen der Partei (bzw. des Vertreters nach § 141 Abs. 3 S. 2 ZPO) ist zwar nicht vorgeschrieben (BGH, Urteil vom 27.11.1968 - IV ZR 675/68, NJW 1969, 428, juris-Rn. 14). Ohne Protokollierung sind die Erklärungen der Partei jedoch nur verwertbar, wenn sie in den Urteilsgründen wiedergegeben werden, und zwar in deutlicher Unterscheidung von Aussage und Würdigung (Fritsche, in MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 141 ZPO Rn. 18). Es ist daher - wenn die Aussagen im Urteil unrichtig wiedergegeben sind - eine Tatbestandsberichtigung zu beantragen, um die erhöhte Beweiskraft, die der Feststellung mündlichen Parteivorbringens gemäß § 314 ZPO zukommt, zu durchbrechen (BGH, Urteil vom 23.04.2002 - X ZR 29/00, juris-Rn. 12).

53

Gemäß § 314 S. 1 ZPO liefert der Tatbestand des Ersturteils den Beweis für das mündliche Vorbringen einer Partei im erstinstanzlichen Verfahren. Diese Beweiswirkung erstreckt sich auch darauf, ob eine bestimmte Behauptung bestritten ist oder nicht. Da sich die Beweisregel des § 314 S. 1 ZPO auf das mündliche Parteivorbringen bezieht, ist davon auszugehen, dass die Parteien dasjenige in der mündlichen Verhandlung vorgetragen haben, was der Tatbestand ausweist (BGH, Urteil vom 08.11.2007 - I ZR 99/05, NJW-RR 2008, 1566, Rn. 15). Wenn die tatbestandlichen Feststellungen nicht im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags gerügt werden, sind sie für das Berufungsgericht nach §§ 314, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindend (BGH, Urteil vom 17.01.2012 - XI ZR 457/10, NJW-RR 2012, 622, Rn. 18). Daraus folgt, dass eine Partei im Berufungsverfahren nicht mit Erfolg unter Hinweis auf erstinstanzliche Schriftsätze geltend machen kann, der Tatbestand des angefochtenen Urteils, zu welchem auch die Wiedergabe von Tatsachenvortrag in den Entscheidungsgründen gehört, gebe den Sachvortrag unrichtig wieder und

begründe deshalb Zweifel an der Tatsachenfeststellung des Erstrichters (Ball, in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 529 Rn. 6).

54

Zwar kommt dem Urteilstatbestand im Hinblick auf schriftsätzlich angekündigtes Parteivorbringen keine negative Beweiskraft zu (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269-282, Rn. 23; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.09.2019 - 8 U 43/17, NJOZ 2020, 556, juris-Rn. 105). Allein mit dem Hinweis auf die negative Beweiskraft des Urteilstatbestandes kann mithin ein Parteivorbringen, das sich aus den vorbereitenden Schriftsätzen ergibt, in dem Rechtsmittelverfahren nicht unberücksichtigt bleiben (Musiellak, in MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 314 ZPO Rn. 4). Hingegen bleibt die negative Beweiskraft für solche Angriffs- und Verteidigungsmittel von Bedeutung, die in der mündlichen Verhandlung ohne vorherige Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz vorgebracht werden (BGH, Urteil vom 12.03.2004 - V ZR 257/03, BGHZ 158, 269-282, Rn. 23).

55

Der auf Grund des § 314 S. 1 ZPO erbrachte Beweis kann nur nach § 314 S. 2 ZPO durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

56

bb) Im vorliegenden Fall enthält der unstreitige Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils folgende Feststellungen:

57

Der zwischen der Beklagten und Herrn D...(Name des Spielers) bestehende Vertrag wurde der Klägerin vollständig erst nach Rechtshängigkeit übersandt. [...] Trotz Aufforderung der Klägerin vom 20.7.2018 (K 26) unterließ die Beklagte rechtliche Schritte gegen A...(Sportartikelhersteller) [...].

58

Der streitige Tatbestand enthält u.a. folgende Feststellungen zum Vortrag der Klägerin:

59

Die Beklagte sei auch nicht ernstzunehmend gegen A...(Sportartikelhersteller) bzw. gegen den Spieler vorgegangen und hätte entsprechende Aufforderungen der Klägerin ignoriert. [...] Die Klägerin sei erst nach Abschluss des Sponsoring-Vertrags von der Kündigungserklärung des Spielers informiert worden, und zwar nicht von der Beklagten; wenn sie hiervon vor Vertragsabschluss Kenntnis erlangt hätte, hätte sie den Vertrag nicht abgeschlossen. [...] Die Pflichtverletzung durch Beklagte bestehe in der Unterlassung der Aufklärung der Klägerin insoweit und in der Nichtergreifung erfolgversprechender Maßnahmen zur Durchsetzung der vertraglichen Rechte der Beklagten gegenüber D...(Name des Spielers) und A...(Sportartikelhersteller).

60

Damit steht - da die Beklagte diese Feststellungen des Landgerichts nicht im Wege eines Tatbestandsberichtigungsantrags gerügt hat - für das Berufungsverfahren bindend fest, dass sich der schriftsätzliche Vortrag der Klägerin nicht mit den behaupteten Äußerungen des Justiziers der Klägerin deckt. Die behaupteten Angaben des Justiziers sind somit ohne vorherige Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz vorgebracht worden. Da weder im Tatbestand des angefochtenen Urteils noch im Protokoll über die landgerichtliche Sitzung vom 28.03.2019 eine Anhörung des Justiziers vermerkt ist, muss aufgrund der insoweit ausnahmsweise bestehenden negativen Beweiskraft des Tatbestands davon ausgegangen werden, dass eine Anhörung nicht erfolgte. Ein Gegenbeweis durch Zeugen ist nicht zulässig.

61

cc) Darüber hinaus ist von der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten nicht dargetan, dass die von ihr behauptete Tatsache, wonach auch der Klägerin daran gelegen gewesen sei, den Fußballspieler nicht sofort mit einstweiligen Verfügungen oder anderen scharfen Mitteln zu drohen, sondern dass ein sensibler Umgang geboten sei, um ihn möglicherweise doch noch zur Erfüllung der gewünschten Pflichten zu bewegen, in irgendeiner Weise kausal für den eingetretenen Schaden geworden ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Fußballspieler auch durch gerichtliche Maßnahmen bis heute nicht zur Erfüllung des Rechtsvertrags bewegen ließ.

62

Die darüber hinaus von ihr behauptete Tatsache, dass der Klägerin durch den Sponsoringvertrag die Möglichkeit der Nutzung und Verteidigung der Persönlichkeits- und Markenrechte des Spielers eingeräumt worden sei und die Nichtwahrnehmung dieser Möglichkeit den Mitverschuldenseinwand begründen würde, ist eine Rechtsfrage (vergleiche die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer B.III.3.).

63

4. Das Landgericht hat zu Recht davon abgesehen, den von der Beklagten angebotenen Zeugen D...S...(Name) zu vernehmen.

64

a) Im vorliegenden Fall bot die Beklagte den Zeugen S...(Name) für folgenden Sachvortrag an:

65

Der unter Beweis gestellte Sachvortrag wurde erstinstanzlich geändert. Das Landgericht führte insoweit auf Seite 15 des angegriffenen Urteils aus:

66

Der Vortrag der Beklagten, über die Kündigung des Vertrags durch den Fußballspieler sei die Klägerin bereits vor Abschluss des Vertrags zwischen den Parteien informiert gewesen, da der Marketing Direktor der Klägerin, M...Q...(Name), bei einem Telefonat am 11.08.2017 den Angestellten der Beklagten, Herrn S...(Name), hierauf hingewiesen hätte, [...] wurde später dahingehend modifiziert, dass Herr Q...(Name) gegenüber Herrn S...(Name) geäußert hätte, von einem Telefonat zwischen einem Dritten, nämlich dem Marketing Manager von Puma Argentinien, und dem Bruder von Herrn D...(Name des Spielers) erfahren zu haben, bei dem der Bruder auf eine fehlende Berechtigung der Beklagten zur Führung von Verhandlungen für den Spieler hingewiesen hätte.

67

An diese Feststellungen ist der Senat nach Maßgabe der obigen Ausführungen (vgl. Ziffer B.I.3.c)) gebunden. Denn die Bindungswirkung bezieht sich auch auf die Wiedergabe von Tatsachenvortrag in den Entscheidungsgründen (Ball, in Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 529 Rn. 6).

68

Maßgeblich ist daher folgender (berichtigter) Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 18.02.2019 (Bl. 149 d.A.):

69

In einem Telefonat zwischen D...S...(Name), Head of Marketing der Beklagten, und M...Q...(Name), ehemaliger Mitarbeiter der Konzernmutter der Beklagten [gemeint ist wohl der Klägerin], vor Abschluss des Sponsoring-Vertrages informierte M...Q...(Name) D...S...(Name) darüber, dass M...D...(Name), Bruder des Spielers, bei Puma in Argentinien angerufen und mit R...F...(Name), dem Marketing Manager von Puma Argentinien, gesprochen habe. M...D...(Name) habe R...F...(Name) in diesem Telefonat mitgeteilt, dass die Beklagte und insbesondere D...S...(Name) nicht mehr länger berechtigt seien, Verhandlungen für den Spieler zu führen und er sich diesbezüglich künftig an ihn oder J...A...(Name) zu wenden habe.

70

b) Die Einvernahme des Zeugen D...S...(Name) zur Bestätigung dieses Sachvortrags konnte (ausnahmsweise) unterbleiben.

71

aa) Die Erhebung unnötiger Beweise ist fehlerhaft. Daher hat das Gericht vorweg insbesondere die Schlüssigkeit und Beweisbedürftigkeit des Vorbringens - also die Entscheidungserheblichkeit - zu prüfen (Greger, in Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vorbemerkungen zu § 284 Rn. 9). Ein Beweisantrag kann daher beispielsweise wegen Unerheblichkeit des Beweisantritts aufgrund Wahrunterstellung abgewiesen werden (Greger, a.a.O., Vorbemerkungen zu § 284 Rn. 12a). Voraussetzung einer zulässigen Wahrunterstellung ist dabei, dass die Behauptung so übernommen wird, wie die Partei sie aufgestellt hat (BGH, Beschluss vom 23.08.2016 - VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72, Rn. 12).

72

bb) Im vorliegenden Fall ist zum einen zu berücksichtigen, dass sich aus dem unter Beweis gestellten Vortrag nicht die Kenntnis der Beklagten von der Kündigung durch den Fußballspieler ergibt. Es wird lediglich behauptet, dass der Bruder von Herrn D...(Name) auf eine fehlende Berechtigung der Beklagten

und insbesondere D...S...(Name) zur Führung von Verhandlungen für den Spieler hingewiesen hätte. Künftig solle man sich diesbezüglich an den Bruder des Spielers oder J...A...(Name) wenden. Woraus sich diese fehlende Berechtigung insbesondere von D...S...(Name) zum Führen von Verhandlungen ergeben soll, ergibt sich aus diesem Vortrag nicht.

73

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass dieses Vorbringen eine „innere Tatsache“ - nämlich die Behauptung der Kenntnis von einer Kündigung des Spielers durch den Mitarbeiter der Klägerin, Herrn S...(Name) - betrifft. Die Beklagte hätte daher dazu vortragen müssen, aufgrund welcher Umstände Herr S...(Name) von dieser inneren Tatsache Kenntnis erlangt hat (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1983 - VIII ZR 94/82 -, BGHZ 87, 227-232, Rn. 25).

74

Schließlich kann die von der Beklagten vorgelegte WhatsApp-Korrespondenz vom 14.08.2017 zwischen Herrn S...(Name) und einem Vertreter der Beklagten (Anlage B 17) nicht unberücksichtigt bleiben. Dieser kann entnommen werden, dass Herr S...(Name) als Verhandlungsführer der Klägerin von der zugesagten Abgabe der dem Vertrag beigefügten „Player's Guarantee“ zur Sicherstellung der Mitwirkung des Spielers ausging und er von der Beklagten darauf hingewiesen wurde, dass diese unnötig sei. Dies spricht eindeutig gegen eine Kenntnis des Herrn S...(Name) von einer Kündigung des Rechtevertrags.

75

cc) Zum anderen kann selbst die unterstellte Kenntnis der Klägerin von der Kündigung des Rechtevertrags durch den Fußballspieler vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags weder einen Mitverschuldenseinwand noch den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens der Klägerin begründen.

76

Eine Aufklärungspflicht besteht lediglich hinsichtlich derartiger Umstände, die für den Vertragsschluss der anderen Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben unter Rücksicht auf die Verkehrsauffassung erwartet werden kann (BGH, Urteil vom 13.03.2008 - III ZR 165/07, NVwZ-RR 2008, 509, Rn. 15). Die Aufklärung über eine solche Tatsache kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren (BGH, Urteil vom 11.08.2010 - XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, Rn. 23). Noch weniger besteht eine Aufklärungspflicht in Fällen, in denen der zukünftige Vertragspartner selbst positive Kenntnis von dem Umstand hatte.

77

Im vorliegenden Fall bestand keine irgendwie geartete Aufklärungspflicht der Klägerin gegenüber der Beklagten über die Kündigung des Rechtevertrags. Denn zum einen hatte jedenfalls die Beklagte (unstreitig) Kenntnis von dieser Kündigung und hat dennoch den Sponsoring-Vertrag mit der Klägerin abgeschlossen. Zum anderen liegt die Beurteilung der eigenen Leistungsfähigkeit in der Sphäre des Schuldners und muss von diesem eigenständig geprüft werden.

78

Vor diesem Hintergrund kann es keinen Mitverschuldenseinwand der Klägerin begründen, wenn sie - trotz unterstellter Kenntnis aus dem Telefonat vom 11.08.2017 - den Sponsoring-Vertrag mit der Beklagten abschließt, denn nach der sich aus den Vereinbarungen zwischen den Parteien ergebenden Risikoverteilung (zur Vertragsauslegung siehe die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer B.II.) sollte das sich aus der Person des Spielers ergebende Risiko die Beklagte tragen. Auch führt dieser Umstand nicht zu einer Auslegung des Sponsoring-Vertrags im Sinne der Beklagten.

79

Auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist vor diesem Hintergrund nicht treuwidrig, da die Beklagte selbst sich durch Verletzung ihrer Aufklärungspflichten nicht vertragstreu verhalten hatte und vertraglich ihre Leistungsfähigkeit garantiert und somit das Risiko der Vertragserfüllung durch ihren Erfüllungsgehilfen übernommen hatte. Die Geltendmachung der Einwendung des Rechtsmissbrauchs ist aber ausgeschlossen, solange der die Einwendung Erhebende selbst nicht vertragstreu ist („tu quoque“) und es sich um einen erheblichen Verstoß gegen Pflichten handelt, die in einem inneren Zusammenhang mit der Einwendung stehen.

80

c) Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 09.11.2020 ausführt, der Zeuge D...S...(Name) könne bezeugen, dass Herr M...S...(Name) Kenntnis von der Kündigung des Spielers hatte, ist dieser Vortrag weder berücksichtigungsfähig noch entscheidungserheblich.

81

Zum einen unterfällt dieses Vorbringen der Vorschrift des § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO. Die Beklagte hatte in erster Instanz ihren unter Beweis gestellte Sachvortrag aus der Klageerwiderung modifiziert (vgl. die obigen Ausführungen unter Ziffer B.I.4.a), weshalb die erneute Bezugnahme auf das fallengelassene Vorbringen in der Klageerwiderung ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 31.05.2017 - VIII ZR 69/16, NJW 2017, 2288, Rn. 19) und auf einer Nachlässigkeit der Beklagten beruht.

82

Zum anderen kann das Vorbringen nach §§ 525, 283 ZPO zurückgewiesen werden. Von einem nach § 283 S. 1 ZPO gewährten Schriftsatzrecht ist nur solches Vorbringen gedeckt, das sich als Erwiderung auf den verspäteten Vortrag des Gegners darstellt (BGH, Beschluss vom 27.02.2018 - VIII ZR 90/17, NJW 2018, 1686, Rn. 22). Der Beklagten wurde im Termin vom 20.10.2020 eine Erwidierungsfrist lediglich auf den Schriftsatz der Klägerin vom 12.10.2020, soweit darin tatsächliches neues Vorbringen enthalten ist, eingeräumt. In diesem Schriftsatz der Klagepartei ist jedoch kein neues Vorbringen enthalten, dass einen derartigen Vortrag rechtfertigen würde.

83

Schließlich kann - wie bereits ausgeführt (vgl. Ziffer B.I.4.b) cc) - selbst die unterstellte Kenntnis der Klägerin von der Kündigung des Rechtevertrags durch den Fußballspieler vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags weder einen Mitverschuldenseinwand noch den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens der Klägerin begründen, weshalb es an der Entscheidungserheblichkeit dieses Vorbringens fehlt.

II.

84

Die Auslegung des Sponsoring-Vertrags durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden. Sie führt dazu, dass die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch auf pauschalierten Schadensersatz (liquidated damages) nach Ziffer 6.10 des Sponsoring-Vertrags wegen der dort geregelten Pflichtverletzungen bestehen.

85

1. In rechtlicher Hinsicht ist von folgenden Grundsätzen auszugehen.

86

a) Nach §§ 133, 157 BGB ist bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. In einem zweiten Auslegungsschritt sind sodann die außerhalb des Erklärungsakts liegenden Begleitumstände in die Auslegung einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (BGH, Urteil vom 19.01.2000 - VIII ZR 275/98, NJW-RR 2000, 1002, juris-Rn. 20). Dabei sind grundsätzlich alle Nebenumstände des Vertragsschlusses einschließlich des Inhalts von Vorverhandlungen oder anderer (laufender) Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten oder unter Umständen sogar auch nur eines Vertragspartners mit einem oder mehreren Dritten heranzuziehen (Wendtland, in BeckOK BGB, 57. Ed. 01.02.2021, § 157 BGB Rn. 14).

87

Zu ermitteln ist der objektive Sinn der Bestimmungen. Dabei ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass eine vertragliche Bestimmung nach dem Willen der Parteien einen bestimmten, rechtserheblichen Inhalt haben soll. Deshalb ist einer möglichen Auslegung der Vorzug zu geben, bei welcher der Vertragsnorm eine tatsächliche Bedeutung zukommt, wenn sich diese Regelung ansonsten als ganz oder teilweise sinnlos erweisen würde (BGH, Urteil vom 07.03.2005 - II ZR 194/03, NJW 2005, 2618, juris-Rn. 21).

88

Weiter gilt das Gebot der nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung und der Berücksichtigung des durch die Parteien beabsichtigten Zwecks des Vertrags (BGH, Urteil vom 17.03.2011 - I ZR 93/09, GRUR 2011, 946, Rn. 18 - KD). Bei Auslegung eines Vertrags ist insbesondere zu berücksichtigen, in

welchem Umfang die Parteien nach ihrer Interessenlage im Abschlusszeitpunkt jeweils das wirtschaftliche Risiko späterer Entwicklungen tragen sollten (BGH, Urteil vom 09.05.2003 - V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, juris-Rn. 10).

89

b) Die Auslegung des Vertrags richtet sich nach deutschem Recht.

90

aa) In Ziffer 12.10 des Sponsoring-Vertrags heißt es:

91

The validity, construction and performance of this agreement (and any claim, dispute or matter arising under or in connection with or its enforceability) is governed by and construed in accordance with the laws of Germany.

92

Nach dieser Vertragsklausel findet auf den Vertrag deutsches Recht Anwendung.

93

Gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. a Rom-I-VO sind für die Vertragsauslegung die Prinzipien aus dem Recht anzuwenden, das auch auf den Vertrag Anwendung findet. Maßgebend sind bei deutschem Vertragsstatut die §§ 133, 157 BGB, d.h. es entscheidet der dem anderen Teil erkennbare Parteiwille (Spellenberg, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 12 Rom I-VO Rn. 32).

94

Allein der Gebrauch einer Fremdsprache stellt noch keinen hinreichenden Bezug zu einer bestimmten ausländischen Rechtsordnung her. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vertrag auf Englisch abgeschlossen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 02.12.1991 - II ZR 274/90, NJW-RR 1992, 423, juris-Rn. 9). Zum einen handelt es sich dabei um die im internationalen Geschäftsverkehr am weitesten verbreitete Sprache, die häufig allein zur Überwindung von Verständigungsproblemen gewählt wird. Zum anderen weist die englische Sprache keineswegs stets eindeutig auf einen bestimmten Staat hin.

95

bb) Eine Interpretation - auch der Begriffe „represents and warrants“ in Ziffer 7.1 und 7.2 - hat entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten - nicht nach dem Common Law zu erfolgen. Denn ein hinreichender Bezug zum Common Law ist nicht ersichtlich. Weder die Vertragsparteien oder deren Verhandlungsführer noch der Spieler gehören dem Rechtskreis des Common Laws an. Auch bestand - wie das Landgericht zutreffend ausführt - keine bei Vertragsabschluss nach dem Parteiwillen übereinstimmende, konkrete Vorstellung über die Auslegung dieser Begriffe nach englischem Recht. Aus diesem Grund war entgegen des Antrags der Beklagten (vgl. Bl. 363 d.A.) auch ein Sachverständigengutachten zum Common Law nicht einzuholen.

96

Bei der Verwendung derartiger international üblicher Klauseln ist vielmehr zum einen auf das Verständnis in dem Staat, dessen Recht Vertragsstatut ist, abzustellen. Zum anderen ist auch das international übliche Verständnis zu berücksichtigen (Ferrari, in Ferrari, IntVertragsR, 3. Aufl. 2018, Art. 12 VO (EG) 593/2008 Rn. 10).

97

c) Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Auslegung des Vertrags ist nicht notwendig.

98

aa) Nach § 142 Abs. 3 S. 1 ZPO kann das Gericht anordnen, dass von in fremder Sprache abgefassten Urkunden eine Übersetzung beigebracht wird. Angesichts des darin dem Gericht eingeräumten Ermessens kann die Urkunde auch unübersetzt verwertet werden. Ist der Spruchkörper der jeweiligen Fremdsprache mächtig, so kann er die Urkunde daher ohne Weiteres verwerten.

99

Grundsätzlich ist auch die Auslegung eines Vertragstextes eigene Aufgabe des Gerichts. Dies gilt nicht nur für nicht ganz eindeutige oder sprachlich verunglückte deutsche Texte, sondern auch bei solchen in ausländischer Sprache. Es ist also der - durch den Wortlaut abdeckbare - Parteiwille zu ermitteln, auch

unter Heranziehung der teleologischen Auslegung (OLG Stuttgart, Urteil vom 15.05.2006 - 5 U 21/06, NJOZ 2006, 2836, juris-Rn. 28).

100

Unter bestimmten Voraussetzungen besteht jedoch eine Pflicht des Gerichts, sich bei der Auslegung einer in englischer Sprache abgefassten Vertragsklausel sachverständig beraten zu lassen. Dies hat der Bundesgerichtshof angenommen, wenn eine Partei geltend macht, dass eine bestimmte, in englischer Sprache abgefasste Klausel in internationalen Verträgen üblicherweise eine bestimmte rechtliche Bedeutung hat und das Gericht sich insoweit eigene Sachkenntnis ausdrücklich abspricht. In diesem Fall hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, in welcher Weise es sich bei der Ermittlung der Bedeutung der Klausel sachverständigen Rates vergewissert (BGH, Urteil vom 16.10.1986 - III ZR 121/85, NJW 1987, 591, juris-Rn. 15).

101

bb) Vor diesem Hintergrund kann im vorliegenden Fall ohne Gutachten entschieden werden. Denn die Auslegung des Vertrags kann aufgrund eigener Sachkunde des Gerichts erfolgen. Die Mitglieder des Senats sind der englischen Sprache hinreichend mächtig. Der Berichterstatter hat ein Jahr in den USA studiert. Der Senat kann daher - unter Verwendung von Fachwörterbüchern - sowohl das allgemeine englische Sprachverständnis als auch das international übliche Verständnis aus eigener Sachkunde feststellen.

102

2. Unter Berücksichtigung dieses rechtlichen Maßstabs ist die Auslegung durch das Landgericht, dass die Beklagte im Sponsoring-Vertrag die Pflichten des Spielers als eigene Pflichten übernommen und diese originären vertraglichen Pflichten verletzt habe, nicht zu beanstanden. Der Senat schließt sich vielmehr dieser Einschätzung aufgrund der nachfolgenden Umstände an:

103

a) Es ergibt sich bereits aus dem Wortlaut und der Systematik des Sponsoring-Vertrages, dass die Beklagte die Pflichten des Spielers als eigene direkte Pflichten übernommen hat.

104

aa) Die Beklagte garantierte ("represents and warrants") in der Präambel, dass sie Rechteinhaberin der „wordwide image and endorsement rights“ des Spielers sei. Die Aufnahme dieser Garantie an dieser Stelle zeigt, dass die Erfüllbarkeit der geregelten Pflichten durch die Beklagte aufgrund eines wirksamen Vertrages zwischen den Beklagten und dem Spieler die Geschäftsgrundlage des Sponsoring-Vertrags darstellte.

105

Dem entspricht Ziffer 7.1 des Vertrags, der auszugsweise wie folgt lautet:

106

Company warrants, represents and undertakes that it [...] has the power to [...] execute, deliver and perform the obligations set out in this Agreement.

107

Der Begriff „warrant“ ist zu übersetzen als „zusichern, garantieren, einstehen für“, der Begriff „undertake“ als „versprechen, garantieren“ und das Wort „represent“ als „versichern“ zu übersetzen (Dietl/Lorenz, Wörterbuch Recht, Wirtschaft & Politik Band 1: Englisch-Deutsch, 7. Aufl. 2016). Damit gewährleistet bzw. garantiert die Beklagte, dass sie ermächtigt ist („has the power to...“), die im Sponsoring-Vertrag festgelegten Verpflichtungen auszuführen, zu erbringen und zu erfüllen.

108

bb) Die Ziffer 4.1 des Sponsoring-Vertrags lautet auszugsweise wie folgt:

„Company shall ensure that Player wears, represents and warrants to use exclusively use the current PUMA Products throughout all Matches and trainings [...].“

109

Die Formulierung „shall ensure“ ist mit „sicherstellen“, „garantieren“ oder „gewährleisten“ zu übersetzen. Somit hat in dieser Ziffer die Beklagte garantiert oder die Gewährleistung übernommen, dass der Spieler die

Produkte der Klägerin tragen und bewerben werde. Gleiches gilt bei einer Übersetzung als „sicherstellen“. Damit hat der Verpflichtete dafür zu sorgen, dass etwas sicher vorhanden ist oder getan werden kann.

110

Diese Auslegung wird bestätigt durch die vorangehenden Sätze von Ziffer 4.1. Denn darin erkennt die Beklagte an und akzeptiert („acknowledges and accepts“), dass der Spieler als Teil der Puma-Marketing-Strategie gilt.

111

Gleiches gilt für Ziffer 4.2 des Sponsoring-Vertrags. Auch darin gewährleistet / stellt sicher die Beklagte („shall ensure“) bestimmte Verhaltensweisen des Spielers.

112

Ziffer 4.3 des Vertrags lautet wie folgt:

„Company is exempt from the obligation to ensure that Player uses exclusively PUMA Products pursuant to Clauses 4.1 and 4.2 only in so far as.“

113

Nach dieser Klausel ist die Beklagte unter bestimmten Voraussetzungen von ihren Verpflichtungen aus Ziffer 4.1 und 4.2 befreit. Die Verwendung des Wortes „obligation“ (zu Deutsch: „Verpflichtung“) in diesem Zusammenhang zeigt auf, dass es sich bei den Ziffern 4.1 und 4.2 um „Verpflichtungen“ der Beklagten handelt.

114

cc) In Ziffer 6.1, 6.3 und 6.6, die mit „Obligations of player“ überschrieben sind, sind weitere Verpflichtungen der Beklagten zur Sicherstellung / Gewährleistung („shall ensure“) von Mitwirkungshandlungen des Spielers enthalten.

115

In Ziffer 6.10 verpflichtet sich die Beklagte zur Zahlung von pauschalitem Schadensersatz („Liquidated Damages“) für jede Verletzung der Pflichten aus bestimmten Vertragsklauseln („For each violation of an obligation under“). Auch dies verdeutlicht, dass es sich bei den Pflichten aus diesen Vertragsklauseln um eigene Verpflichtungen der Beklagten handelte.

116

dd) Die Vertragsparteien hätten bei diesen Regelungen einen anderen Wortlaut gewählt, wenn sie nicht gewollt hätten, dass die Beklagte selbst Schuldnerin der Leistungs- und Unterlassungspflichten des Spielers ist. Eine derartige Relativierung der Einstandspflicht der Beklagten hätte durch eine ausdrückliche Beschränkung auf „reasonable efforts“ sowie auf eine Bemühenspflicht der Beklagten erfolgen können.

117

Zwar waren sich die Parteien darüber einig, dass die vertraglichen Handlungs- und Unterlassungspflichten im Zusammenhang mit der Promotion und Bewerbung der Puma-Produkte gem. Ziff. 4 und 6 nur durch den Spieler persönlich erbracht werden konnten. Bei den in Ziffer 4.1 des Sponsoring-Vertrages vereinbarten Pflichten handelt es sich sogar um unvertretbare, persönliche Handlungen des Spielers (z.B. in Puma-Schuhen Fußball spielen).

118

Dennoch verpflichtete sich die Beklagte zur Erbringung dieser Leistungen. Da der Spieler am Vertrag nicht beteiligt war und entgegen dem ausdrücklichen Wunsch der Klägerin auch keine „Player’s Guarantee“ abgegeben wurde, aber trotzdem seine Leistungen den Kern und die Essenz des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags bildeten - ohne die aktive Mitwirkung des Spielers bei der Bewerbung der Puma-Produkte war die Einräumung von Lizenzen an Wort- und Bildmarken wirtschaftlich wertlos -, können die in Ziffer 4., 6. und 7. geregelten Vertragspflichten nur dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte die Erfüllung dieser vertraglichen Hauptleistungspflichten verbindlich zusagte. Dabei schuldete sie die Erfüllung dieser Pflichten i.S. eines Erfolgs, nicht nur ein Tätigwerden i.S. von - im Vertrag nicht näher definierten - Einwirkungshandlungen auf den Spieler.

119

ee) Zwar werden in Ziffern 4.1 und 4.2 des Sponsoring-Vertrags die Worte „shall ensure“ verwendet, während es in Ziffer 3.3.4 lit. b) des Sponsoring-Vertrags heißt: „Company shall warrant [...]“. Dies allein führt jedoch noch nicht dazu, dass von der Beklagten in Ziffer 3.3.4 lit. b) mehr für einen Sachverhalt versprochen wird, als in Ziffern 4.1 und 4.2, zumal die Beklagte in Ziffer 7.1 gewährleistet bzw. garantiert („warrants, represents and undertakes“), dass sie die in Ziffer 4. des Sponsoring-Vertrags festgelegten Verpflichtungen ausführen, erbringen und erfüllen kann.

120

b) Dieses Auslegungsergebnis wird bestätigt durch den Sinn und Zweck des Sponsoring-Vertrages.

121

aa) Zu berücksichtigen ist im Rahmen der Ratio des Sponsoring-Vertrages, dass allein die Übernahme der Verpflichtung durch die Beklagte - die aktive Mitwirkung des Spielers bei der Bewerbung der Puma-Produkte zu gewährleisten - die Höhe des von der Klägerin geschuldeten Retainers (allein für das 1. Vertragsjahr in Höhe von 3,75 Mio. €) rechtfertigt. Die Beklagte konnte gerade aufgrund der Höhe der Sponsoringsumme (in Höhe von bis zu 50 Mio. €) keinen Zweifel daran haben, dass sie eigene und direkte Erfüllungspflichten übernahm, und ein „bloßes Bemühen“ nicht ausreichend war. Und für die Klägerin wäre der Sponsoring-Vertrag ohne gesichertes Vertrauen darauf, dass der Spieler vertragsgemäß Puma-Produkte tragen und bewerben werde, wirtschaftlich wertlos gewesen.

122

bb) In diesem Zusammenhang kann nicht außer Acht bleiben, dass die Beklagte in Kenntnis der Kündigungserklärung des Spielers - und damit in Kenntnis von einem möglichen Leistungsausfall des Spielers - den Vertrag mit der Klägerin abschloss und die „Obligations of Player“ als eigene Leistungsverpflichtungen einging. Es ist daher - wie das Erstgericht zutreffend ausführte - von einer bewussten Übernahme des Risikos der Leistungsverweigerung durch den Spieler und des Risikos des Eintritts der Teilunmöglichkeit infolge Nichterbringung der Werbeleistungen zu den vorgesehenen Anlässen auszugehen. Es widerspricht auch nicht der Lebenserfahrung, dass ein Schuldner einen - von den Leistungen eines Dritten abhängenden - Erfolg verspricht, obwohl er im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (noch) nicht über die „Vertragsbrücken“ zu dem Dritten verfügt. Es ist durchaus denkbar, dass der Schuldner die Situation so einschätzt, (zukünftig) den Dritten zur Erfüllung der Pflichten anhalten zu können.

123

Eine - unterstellte - Kenntnis der Klägerin vor Vertragsschluss von den Problemen mit dem Spieler führt nicht zu einem anderen Auslegungsergebnis. Sollte der Klägerin tatsächlich gerücheweise zu Ohren gekommen sein, dass der Spieler nicht mehr von der Beklagten vertreten werden möchte, wäre für sie ein Vertrag, mit dem sich die Beklagte lediglich verpflichtet, sich darum zu bemühen, dass der Spieler den erwünschten Erfolg herbeiführt, völlig wertlos. Nach der Interessenlage oblag es daher der Beklagten, das Risiko der Herbeiführung des vereinbarten Erfolgs zu tragen.

124

cc) Dass die Klägerin ursprünglich die Abgabe einer „Player's Guarantee“ wünschte, spricht nicht gegen die Übernahme originärer Leistungsverpflichtungen durch die Beklagte.

125

Zwar war in Ziffer 8 der geplanten „Player's Guarantee“ vorgesehen, dass sich der Spieler verpflichtet, die Pflichten, die durch die Beklagte sicherzustellen sind, auch tatsächlich zu erfüllen

... undertake to PUMA that, in so far as the Agreement imposes any obligation on the Company to ensure and/or procure that I do (or refrain from doing) any act or thing (including, without limitation, making promotional and media appearances), I will do (or refrain from doing) such act or thing in accordance with the terms of the Agreement.

126

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass auch die „Player's Guarantee“ davon spricht, dass der Sponsoring-Vertrag der Beklagten (eigene) Pflichten auferlegt („the Agreement imposes any obligation on the Company“). Für diese Pflichten der Beklagten war die „Player's Guarantee“ von Anfang an als Regelung bei einem Ausfall der „Image Rights Company“ wie der Beklagten vorgesehen. Dies ergibt sich aus Ziffer 7. der „Player's Guarantee“. Danach verpflichtete sich der Spieler, bei Wegfall des Sponsoring-Vertrags einen gleichlautenden Sponsoring-Vertrag direkt mit der Klägerin zu schließen.

127

Es kann in diesem Zusammenhang auch nicht außer Acht bleiben, dass die Beklagte nach dem Rechtevertrag die umfassende und alleinige Vollmacht zu Vertragsabschlüssen im Namen des Spielers hatte. Nach Ziffern 3.3 und 9 dieses Vertrags übertrug der Spieler der Beklagten u.a. ausschließlich und unwiderruflich alle notwendigen Rechte und Befugnisse einschließlich des Rechts auf Abschluss von Werbeverträgen oder der Einräumung von Nutzungsrechten. Damit konnte die Beklagte die Players Guarantee abschließen. Die Klägerin hatte der Beklagten am 14.08.2020 den finalen Entwurf des Sponsoring-Vertrags und der Player's Guarantee per E-Mail übermittelt (Anlage K 20). Die Player's Guarantee unterzeichnete die Beklagte aber trotz ihrer Bevollmächtigung hierzu nicht.

128

dd) Eine andere Beurteilung ist schließlich nicht aufgrund von Ziffer 10.2.4 des Sponsoring-Vertrags - wonach ein außerordentliches Kündigungsrecht der Klägerin bestand, wenn die Beklagte ihre Verpflichtungen aus den Ziffern 3.1, 3.2, 3.3, 4.1 bis 4.3, 6.3, 6.5, 6.8, 6.9, 7.1 bis 7.7 verletzte oder diese nicht rechtzeitig, bedingungslos und/oder vollständig erfüllte - veranlasst. Denn auch diese Regelung geht davon aus, dass die Beklagte in den aufgeführten Ziffern - u.a. den Ziffern 4.1 bis 4.3 - eigene Verpflichtungen übernommen hat, deren Verletzung eine außerordentliche Kündigung des Sponsoring-Vertrags ausdrücklich rechtfertigt. Dieses Kündigungsrecht schließt jedoch Schadensersatzansprüche nicht aus.

III.

129

Vor diesem Hintergrund ist der klägerische Schadensersatzanspruch in der geltend gemachten Höhe entstanden.

130

1. Das Landgericht führte aus, dass die Ziffer 6.10.1 des Sponsoring-Vertrags, wonach der Klägerin ein pauschalierter Schadensersatzanspruch (liquidated damages) zusteht, nicht wegen Verstoßes gegen §§ 305c, 307 BGB unwirksam sei. Gegen diese zutreffende Einschätzung wendet sich die Beklagte in ihrer Berufung nicht.

131

2. Es kann dahinstehen, ob Ziffer 7. des Sponsoring-Vertrags eine verschuldensunabhängige Garantiehafung der Beklagten für die Erfüllung der sich aus Ziff. 3 und 4 ergebenden Leistungspflichten enthält oder ob die Beklagte schuldhaft das Ergreifen aller erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen unterließ, den Spieler zur Erfüllung des Sponsoring-Vertrags zu bewegen. Denn jedenfalls muss sich die Beklagte das Verschulden des Spielers gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

132

a) Der Begriff der Verbindlichkeit i.S.v. § 278 BGB ist weit auszulegen. Erfasst sind alle Pflichten aus dem Sonderrechtsverhältnis, also Hauptebenso wie Nebenpflichten, Leistungebenso wie Schutz- und Obhutspflichten (Grundmann, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 278 BGB Rn. 21). Die unter Ziffer B.II.2. dargestellten Pflichten der Beklagten sind als derartige Verbindlichkeiten anzusehen.

133

b) Der Spieler ist Erfüllungsgehilfe der Beklagten i.S.v. § 278 BGB.

134

aa) Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verpflichtung als seine Hilfsperson tätig wird (BGH, Urteil vom 24.01.2019 - I ZR 160/17, NJW 2019, 1596, Rn. 48). Der Grund dafür, dass der Schuldner für das Verschulden eines Dritten einzustehen hat, liegt in der Erweiterung seines Geschäfts- und Risikobereichs; die Hilfsperson übernimmt eine Aufgabe, die im Verhältnis zum Gläubiger dem Schuldner selbst obliegt (BGH, Urteil vom 25.01.2017 - VIII ZR 249/15, NJW 2017, 2608, Rn. 43).

135

Der Schuldner braucht nicht zur Kontrolle und Überwachung der Hilfsperson in der Lage zu sein (BGH, Urteil vom 08.02.1974 - V ZR 21/72, BGHZ 62, 119-125, Rn. 21). Im Gegensatz zum Verrichtungsgehilfen i.S. von § 831 BGB kommt es auch nicht auf die Bindung an Weisungen des Schuldners an (BGH, NJW

2011, 139 Rn. 18). Anders als § 831 BGB ist § 278 BGB auf selbstständige Unternehmen, die der Schuldner einschaltet, anwendbar (Grundmann, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 278 BGB Rn. 45). Auch wenn das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Hilfsperson nichtig ist, ist § 278 BGB anwendbar (Grüneberg, in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 278 Rn. 7). Unerheblich ist, ob die Hilfsperson eine eigene Verbindlichkeit erfüllen will oder ob sie überhaupt weiß, dass sie durch ihre Tätigkeit eine Verpflichtung des Schuldners erfüllt (BGH, Urteil vom 21.04.1954 - VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111-115, Rn. 21).

136

Eine Partei kann sich auch zu einer Leistung verpflichten, die sie aus eigener Sachkunde nicht selbst erbringen kann. Sie muss sich dann zur Erfüllung nur eines sachkundigen Dritten bedienen. Dessen Eigenschaft als Gehilfe i.S. des § 278 BGB hängt nicht davon ab, ob der Schuldner auch selbst imstande wäre, die Leistung in eigener Person auszuführen, sondern nur davon, ob er zur Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners eingeschaltet worden ist (BGH, Urteil vom 14.05.2009 - III ZR 86/08, NJW-RR 2009, 1398 Rn. 29).

137

bb) Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Nach dem Sponsoring-Vertrag sollte der Spieler mit Willen der Beklagten die darin geregelten Leistungen, zu deren Erfüllung sich die Beklagte verpflichtete, erbringen. Der Spieler sollte somit in dieser „Dreieckskonstellation“ eine der Beklagten gegenüber der Klägerin aufgrund des Sponsoring-Vertrags obliegende Verbindlichkeit erfüllen, also mit dem Willen der Beklagten bei der Erfüllung ihrer Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig werden. Entsprechend wurde der Spieler von der Beklagten in der „Obligation of player“ detailliert angewiesen, die Pflichten des Sponsoring-Vertrags („upon Company request“) einzuhalten, damit sie selbst ihre Verpflichtungen aus dem Sponsoring-Vertrag erfüllen kann.

138

Dass die Beklagte nicht selbst in der Lage war, die Pflichten aus dem Sponsoring-Vertrag zu erfüllen, ist für die Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Spielers unerheblich. Maßgeblich ist lediglich, dass der Spieler zur Erfüllung der Verbindlichkeiten der Beklagten vorgesehen war. Insoweit ist die Situation des Spielers im Verhältnis zur Beklagten vergleichbar mit einem Preisrichter im Verhältnis zum auslobenden Wettbewerbsveranstalter (BGH, Urteil vom 23.09.1982 - III ZR 196/80, juris-Rn. 8), einem Parcourschef im Verhältnis zum Veranstalter eines Reit- und Springturniers (vgl. BGH, Urteil vom 23. 9. 2010 - III ZR 246/09, NJW 2011, 139, Rn. 18), einem Rennfahrer im Verhältnis zum Veranstalter (RG, Urteil vom 04.03.1930 - VII 397/29, RGZ 127, 313-316) oder einem Orchester im Verhältnis zu Konzertveranstalter (OLG München, Urteil vom 26.05.2004 - 7 U 3802/02, NJW-RR 2005, 616, juris-Rn. 36).

139

c) Der Spieler handelte zumindest fahrlässig. Er wusste um seine Pflichten aus dem Sponsoring-Vertrag. Mit Schreiben vom 17.08.2017 setzte ihn die Beklagte in der sogenannten „Obligation of player“ darüber in Kenntnis, welche Verpflichtungen er aufgrund des Sponsoring-Vertrags zukünftig zu erfüllen habe. Dennoch weigerte er sich, die Pflichten zu erfüllen. Am 12.06.2018 schloss der Fußballspieler einen Sponsoring-Vertrag mit A...(Sportartikelhersteller) und wirkt seit Juni 2018 bei Werbemaßnahmen dieses Sportartikelherstellers mit.

140

3. Das Landgericht hat zu Recht einen Verstoß gegen Treu und Glauben und eine Mitverursachung des Schadens durch die Klägerin verneint.

141

a) Zur behaupteten Kenntnis der Klägerin von der Kündigung des Rechtevertrags durch den Spieler vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer B.I.4.b) cc) Bezug genommen.

142

b) Das in Ziffer 3.2 des Sponsoring-Vertrags geregelte ausschließliche Recht der Klägerin, geistige Eigentumsrechte, insbesondere Marken, auf eigene Kosten für die Nutzung des Namens und/oder der persönlichen Eigenschaften des Spielers zu verteidigen, kann keinen Mitverschuldenseinwand begründen.

143

Zwar ist zutreffend, dass nach § 30 Abs. 3 S. 2 MarkenG der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz Klage wegen Verletzung einer Marke erheben kann, wenn der Inhaber der Marke nach förmlicher Aufforderung nicht selbst innerhalb einer angemessenen Frist Klage wegen Verletzung einer Marke erhoben hat.

144

Es ist jedoch weder dargetan noch ersichtlich, inwieweit die Klägerin im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft (vgl. OLG München, Urteil vom 05.02.2015 - 6 U 3249/14, GRUR 2015, 590, Rn. 39 - Adler im Kreis) geistige Eigentumsrechte - insbesondere Markenrechte - des Fußballers P...D...(Name) gegenüber dem Konkurrenten A...(Sportartikelhersteller) hätte geltend machen und dadurch die dem streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch zugrundeliegenden Verletzungshandlungen verhindern können. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die mit der Klage geltend gemachten 9 Pflichtverletzungen einen Zeitraum vor der öffentlichen Ankündigung von A...(Sportartikelhersteller) vom 12.08.2018, dass man den Fußballspieler D...(Name) unter Vertrag genommen habe, betreffen. Darüber hinaus ist nicht dargelegt, dass der in Ziffer 3.2 des Sponsoring-Vertrags geregelte Abwehranspruch gegenüber einem Markenverletzer eine Handhabe dafür bietet, den Spieler zur vollständigen Erfüllung des Sponsoring-Vertrags zu bringen. Schließlich ist es vor dem Hintergrund des § 23 Abs. 1 Nr. 1 MarkenG der Klägerin nicht möglich, dem Spieler die Verwendung seines eigenen Namens unter markenrechtlichen Gesichtspunkten zu untersagen.

145

4. Es ist nicht von einer Unmöglichkeit der Erbringung der während der Gesamtlaufzeit des Vertrages geschuldeten Leistungen auszugehen.

146

Die Erfüllung der Leistungspflicht ist zwar durch Zeitablauf - insbesondere in Bezug auf die im Vertrag konkret geregelten Veranstaltungen - und wegen derzeit mangelnder Mitwirkungsbereitschaft des Spielers nachträglich nicht mehr erbringbar (vgl. dazu nachfolgend unter Ziffer B.IV.2.b)). Denn bei Dauerschuldverhältnissen hat die Leistungspflicht des Sachleistungsschuldners in aller Regel den Charakter einer absoluten Fixschuld: Die Erfüllung ist zu jedem Zeitpunkt während der Vertragslaufzeit geschuldet und wird mit Ablauf jedes Zeitpunktes für diesen teilweise unmöglich (vgl. Riehm, in BeckOGK, 15.10.2020, § 275 BGB Rn. 103).

147

Es steht jedoch nicht fest, dass der Spieler nicht während der Restlaufzeit des Vertrages zur Mitwirkung bei der Erfüllung der vertraglichen Pflichten der Beklagten gezwungen werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Parteien übereinstimmend der Auffassung sind, dass die Kündigung durch den Spieler unwirksam ist.

148

5. Das Landgericht führte aus, dass eine Reduzierung des pauschalen Schadensersatzanspruchs nicht in Betracht komme. Gegen diese zutreffende Einschätzung wendet sie die Beklagte in ihrer Berufung nicht.

IV.

149

Die von der Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit einem Vergütungsanspruch in Höhe von 3.037.500,00 € führt nicht zum Erlöschen des Anspruchs auf pauschalierten Schadensersatz. Gleichmaßen kann die Beklagte dem klägerischen Schadensersatzanspruch weder die Einrede des nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB noch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB wegen eigener Vergütungsansprüche entgegenhalten.

150

1. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann (§ 387 BGB). Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung muss voll wirksam und fällig sein. Ihre Erfüllung muss erzwungen werden können (BGH, Urteil vom 19.05.2011 – IX ZR 222/08, NJW-RR 2011, 1142, Rn. 6).

151

Nach § 320 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB kann bei einem gegenseitigen Vertrag grundsätzlich jede Partei die ihr obliegende Leistung bis zur vollständigen und ordnungsmäßigen Bewirkung der - im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden - Gegenleistung seitens des anderen Teils verweigern. Die Gegenforderung des Schuldners, auf die er die Einrede des § 320 BGB stützt, muss dabei wirksam und fällig sein (Emmerich, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 320 BGB Rn. 33).

152

Nach § 273 Abs. 1 BGB kann der Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, in der Regel die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht). Auch für diese Einrede muss daher der vom Schuldner eingewendete Gegenanspruch wirksam entstanden und fällig sein (Krafka, in BeckOGK, 01.01.2021, § 273 BGB Rn. 60).

153

2. Die Aufrechnungserklärung und die Erhebung der Einreden nach §§ 320, 273 BGB scheitern im vorliegenden Fall daran, dass - wie die Auslegung des Sponsoring-Vertrags ergibt - die Vergütungsansprüche der Beklagten in Höhe von insgesamt 3.037.500,00 € - die sich aus einem Retainer in Höhe von 1.687.500,00 € und einem „Signing Bonus“ in Höhe von 1.350.000,00 € zusammensetzen - weder bestehen noch fällig sind.

154

a) Der streitgegenständliche Sponsoring-Vertrag ist ein so genannter verkehrstypischer Vertrag (vgl. BGH, Urteil vom 17.06.1992 - XII ZR 253/90, NJW 1992, 2690, juris-Rn. 8), auf welchen die Grundsätze des allgemeinen Schuldrechts anzuwenden sind (vgl. Nesemann, NJW 2007, 2083). Bei diesem Vertrag besteht eine synallagmatische Verknüpfung zwischen den Ansprüchen der Klägerin auf Erfüllung der Vertragspflichten der Beklagten und den mit Rechnung vom 20.08.2017 geltend gemachten Vergütungsansprüchen der Beklagten in Bezug auf den Retainer und den „Signing Bonus“. Denn es handelt sich um die in einem Austauschverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten der Parteien aus dem Sponsoring-Vertrag, die - auch wegen der jeweiligen besonderen Bedeutung für die Parteien - in einem Austausch- oder Gegenseitigkeitsverhältnis stehen sollten. Dies hat zur Folge, dass der in der Rechnung vom 20.08.2017 geltend gemachte Vergütungsanspruch der Beklagten im Zeitpunkt der Erklärung der Aufrechnung und der Erhebung der Einreden bereits nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen und wegen völliger Unbrauchbarkeit auf Null gemindert war.

155

aa) Die in dem Sponsoring-Vertrag geregelten Pflichten der Beklagten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des Spielers sind, soweit sie in der Vergangenheit liegen, unmöglich geworden, weil sie nicht nachholbar sind (vgl. auch die Ausführungen unter Ziffer B.III.4.).

156

Bei Dauerschuldverhältnissen hat die Leistungspflicht des Sachleistungsschuldners in aller Regel den Charakter einer absoluten Fixschuld. Die Erfüllung ist zu jedem Zeitpunkt während der Vertragslaufzeit geschuldet und wird mit Ablauf jedes Zeitpunktes für diesen teilweise unmöglich. Etwas anderes gilt nur, wenn die geschuldete Leistung nachholbar ist (Riehm, in BeckOGK, 01.04.2021, § 275 BGB Rn. 105). Das Vorliegen eines absoluten Fixgeschäfts wird beispielsweise bei Arbeitsverträgen angenommen, sofern dem Arbeitnehmer seine Arbeitszeit so strikt vorgegeben ist, dass eine spätere Nachholung der Tätigkeit ausgeschlossen erscheint (Ernst, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 275 BGB Rn. 52; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.05.1990 - IX ZR 208/89, NJW 1990, 2549, juris-Rn. 7; BAG, Urteil vom 14.12.2017 - 2 AZR 86/17, BAGE 161, 198, Rn. 31).

157

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen eines absoluten Fixgeschäfts gegeben. Im Sponsoring-Vertrag waren konkrete, terminbezogene Veranstaltungen aufgeführt, zu denen der Spieler die Produkte der Klägerin tragen und entsprechend bewerben sollte. Daher führt allein der Umstand, dass der Spieler die PUMA-Produkte während dieser in der Vergangenheit liegenden Veranstaltung weder trug noch bewarb, zur Unmöglichkeit während des abgelaufenen Zeitabschnitts. Eine spätere Nachholung der geschuldeten Leistungen scheidet aus. Zum einen ist eine Wiederholung des abgelaufenen Events - beispielsweise eines konkreten Fußballspiels - nicht möglich. Zum anderen fehlt es - auch aufgrund der Unmöglichkeit, im kommerzialisierten und öffentlichkeitsgeprägten Spitzenfußball dauerhaft sportliche Höchstleistungen zu

erbringen (vgl. BAG, Urteil vom 16.01.2018 - 7 AZR 312/16, NJW 2018, 1992, Rn. 18) - an der Vergleichbarkeit der höchstpersönlichen Leistungen des Spielers zu unterschiedlichen Zeitpunkten.

158

Aufgrund dessen erlosch der in der Rechnung vom 20.08.2017 geltend gemachte Vergütungsanspruch der Beklagten mit Ablauf des Jahres 2017. Denn wegen der synallagmatischen Verknüpfung entfällt bei einer Unmöglichkeit der Pflichten der Beklagten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des Spielers nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB die entsprechende anteilige Pflicht der Klägerin zur Zahlung der Vergütung (vgl. BAG, NJW 2016, 1608 Rn. 25). Da sich die Nichterfüllung des Sponsoring-Vertrags durch die Beklagte über das gesamte Jahr 2017 erstreckte, wurde die Klägerin im Zeitpunkt der Erhebung der Einrede nach §§ 273, 323 BGB von der Gegenleistungspflicht - der Zahlung des Retainers und des „Signing-Bonus“ für das Jahr 2017 - frei.

159

Da die Erklärung der Hilfsaufrechnung und die Erhebung der Einrede erst nach Erhebung der Klage vom 23.02.2018 erfolgten, bestand für das Jahr 2017 kein Vergütungsanspruch mehr.

160

bb) Darüber hinaus war der geltend gemachte Vergütungsanspruch der Beklagten für das Jahr 2017 (ausnahmsweise) wegen völliger Unbrauchbarkeit auf Null gemindert.

161

Auch bei einem Dienstvertrag kann der Anspruch auf Vergütung ausnahmsweise entfallen, wenn die erbrachten Dienste infolge einer vom Dienstverpflichteten zu vertretenden Schlechtleistung für den Dienstberechtigten ohne Interesse sind (Baumgärtner, in BeckOK BGB, 55. Ed. 01.08.2020, § 611 Rn. 54).

162

Zwar kann, da das Dienstvertragsrecht keine Gewährleistungsregeln kennt, der Vergütungsanspruch bei einer unzureichenden oder pflichtwidrigen Leistung grundsätzlich nicht gekürzt werden oder in Fortfall geraten (BGH, Urteil vom 13.09.2018 - III ZR 294/16, NJW 2018, 3513, Rn. 16). Bei einer schuldhaften Fehlleistung des Dienstverpflichteten hat der Dienstherr jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB. Ist die (fehlerhafte) Leistung für den Dienstempfänger ohne Interesse und völlig unbrauchbar, besteht der (Mindest-)Schaden unmittelbar darin, dass er für eine im Ergebnis unbrauchbare Leistung eine Vergütung zahlen soll. In diesem Fall ist der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet (BGH, a.a.O. Rn. 17; OLG Köln, Urteil vom 24.11.1993 - 27 U 44/93, juris-Rn. 6; OLG Köln, Urteil vom 12.02.2020 - 5 U 43/18, juris-Rn. 9; OLG München, Urteil vom 12.06.1997 - 1 U 1704/97, juris-Rn. 3).

163

Nach einem anderen Begründungsansatz braucht der Dienstberechtigte für von dem Dienstverpflichteten vertretbar nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete und nicht nachholbare Dienste gemäß §§ 614, 320, 326 Abs. 1 BGB die Vergütung nicht zu zahlen (BGH NJW 2006, 1276 Rn. 18). Der Dienstberechtigte kann die Zahlung der Vergütung insbesondere dann verweigern, wenn die Dienstleistung so mangelhaft ist, dass sie für den Dienstberechtigten im Grunde wertlos ist, so dass das Verhalten des Dienstverpflichteten der Sache nach mit einer Leistungsverweigerung vergleichbar ist (Emmerich, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 320 BGB Rn. 14).

164

Im vorliegenden Fall waren die Leistungen der Beklagten für die Klagepartei ohne Interesse und völlig unbrauchbar. Aufgrund der vorangegangenen Kündigung des Rechtevertrags durch den Spieler konnte die Beklagte ihre vertraglich geschuldeten Leistungen - soweit diese mit einer Tätigkeit des Spielers zusammen hängen - überhaupt nicht erbringen. Die Leistung war daher nicht nur mangelhaft, sondern für die Klägerin völlig wertlos. Sie hat daher entweder einen - unmittelbar auf die Befreiung von der Vergütungspflicht gerichteten - Schadensersatzanspruch oder muss die Vergütung gemäß §§ 614, 320, 326 Abs. 1 BGB nicht zahlen.

165

b) Schließlich waren die Vergütungsansprüche - ihr wirksames Entstehen und ihr fehlendes Erlöschen unterstellt - noch nicht fällig.

166

aa) Der „Signing Bonus“ war entgegen seines Wortlauts im vorliegenden Fall noch nicht fällig.

167

Der „Signing Bonus“ ist - wie die Auslegung des Sponsoring-Vertrags ergibt - erst dann fällig, wenn die Beklagte - unter Verwendung des Spielers als Erfüllungsgehilfen - zumindest ansatzweise ihren Vertragspflichten nachgekommen ist. Dies ergibt sich daraus, dass der „Signing Bonus“ (lediglich) in der Tabelle in Ziffer 2. des Annexes 2 zum Sponsoring-Vertrag unter Ziffer 2.2.7. geregelt ist. Er steht damit unter der Überschrift „Bonus Payments“. „Bonus Payments“ sind aber gemäß der Definition in Ziffer 1.1. des Sponsoring-Vertrags die Beträge, die von der Klägerin an die Beklagte - abhängig von den eingetretenen Veranstaltungen oder den Erfolgen des Spielers aufgelistet in Ziffer 2. des Annexes 2 - zu zahlen sind. Gleiches ergibt sich aus Ziffer 5.3, wonach die „Bonus Payments“ zu zahlen sind, sofern die Veranstaltungen stattfinden und der Spieler die PUMA-Produkte trägt.

168

Zwar spricht der Wortlaut - „Signing Bonus“ lässt sich mit Unterschriftenbonus übersetzen - dafür, dass die Fälligkeit direkt nach Leistung der Unterschriften unter den Sponsoring-Vertrag eintreten sollte, da das auslösende „event“ für das Verdienen des „Signing Bonus“ die beidseitige Unterzeichnung des Sponsoring-Vertrages war.

169

Es existieren jedoch sich direkt aus dem Sponsoring-Vertrag ergebende Umstände - insbesondere dessen Systematik sowie Sinn und Zweck - aus denen der Senat den Schluss zieht, dass der „Signing Bonus“ von den Vertragsparteien als Teil der „Bonus Payments“ angesehen wurde und daher davon abhängig ist, dass die Klägerin in die (abstrakte) Lage versetzt wird, von dem Spieler in irgendeiner Art und Weise zu profitieren. Dies bedeutet nicht, dass der „Signing Bonus“ erst nach Ablauf der Vertragslaufzeit ausbezahlt werden könnte. Seine Fälligkeit setzt lediglich voraus, dass das grundsätzliche Funktionieren des unterzeichneten Vertrags in Gang gesetzt und für die Klagepartei die Möglichkeit eingeräumt wurde, von dem Vertrag zu profitieren.

170

Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall nicht gegeben. Der Spieler hatte bereits am 08.08.2017 den Rechtevertrag mit der Beklagten außerordentlich gekündigt, was der Beklagten bereits vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags bekannt war, und die Produkte der Klägerin nicht einmal getragen oder entsprechend beworben. Am 12.06.2018 schloss der Spieler einen Sponsoring-Vertrag mit A...(Sportartikelhersteller) und wirkt seit Juni 2018 bei Werbemaßnahmen dieses Sportartikelherstellers mit.

171

bb) Auch der Retainer war zum vereinbarten Fälligkeitstermin nicht fällig, da zu diesem Zeitpunkt bereits feststand, dass PUMA von dem Spieler nicht würde profitieren können.

172

Gemäß der Definition in Ziffer 1.1. des Sponsoring-Vertrags ist der Retainer der jährliche Betrag, der von der Klägerin an die Beklagte gemäß Ziffer 5. des Sponsoring-Vertrags und Ziffer 1. des 2. Annex zum Sponsoring-Vertrag zu zahlen ist. Die Höhe des Retainers ist in Ziffer 1. des Annexes 2 zum Sponsoring-Vertrag geregelt und u.a. davon abhängig, ob der Spieler im Kader der ersten Mannschaft eines bestimmten Fußballvereins (vgl. die Definitionen „Tier 1 Club“ bis „Tier 6 Club“ in Ziffer 1. des Sponsoring-Vertrags) spielt (Ziffer 1.1), ob der Spieler an einen anderen Club ausgeliehen wird (Ziffer 1.2) oder der Spieler die Champions League oder Europa League erreicht (Ziffer 1.3). Der Retainer ist nach Ziffer 1.4 aufzuteilen in Verwertungsrechte (50%), Sponsoring-Leistungen (40%) und persönliche Dienstleistungen (10%). Diesem Gefüge der Regelungen ist zu entnehmen, dass nach dem Willen der Vertragsparteien die Pflicht zur Zahlung des Retainers davon abhängen sollte, dass die Beklagte noch die „Rechte“ an dem Spieler innehat und die Klagepartei somit von dem Spieler „profitiert“. Anderenfalls würde weder die Ausgestaltung der Höhe des Retainers in Abhängigkeit von der Spielklasse des Spielers noch der ausdrückliche Hinweis, dass der Retainer neben den Verwertungsrechten auch Sponsoring-Leistungen und persönliche Dienstleistungen der Beklagten abdecken sollte, einen Sinn ergeben.

173

Im ersten Vertragsjahr sollte die erste Rate in Höhe von 45% des jährlichen Retainers zum 20.08.2017 fällig sein, wenn mindestens 30 Tage vorher eine Rechnungsstellung erfolgte (Ziffer 5.3a des Sponsoring-Vertrags). Vorliegend versandte die Beklagte die Rechnung vom 20.08.2017 per E-Mail am 18.08.2017, weshalb Fälligkeit frühestens am Montag, den 18.09.2017 (vgl. § 193 BGB), eintrat.

174

In diesem Zusammenhang ist auch die Vorschrift des § 614 BGB zu berücksichtigen. Danach ist die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten. Daraus ergibt sich grundsätzlich eine Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten.

175

Im vorliegenden Fall war im Zeitpunkt der Fälligkeit der ersten Rate des Retainers offensichtlich, dass der Spieler seinen Vertragspflichten in keinem Fall nachkommen würde. Bereits am 19. und 26.08.2017, 01., 06., 09., 12. und 17.09.2017 hatte er nur „geschwärzte“ Schuhe und nicht die Schuhe der Klägerin getragen (Anlage K 5). Der Rechtevertrag mit der Beklagten war durch den Spieler am 08.08.2017 gekündigt worden, was die Beklagte der Klägerin nicht mitgeteilt hatte. Damit stand im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Sponsoring-Vertrags bereits fest, dass die Beklagte nicht die „Rechte“ an dem Spieler innehatte und die Klagepartei von dem Spieler nicht würde „profitieren“ können und im Jahr 2017 auch nicht „profitierte“.

176

cc) Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass nach Ziffer 5.2a und 5.2b des Sponsoring-Vertrages die Wirksamkeit einer von der Beklagten gestellten Rechnung voraussetzt, dass sie der Klägerin unter der E-Mail-Adresse f...@puma.com zugeht. Die einheitlich über die erste Rate des Retainers und den Signing-Bonus erstellte Rechnung der Beklagten war auch mangels dieser Voraussetzung nicht geeignet, die Fälligkeit der Forderungen herbeizuführen.

3. Die Beklagte ist im Hinblick auf den zur Aufrechnung gestellten bzw. mit der Einrede der §§ 320, 273 BGB geltend gemachten Vergütungsanspruch aufgrund der vorliegenden Sonderumstände des Einzelfalls nicht deshalb anders zu stellen, weil die Klägerin mit der Klage einen Teil des im Sponsoring-Vertrag geregelten pauschalierten Schadensersatzes begehrt.

177

a) Zwar besteht zwischen dem pauschalierten Schadensersatzanspruch der Klägerin und den Vergütungsansprüchen der Beklagten eine synallagmatische Verknüpfung. Denn der Schadensersatzanspruch ist an die Stelle des ursprünglichen Leistungsbegehrens - welches in einem Austauschverhältnis zu den Vergütungsansprüchen der Beklagten steht - getreten.

aa) § 320 BGB gilt für Sekundärpflichten, die aus der Verletzung einer gegenseitigen Leistungspflicht folgen; die Gegenseitigkeit setzt sich bei ihnen fort (Schwarze, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2020, § 320 Rn. 16). Dies gilt insbesondere für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. 281 ff., 311a Abs. 2 BGB, der bei der Schadensberechnung nach der Surrogationsmethode an die Stelle des fortgefallenen Leistungsanspruchs in das reale Synallagma eintritt (Schwarze, a.a.O., Vorbemerkung zu §§ 320 BGB Rn. 22).

178

bb) Ziffer 6.10 des Sponsoring-Vertrages ist im vorliegenden Fall dahingehend auszulegen, dass sie keine Vertragsstrafenklausel, sondern die Regelung eines pauschalierten Schadensersatzes im Sinne eines Schadensersatzes statt der Leistung enthält.

179

(1) Eine Vertragsstrafenregelung im Sinne der §§ 339 ff. BGB ist dann anzunehmen, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung sichern und auf den Vertragspartner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, die übernommenen Pflichten einzuhalten. Hingegen liegt eine Abrede über die Schadenspauschalierung dann vor, wenn die Vereinbarung der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Schadensersatzanspruchs dienen soll und sich die Höhe des pauschalierten Ersatzes an dem geschätzten Ausmaß des typischerweise entstehenden Schadens orientiert (OLG München, Urteil vom 06.04.2005 - 7 U 1573/05, juris-Rn. 27; OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.07.2013 - 6 U 51/12 (Kart), juris-Rn. 40).

180

Für die Abgrenzung von Vertragsstrafe und Schadenspauschale ist nicht allein die von den Parteien gewählte oder nicht gewählte Bezeichnung maßgeblich. Es gehört zu den anerkannten Grundsätzen für die Auslegung einer Individualvereinbarung, dass zwar der Wortlaut einer Vereinbarung den Ausgangspunkt der Auslegung bildet, dass jedoch der übereinstimmende Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.08.2007 - I-10 U 6/07, juris-Rn. 11).

181

(2) Im vorliegenden Fall sieht zwar Absatz 2 von Ziffer 6.10.1 des Sponsoring-Vertrags vor, dass die Klägerin im Fall einer Vertragsverletzung der Beklagten eine schriftliche Mitteilung zur Abhilfe dieser Verletzung binnen einer bestimmten Frist übersendet. Der Schadensersatz soll daher die Beklagte (auch) dazu anhalten, die übernommenen Pflichten aus dem Vertrag zu erfüllen.

182

Dennoch bestand die Zielsetzung der Regelung Ziffer 6.10 des Sponsoring-Vertrages primär in der Sicherung des Vermögenswerts der zu erbringenden Werbeleistung und in einer vereinfachten Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Klägerin. Dies zeigt sich auch in der der Beklagten eingeräumten Möglichkeit nachzuweisen, dass kein oder ein geringerer Schaden als der Pauschalbetrag, der übereinstimmend als faire und vernünftige Bezifferung des echten geschätzten Schadens bezeichnet ist, eingetreten ist.

183

cc) Aus dem Gesamtgefüge des Sponsoring-Vertrags ergibt sich, dass dieser pauschalierte Schadensersatz (liquidated damages) in einem synallagmatischen Verhältnis zum Vergütungsanspruch der Beklagten steht.

184

(1) In diesem Zusammenhang ist der Sinn und Zweck des vereinbarten pauschalierten Schadensersatzes zu berücksichtigen. Dieser ist unter anderem darin zu sehen, dass eine nachvollziehbare Möglichkeit der Schadensberechnung in einer Konstellation wie der folgenden in einem Rückgriff auf den von den Parteien im Vertrag festgelegten Marktwert der von der Beklagten geschuldeten Leistungen besteht. Der durch die Nichterfüllung eines Teils der geschuldeten Werbeleistung entstandene Erfüllungsschaden ist identisch mit dem von den Parteien hierfür veranschlagten Preis, also einem entsprechenden Prozentsatz des Retainers. Die vertraglich geregelte Pauschalierung des Schadensersatzes führt somit zu einem - nach der Bewertung der Parteien - gerechten Interessensausgleich, da dem Vergütungsanspruch der Beklagten ein Recht der Klägerin gegenübergestellt wird, aufgrund dessen ihr ein prozentual an die Höhe des Retainers geknüpfter Schadensanspruch für jede einzelne Vertragsverletzung und für jede nicht erbrachte Teilleistung zugestanden wird.

185

Infolge der Schwierigkeit des Nachweises und der Bezifferung des durch eine einzelne Vertragsverletzung hervorgerufenen Schadens erfolgt die Schadensberechnung - zumindest bis zum Erreichen des Betrags, der dem vollständigen Vergütungsanspruch der Beklagten entspricht - über eine mittelbare prozentuale Minderung des Anspruchs der Beklagten auf die Gegenleistung, die von den Parteien mit 8% des Retainers für jeden Fall der Vertragsverletzung festgelegt wurde. Ein Zweck des pauschalierten Schadensersatzes besteht daher darin, in einem bestimmten Umfang - nämlich im ersten Vertragsjahr bis zu einem Betrag von 3,75 Mio. € - eine konkrete Reduzierung des zu zahlenden Retainers für jeden Vertragsverstoß als von den Parteien als angemessen angesehene Bemessungsgrundlage zu quantifizieren.

186

Der Senat verkennt nicht, dass aus Sicht der Klagepartei der „Werbewert“ des Spielers nicht der vertraglich vereinbarten Vergütung entspricht. Denn wenn alle Gewinne einschließlich Imagezuwachs durch die Vergütung getilgt wären, würde die Klägerin durch den Sponsoring-Vertrag keinen Vorteil erwirtschaften. Zum einen ist jedoch der pauschalierte Schadensersatzanspruch nicht durch den zu zahlenden Retainer „gedeckt“, weshalb es der Klagepartei freisteht, mehr Vertragsverletzungen und damit einen darüber hinausgehenden vertraglichen Schadensersatz geltend zu machen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Klagepartei neben den bezifferten pauschalierten Schadensersatzansprüchen die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen weiteren Schaden zu ersetzen, der der Klägerin aufgrund der Nichterfüllung und aufgrund von Vertragsverletzungen des Sponsoring-Vertrags

entstanden ist und noch entstehen wird. Die Klägerin begründet diesen Feststellungsantrag damit, dass ihr ein Schaden - insbesondere ein Imageschaden - entstanden sei, der über die Vertragsverletzungen der Beklagten hinausgehe. Auch über diesen Anspruch - der über die auf konkrete Vertragsverletzungen bezogenen pauschalierten Schadensersatzansprüche hinausgeht - können die von der Klägerin befürchteten unbilligen Ergebnisse vermieden werden.

187

Der von den Parteien vereinbarte pauschalierte Schadensersatz hat vor diesem Hintergrund eine Mischfunktion. Er soll zum einen zu einer Reduzierung des Vergütungsanspruchs der Beklagten für jeden Fall der Vertragspflichtverletzung führen. Und zum anderen soll damit - zumindest teilweise - der der Klägerin entstehende Schaden abgegolten werden, der über die Pflicht zur Zahlung der Vergütung hinausgeht, wie beispielsweise einen Imageschaden (vgl. auch die Ausführungen unter B.IV.3.b) bb)(1)).

188

(2) Außerdem ist im Rahmen der Auslegung zu sehen, dass sich der streitgegenständliche Schadensersatzanspruch ausschließlich auf Vertragspflichtverletzungen der Beklagten bezieht. Er ersetzt damit den vertraglichen Hauptleistungsanspruch in Bezug auf die Pflichtverletzung, für die Schadensersatz begehrt wird. Dies ergibt sich aus Ziffer 6.10.1 des Sponsoring-Vertrags, die folgende Klausel enthält:

„For each violation of an obligation [...] Company shall pay PUMA liquidated damages of eight per cent (8%) of the full Retainer which would otherwise be payable in respect of the Contract Year in which the violation occurred [...]“ Zwar heißt es in Ziffer 6.10.6 des Sponsoring-Vertrags:

189

The claiming of liquidated damages by PUMA shall not affect the obligations of Company under this Agreement [...] Diese weiterhin bestehenden Pflichten der Beklagten trotz Schadensersatzbegehrens durch die Klägerin beziehen sich jedoch denknotwendig nicht auf vergangene Vertragsverletzungen, bei denen der Spieler die Produkte der Klägerin weder getragen noch entsprechend beworben hat. Hinsichtlich der konkreten - in der Vergangenheit liegenden - Vertragspflichtverletzungen, für die Schadensersatz geltend gemacht wird, tritt der Schadensersatz an die Stelle der ursprünglichen Hauptleistung (vgl. § 281 Abs. 4 BGB).

190

Gleiches gilt in Bezug auf Ziffer 6.10. 7 lit. c des Sponsoring-Vertrags, wo vereinbart ist:

... the payment of liquidated damages shall not relieve the Company from any other liability or obligation under this Agreement.

191

b) Aufgrund der im vorliegenden Fall bestehenden Sonderumstände führt die Geltendmachung des pauschalierten Schadensersatzes jedoch nicht dazu, dass die Beklagte (derzeit) so gestellt wird, dass sie diesem Anspruch ihre - dazu im Synallagma stehenden - Vergütungsansprüche entgegensetzen kann.

192

aa) Folgender Rechtsrahmen ist für den Senat streitentscheidend.

193

Ausgangspunkt ist zum einen die Überlegung, dass es problematisch erscheint, wenn eine Vertragspartei die Zahlung der sich aus dem Vertrag ergebenden Vergütung verweigert, aber gleichzeitig die Zahlung des - an die Stelle der ursprünglichen Hauptleistung getretenen - Schadensersatz begehrt. Insbesondere wenn der im Vertrag geregelte Schadensersatz die - grundsätzlich fortbestehende - Verpflichtung der Vertragspartei zur Zahlung der Vergütung kompensieren soll, besteht die Gefahr dass der Geschädigte an dem Schadensfall verdient, was dem Verbot widerspräche, sich durch Schadensersatz zu bereichern (vgl. BGH, Urteil vom 03.12.2013 - VI ZR 24/13, NJW 2014, 535, Rn. 11). Nach dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot soll der Geschädigte nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde (BGH, Urteil vom 04.04.2014 - V ZR 275/12, NJW 2015, 468, Rn. 20).

194

Zum anderen ist die Vorschrift des § 320 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach der Schuldner nach einer Teilleistung des Gläubigers die Gegenleistung verweigern darf, wenn dies nach den Umständen, insbesondere wegen der verhältnismäßigen Geringfügigkeit des rückständigen Teils, nicht gegen Treu und

Glauben verstößt. Maßgebend sind dafür die Umstände des Einzelfalles. Die verhältnismäßige Geringfügigkeit des noch ausstehenden Restes, auf die das Gesetz in § 320 Abs. 2 BGB besonders abstellt, ist nur ein Umstand unter anderen, die im Einzelfall ausschlaggebend sein können. Daneben können von Fall zu Fall die unterschiedlichsten weiteren Gesichtspunkte Bedeutung erlangen. Hervorzuheben sind die Bedeutung der noch offenen Leistung des „Gläubigers“ für den Schuldner, das Durchsetzungsinteresse des Schuldners hinsichtlich der noch offenen Teilleistung, die Schwere des vertragswidrigen Verhaltens des anderen Teils, die Dauer der Rückstände, die Verschlechterung der Beziehungen zwischen den Parteien, vergebliche Mahnungen seitens des Schuldners hinsichtlich der noch offenen Teilleistung sowie eine etwaige Sicherheitsleistung hinsichtlich der noch offenen Teilleistung. Die Gerichte haben in der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes bei Teilleistungen berechtigt ist, ein weites Ermessen (Emmerich, in MUKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 320 BGB Rn. 56).

195

Schließlich ist zu beachten, dass die gegen § 242 BGB verstoßende Ausübung einer formalen Rechtsstellung als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig ist. Treu und Glauben bilden eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Welche Anforderungen sich im konkreten Fall aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entscheiden. Es ist allerdings anerkannt, dass eine unzulässige Rechtsausübung unter anderem dann vorliegen kann, wenn sich ein Berechtigter auf eine formale Rechtsposition beruft, die er durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erlangt hat (BGH, NJW 2018, 1756 Rn. 20; BGH, NJW 2019, 3638 Rn. 24). Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung einer hierdurch erlangten Rechtsstellung. Lässt sich ein zielgerichtet treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalles entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, NJW 2016, 3158 Rn. 40). Auch ein Zurückbehaltungsrecht darf nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden (BGH, Urteil vom 26.09.2013 - VII ZR 2/13, NJW 2014, 55, Rn. 69).

196

bb) Unter Berücksichtigung dieses Rechtsrahmens sieht der Senat im vorliegenden Fall die Voraussetzungen, wonach die Klägerin trotz „Teilleistung“ durch die Beklagte (durch Zahlung des mit der Klage geltend gemachten Teilschadensersatzes) die Gegenleistung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ohne Verstoß gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot insgesamt verweigern kann, als gegeben an.

197

(1) Dabei ist zum einen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin mit der streitgegenständlichen offenen Teilklage nur einen Bruchteil der ihr nach den vertraglichen Regelungen zustehenden Schadensersatzansprüche geltend macht. Denn sie verlangt pauschalierten Schadensersatz „lediglich“ wegen neun Vertragspflichtverletzungen durch die Beklagte. Es ist jedoch eine deutlich höhere Anzahl von Vertragsverstößen innerhalb eines Jahres zu erwarten. Nach dem plausiblen Beklagtenvortrag (Bl. 555 d.A.) handelt es sich vermutlich allein um die 50 Auftritte des Spielers in sogenannten Pflichtspielen in Liga, Pokal, Europapokal (vgl. auch die in den Anlagen K 5, K 7 und K 8 dokumentierten Vertragsverstöße). Dazu kommen noch unzählige Trainingseinheiten, sonstige Events und Auftritte in den sozialen Medien (vgl. Anlage K 10), die der Senat ebenfalls auf 50 schätzt.

198

Das Schadensersatzverlangen für neun Vertragsverstöße macht daher weniger als 10 Prozent der tatsächlich für das erste Vertragsjahr bestehenden Schadensersatzansprüche aus. Vor diesem Hintergrund besteht ein derart großes Missverhältnis zwischen der geschuldeten und der - im Wege der an die Stelle der Leistung getretenen Schadensersatzzahlung fingierten - erbrachten Leistung der Beklagten, dass es nicht gerechtfertigt erscheint, die durch Schadensersatzzahlung in Höhe von ca. 10 Prozent als erbracht geltende Leistung der Beklagten als Erfüllung des Vertrags insgesamt anzusehen. Der Senat lässt aber offen, ob (und ab welchem Betrag) dieses Ergebnis anders ausfiele, wenn die Klägerin einen deutlich höheren Schadensersatzbetrag begehren würde.

199

Hinsichtlich des der Klagepartei nach den Vereinbarungen im Sponsoring-Vertrag zustehenden Gesamtschadensersatzes ist zu beachten, dass es nach den Regelungen in Ziffer 6.10.1 bereits im Vertrag angelegt ist, dass der geltend gemachte Schadensersatzbetrag den Anspruch der Beklagten auf die vereinbarte Vergütung übersteigen kann. Denn eine Deckelung des sich nach einem Pauschalbetrag für jeden Fall der Pflichtverletzung berechnenden Schadensersatzes sieht der Vertrag nicht vor. Da die Parteien diese Situation sehenden Auges vereinbarten, muss der Senat bei der Auslegung des Sponsoring-Vertrags unterstellen, dass der Schadensersatz nicht nur das Nichterbringen der Leistung als solches, sondern auch einen darüber hinausgehenden Imageschaden abgelten sollte, zumal die Beklagte in Ziffer 4.1. des Sponsoring-Vertrags anerkennt und akzeptiert, dass der Spieler als Teil der Puma-Marketing-Strategie gilt (vgl. auch die Ausführungen unter Ziffer B.IV.3.a) cc)(1)).

200

(2) Zum anderen ist in die Gesamtwürdigung einzustellen, dass die Klägerin auf die in der Rechnung vom 20.08.2017 geltend gemachten die Vergütungsansprüche der Beklagten von insgesamt 3.037.500,00 € am 01.12.2017 einen Betrag in Höhe von 150.000,00 €, mithin 1/9 des vereinbarten Signing-Bonus - zahlte. Dies stellt ca. 5% des in der Rechnung enthaltenen Vergütungsanspruchs der Beklagten dar. Darüber hinaus bot die Klägerin die Zahlung der darüber hinausgehenden vertraglich vereinbarten Vergütung auf ein Treuhandkonto an. Vor dem Hintergrund dieser Teilerfüllung durch die Klagepartei in Bezug auf die ihr obliegende Pflicht zur Zahlung der Vergütung und der Bereitschaft zur Einzahlung auf ein Treuhandkonto schätzt der Senat die eigene Vertragstreue der Klägerin als in der Größenordnung ungefähr gleichartig wie das Verlangen auf Schadensersatz statt der Leistung.

201

(3) Außerdem ist der besonders grobe und seit Vertragsbeginn anhaltende Vertragsverstoß der Beklagten trotz mehrerer Aufforderungen zur Leistung durch die Klagepartei zu berücksichtigen. Dabei ist in die Gesamtwürdigung einzustellen, dass der - für beide Vertragsparteien erkennbare - Zweck des Sponsoring-Vertrags auch darin bestand, dass durch die Bewerbung der klägerischen Produkte durch den Spieler der Absatz dieser Produkte sowie das gute Image von PUMA gesteigert werden sollte. Denn die Klägerin plante unstreitig die Markteinführung einer D D...(Name des Spielers)-Kollektion als eigene „Signature-Collection“ und eine Werbekampagne unter Mitwirkung des Spielers ab August 2017. Mit den Attributen des Spielers wurden daher - auch unter Beauftragung externer Marketingagenturen - Produkte entwickelt, Video- und Fotoaufnahmen angefertigt, Präsentationen, Poster, etc. entworfen und Pressemitteilungen verfasst. Der Spieler sollte insgesamt als Markenbotschafter für die Klägerin fungieren. Erst durch diese damit verbundene Steigerung des Renommees und des Produktabsatzes entsteht gerichtsbekannt der Mehrwert für den Sponsor. Dieser Zweck wurde - auch wenn die Beklagte aufgrund der an die Stelle der Leistung tretenden Schadensersatzverpflichtung vorliegend so gestellt wird, als sei sie in insgesamt neun Fällen ihren Vertragspflichten nachgekommen - in keinster Weise erfüllt.

202

In diesem Zusammenhang ist in Bezug auf die Auswirkungen der Vertragsverletzungen der Beklagten für die Klägerin zu berücksichtigen, dass sich diese nicht in dem Wegfall einer (bloßen) Werbemöglichkeit erschöpfen, sondern darüber hinaus einen erheblichen Nachteil gegenüber den Wettbewerbern darstellen, die einen solchen Top-Sportler als Werbeträger unter Vertrag haben. Diesen Nachteil könnte die Klägerin selbst dann nicht ausgleichen, wenn sie keine Vergütungszahlungen an die Beklagte erbringen müsste, weil sie - zumindest kurzfristig - keinen adäquaten Ersatz für den Spieler gewinnen kann.

203

(4) Schließlich sprechen gewichtige Umstände für ein treuwidriges Verhalten der Beklagten:

204

Zum einen war der Beklagten bereits vor Abschluss des Sponsoring-Vertrags die außerordentliche fristlose Kündigung vom 08.08.2017 des Rechtevertrags durch den Fußballspieler zugegangen. In diesem Wissen schloss sie - ohne die Klägerin über die Kündigung zu informieren - am 16./17.08.2017 den Sponsoring-Vertrag mit der Klägerin, in welchem sie die Pflichten des Spielers als eigene Pflichten übernahm. Die Klägerin konnte daher keine - auf einer Aufklärung durch die Beklagte beruhenden - informierte Entscheidung in Bezug auf den Vertragsschluss treffen, während die Beklagte sich sehenden Auges in eine Situation begeben hat, die Schadensersatzansprüche nach sich zieht.

205

Zum anderen forderte die Beklagte trotz Kenntnis von der Kündigung durch den Spieler mit Rechnung vom 20.08.2017, die bereits am 18.08.2017 - also nur einen Tag nach Abschluss des Sponsoring-Vertrags vom 16./17.08.2017 - per E-Mail versandt wurde, die Klägerin zur Zahlung von insgesamt 3.037.500,00 € auf. Dieser zeitliche Ablauf in Verbindung mit dem von der Beklagten bewusst eingegangenen Risiko spricht für die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben, zumal der Sponsoring-Vertrag entgegen des ursprünglichen Wunsches der Klägerin ohne eine parallele Player's Guarantee von P...D...(Name) abgeschlossen und der von der Klägerin übersandte Entwurf der Player's Guarantee nicht unterzeichnet wurde, obwohl die Beklagte nach dem Rechtevertrag die umfassende und alleinige Vollmacht zu Vertragsabschlüssen im Namen des Spielers hatte und daher die Player's Guarantee hätte abschließen können.

206

(5) Aufgrund dieser Umstände ist vorliegend einerseits die Gefahr, dass die Klägerin als Geschädigte an dem Schadensfall verdient - was dem Verbot widerspräche, sich durch Schadensersatz zu bereichern - weitgehend ausgeräumt. Eine „Überkompensation“, bei welcher die Klägerin besser stünde als bei einem vollständigen Leistungsaustausch, ist nicht ersichtlich. Es liegen andererseits Gesichtspunkte vor, aufgrund welcher die Klägerin nach Treu und Glauben die Gegenleistung trotz erfolgter Teilleistung verweigern kann.

V.

207

Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet.

208

1. Die begehrte Feststellung, dass der zwischen den Parteien geschlossene Sponsoring-Vertrag vom 17.08.2017 weder durch die Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018, noch durch andere Beendigungsgründe beendet wurde, bezieht sich auf ein Rechtsverhältnis i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO.

209

Ein Rechtsverhältnis wird durch die aus einem konkreten Lebenssachverhalt entstandenen Rechtsbeziehungen von Personen zu Personen oder Sachen gebildet. Einzelne Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, deren Vorliegen allein zu keinen bestimmten Rechtsfolgen führt, stellen hingegen kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis dar (BGH, Urteil vom 19.11.2014 - VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873, Rn. 23). Dabei kann die Wirksamkeit einer Kündigungserklärung - anders als im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozess nach § 4 KSchG - nicht Gegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO sein, weil es sich hierbei lediglich um eine Vorfrage über den Bestand eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses handelt. Begehrt daher ein Kläger lediglich isoliert die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung, wird ein derartiger Klageantrag in der Regel dahin auszulegen sein, dass der Fortbestand des Vertragsverhältnisses festgestellt werden soll (BGH, Urteil vom 01.08.2017 - XI ZR 469/16, NJW-RR 2017, 1260, Rn. 13).

210

Vor diesem Hintergrund kann im vorliegenden Fall bei dem zwischen den Parteien bestehenden Streit wegen der Kündigung des Sponsoring-Vertrags im Rahmen einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO nur deren (Fort-) Bestand zum Gegenstand der begehrten Feststellung gemacht werden, nicht aber die Wirksamkeit der Kündigung, die bloße Vorfrage hierzu ist. Der seinem Wortlaut nach auf die Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018 oder anderer Beendigungsgründe beschränkte Feststellungsantrag ist daher dahingehend auszulegen, dass die Klägerin in Wirklichkeit die Feststellung begehrt, dass der Sponsoring-Vertrag nicht beendet ist (vgl. BGH, Urteil vom 02.05.1991 - I ZR 184/89, GRUR 1992, 112, juris-Rn. 20 - pulp - wash).

211

2. Das Feststellungsbegehren ist auch begründet.

212

a) Der Sponsoring-Vertrag vom 17.08.2017 wurde weder durch die Kündigung der Beklagten vom 09.08.2018 noch durch andere Beendigungstatbestände beendet.

213

aa) In dem Sponsoring-Vertrag war eine Mindest-Vertragslaufzeit von knapp 10 Jahren (Ziffer 9.1) bei Ausschluss der ordentlichen Kündigung (Ziffer 10.1) vereinbart. Eine Kündigung ist daher nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich.

214

bb) Die Kündigung des Sponsoring-Vertrags kann nicht auf Ziffer 10.3 des Sponsoring-Vertrags, der einen wichtigen Grund für die Kündigung durch die Beklagte regelt, gestützt werden.

215

Diese Klausel lautet wie folgt:

„An important cause shall exist for Company if and only if PUMA unjustifiably fails to make a Retainer and/or Bonus Payment to Company within 4 (four) weeks of receiving an invoice and a corresponding reminder. For the purpose of this termination right, any reductions of Retainers and/or Bonus Payments by Puma or set-offs of these payments against liquidated damages shall be considered legitimate, so far as they are not made in bad faith and well-founded reasons are given.“

216

Die Voraussetzungen dieser Klausel liegen nicht vor. Denn von einem ungerechtfertigten Unterlassen der Zahlung des Retainers oder Signingbonus durch die Klagepartei kann im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Vielmehr war, wie bereits ausgeführt, der Vergütungsanspruch der Beklagten weder entstanden noch fällig (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziffer B.IV.2.).

217

In diesem Zusammenhang ist auch Satz 2 von Ziffer 10.3 des Sponsoring-Vertrags zu beachten. Danach gilt für den Zweck des Kündigungsrechts der Beklagten eine Kürzung des Retainers und/oder von Bonuszahlungen oder die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen durch die Klägerin als legitim, sofern dies nicht in böser Absicht erfolgt und nachvollziehbare Gründe dafür gegeben sind.

218

Darüber befand sich die Klägerin mangels Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 BGB nicht in Zahlungsverzug, da die Beklagte ihren Vergütungsanspruch nach der am 18.08.2017 per E-Mail versandten Rechnung vom 20.08.2017 und der nicht als Mahnung, sondern als Sachstandsanfrage zu qualifizierenden Erinnerungs-E-Mail vom 30.08.2017 (Anlage B 11) bis zur Kündigungserklärung vom 09.08.2018 nicht in verzugsbegründender Weise geltend machte.

219

cc) Ein Grund zur Kündigung ergibt sich auch nicht aus § 314 BGB.

220

(1) Es fehlt an einem wichtigen Grund i.S.v § 314 Abs. 1 BGB.

221

Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nicht zugemutet werden kann. Dies ist im Allgemeinen nur dann anzunehmen, wenn die Gründe, auf die die Kündigung gestützt wird, im Risikobereich des Kündigungsgegners liegen. Wird der Kündigungsgrund hingegen aus Vorgängen hergeleitet, die dem Einfluss des Kündigungsgegners entzogen sind und aus der eigenen Interessensphäre des Kündigenden herrühren, rechtfertigt dies nur in Ausnahmefällen die fristlose Kündigung (BGH, Urteil vom 07.03. 2013 - III ZR 231/12, NJW 2013, 2021, Rn. 17).

222

Indem die Beklagte den Sponsoring-Vertrag abschloss, ohne die Klägerin von der Kündigung des Rechtevertrags durch den Spieler zu informieren, setzte sie die Ursache für die Gefährdung der künftigen vertrauensvollen Zusammenarbeit der Parteien. Vor diesem Hintergrund liegt kein Ausnahmefall vor, der die fristlose Kündigung durch die Beklagte rechtfertigen würde. Dass die Klägerin ankündigte, für Vertragsverletzungen Schadensersatz geltend zu machen, war nur die Konsequenz der Pflichtverletzungen durch die Beklagte und setzte keine eigenständige vertragswidrige Ursache für die Gefährdung der Grundlage einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen den Parteien; vielmehr ist die Klägerin - wie

sie auch in der mündlichen Verhandlung gegenüber dem Senat versicherte - nach wie vor an einer Umsetzung des Vertrages und einer Zusammenarbeit mit der Beklagten interessiert.

223

(2) Darüber hinaus fehlt es an einer Abmahnung nach § 314 Abs. 2 BGB, ohne dass diese entbehrlich wäre.

224

(3) Schließlich ist die Kündigungserklärung auch gemäß § 314 Abs. 3 BGB verfristet. Die Beklagte erlangte bereits durch Schreiben der Klägerin vom 10.11.2017 (Anlage K 6), 12.01.2018 (Anlage K 11) und 30.01.2018 (Anlage K 13) von den Gründen, auf die sie ihre Kündigung stützt, Kenntnis. Die Kündigungserklärung vom 09.08.2018 erfolgte somit nicht mehr innerhalb angemessener Frist.

225

dd) Der Beklagten steht schließlich kein Kündigungsrecht gemäß § 313 Abs. 3 S. 2 BGB zu.

226

Gemäß § 313 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 BGB kann ein Dauerschuldverhältnis gekündigt werden, wenn sich die Umstände, die Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben, die Parteien deshalb den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten und das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zumutbar ist. Dabei muss die Auflösung (oder Anpassung) eines Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen unabweislich erscheinen. Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage ist grundsätzlich kein Raum, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen sollen (BGH, Urteil vom 09.03.2010 - VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874, Rn. 24).

227

Die Kündigungserklärung des Spielers war im vorliegenden Fall bei Vertragsabschluss bereits erklärt und der Beklagten bekannt. Eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse ist daher zu verneinen, vielmehr verwirklichte sich das bereits bei Vertragsabschluss der Beklagten bekannte und dennoch übernommene Risiko vertraglicher Pflichtverletzungen. Dass die Klägerin von ihren vertraglichen Rechten Gebrauch macht, stellt keinen neuen Umstand dar, da die Grundlage für diese Ansprüche bereits mit Vertragsabschluss gelegt war und die Beklagte vertraglich das Risiko der Entstehung dieser Ansprüche übernommen hatte.

228

b) Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin der dieser möglicherweise entstehenden weiteren Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der Nichterfüllung und aufgrund von Vertragsverletzungen des Sponsoring-Vertrags entstanden sind und noch entstehen werden. Dabei kommen grundsätzlich neben vertraglich vereinbarten Ansprüchen auf Zahlung weiterer Schadensersatzpauschalen auch gesetzliche Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280, 249, 252 BGB im Zusammenhang mit den der Klägerin entstandenen Entwicklungskosten der D...(Name des Spielers)-Kollektion und dem entgangenen Gewinn, der der Klägerin durch die Nichterzielung des Ertrags durch den Verkauf der speziell auf die Werbung mit dem Spieler zugeschnittenen persönlichen Kollektion in Betracht.

VI.

229

Die Berufung ist jedoch begründet hinsichtlich des Ausspruchs der Zinshöhe für die außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten. Nach § 288 Abs. 2 BGB beträgt der Zinssatz lediglich für Entgeltforderungen 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Entgeltforderungen liegen dann vor, wenn es um die Zahlung eines Entgelts als Gegenleistung für die Lieferungen von Gütern oder die Erbringung von Dienstleistungen geht. Nicht einbezogen sind somit vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten, die als Verzugsschaden oder aus anderweitigem vertraglichem oder deliktischem Schadensersatzanspruch verlangt werden. Die Klägerin hat daher insoweit nur Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten.

C.

230

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

231

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit erfasst dabei nicht den feststellenden Teil der erstinstanzlichen Entscheidung, da aus einem Feststellungsurteil eine Vollstreckung nicht vor Rechtskraft in Frage kommt (OLG München, Beschluss vom 10.01.2017 - 34 Wx 436/16, juris-Rn. 27).

232

Der Senat sieht keinen Anlass für eine Zulassung der Revision. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch gebietet die Fortbildung des Rechts eine Zulassung der Revision. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deswegen das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, das heißt allgemein von Bedeutung ist (BGH Beschluss vom 25.08.2020 - VIII ZR 59/20, juris-Rn. 10). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, der die Auslegung eines konkreten Vertrags zugrundeliegt. Ein darüber hinausgehender abstrakt genereller Klärungsbedarf ist nicht ersichtlich. Die der tatrichterlichen Würdigung des Senats zugrunde liegenden Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt.

233

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 45 Abs. 3, 47, 48 GKG, 3 ZPO bestimmt. Dabei entfallen 2.700.000,00 € auf den bezifferten Klageantrag Ziffer I., der gleiche Betrag auf die Hilfsaufrechnung der Beklagten und 200.000,00 € auf das Feststellungsbegehren.