

BUNDESGERICHTSHOF²⁰⁰⁹ 038

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 31/67

URTEIL

Verkündet am

12. März 1969

Werner,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Zigarettenfabrik R h [REDACTED] GmbH,
An [REDACTED], Br [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Ulrich B [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. Nirk -

gegen

den Kaufmann Wilhelm G r [REDACTED],
Mö [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1969 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Januar 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Zigarettenfabrik, der Beklagte einen Zigarette Großhandel.

Im Sommer 1964 begann die Klägerin mit einer Aktion zur Einführung ihrer neuen Zigarette "E [REDACTED]". Diese Aktion sollte für die Dauer eines Jahres zeitlich nacheinander in verschiedenen Vertretergebieten in der Weise durchgeführt werden, daß die Großhändler des jeweiligen Gebietes für den Bezug im ersten Monat einen Naturalrabatt in Höhe von 10 bis 20 % der bestellten Zigaretten erhielten. Diese

Vergünstigung sollte die Großhändler dazu veranlassen, sich für die Einführung der neuen Zigarettenmarke einzusetzen, und gleichzeitig als Ausgleich für die damit verbundenen Mühen und Aufwendungen dienen. Die Verwendung der Gratislieferungen war den Großhändlern freigestellt; sie konnten die Zigaretten entgeltlich veräußern oder ganz oder teilweise an Einzelhändler als Zugabe überlassen. Nach Meinung der Klägerin ist es jedoch nach den in der Zigarettenindustrie geltenden Handelsbräuchen unzulässig, wenn Großhändler Zigaretten, für die sie Einführungsrabatte erhalten haben, außerhalb der Einführungskampagne veräußern und in solche Gebiete einschleusen, in denen die Einführung bereits abgeschlossen ist.

Normalerweise ist die Großhandelsspanne so bemessen, daß ein Handel der Großhändler untereinander wegen der dabei anfallenden Transportkosten und Umsatzsteuern wirtschaftlich unstreitig uninteressant erscheint. Im vorliegenden Fall ermöglichte die nach Behauptung des Beklagten außergewöhnliche Höhe der Einführungsrabatte in Verbindung mit der abschnittswisen Durchführung der Aktion auch eine gewinnbringende Durchführung derartiger Geschäfte. Demgemäß bezog der Beklagte nicht nur während der Einführungsaktion in seinem Gebiet, etwa im Juli 1964, erhebliche Zigarettenmengen von der Klägerin. Vielmehr verschaffte er sich in der Folgezeit von solchen Großhändlern, in deren Gebiet die Einführungsaktion noch lief, weitere beträchtliche Mengen an Zigaretten, die er infolge der gewährten Einführungsrabatte preisgünstig erwerben konnte. Diese lieferte er größtenteils an andere Großhändler in Gebiete, in denen die Einführungsaktion der Klägerin bereits abgeschlossen war, und zwar unter entsprechender Weitergabe der Preisvorteile.



Im Frühjahr 1965 versuchte die Klägerin, den Beklagten zur Einstellung der vorstehend geschilderten Geschäfte zu bewegen. Anfang Mai beantragte sie eine einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten untersagt werden sollte, mit Einführungsrabatt ausgelieferte Zigaretten der Marke "E [REDACTED]" von Kunden der Klägerin zu Preisen zu beziehen, die unter den Großhandelsfestpreisen lägen, bzw. sich Rabatte in Form von Mehrlieferungen gewähren zu lassen. In diesem Verfahren verpflichtete sich der Beklagte vergleichsweise, Zigaretten der genannten Marke als Großhändler künftig nur noch von der Klägerin zu beziehen.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen des geschilderten Verhaltens des Beklagten geltend. Sie legt dem Beklagten Vertragsverletzungen und unerlaubte Handlungen zur Last. Dem Beklagten sei, so hat sie behauptet, bekannt gewesen und auch erklärt worden, daß Einführungsrabatte branchenüblich nur für die Einführung der Marke im jeweiligen Bezirk gewährt worden seien. Dementsprechend seien er und die anderen Großhändler, die der Beklagte zum Vertragsbruch verleitet habe, vertraglich gebunden gewesen. Auch habe sich der Beklagte Rabattmengen durch Verschweigen des wahren Sachverhalts und insbesondere durch Tarnungsmaßnahmen erschlichen, indem er zahlreiche andere Großhändler jeweils nur zum Bezug von Zigarettenmengen in solchen Größenordnungen veranlaßt habe, daß bei ihr, der Klägerin, kein Argwohn habe aufkommen können. Soweit ihr überhöhte Bestellungen aufgefallen seien, habe sie die betreffenden Großhändler von der Gewährung von Einführungsrabatten ausgeschlossen. Weil die Einführungsrabatte nicht zur Werbung im jeweiligen Einführungsgebiet verwendet worden seien, weil ferner durch die

Praktiken des Beklagten ein falsches Bild über die Absatzmöglichkeiten der neuen Marke entstanden und die notwendige Disposition gestört worden sei und weil schließlich Großhändler wegen der günstigen Bezugsmöglichkeit beim Beklagten die neue Marke nicht bei ihr zum normalen Preis nachbestellt hätten, seien ihr erhebliche Schäden entstanden.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat bestritten, daß zwischen der Klägerin und ihm oder anderen Großhändlern irgendwelche bestimmte Abmachungen über Bezugs- oder Absatzbeschränkungen hinsichtlich der mit Einführungsrabatten gelieferten Zigaretten getroffen worden seien. Eine derartige Vertriebsbindung sei im übrigen mangels Schriftform kartellrechtlich unwirksam. In Ermangelung wirksamer Abmachungen habe er lediglich in zulässiger Weise eine Gewinnmöglichkeit genutzt, welche die Klägerin durch die außergewöhnlich hohen, branchenunüblichen Rabatte selbst eröffnet habe. Zahlreiche Großhändler hätten ihm von sich aus ohne seine Veranlassung verbilligte Zigaretten angeboten. Im übrigen sei der Klägerin kein Schaden entstanden, da infolge seiner Initiative auch mehr Zigaretten zum Normalpreis abgesetzt worden seien und die Klägerin nicht beweisen könne, daß sie die zugegebene Gratiemenge zusätzlich zu ihren übrigen Lieferungen zum Normalpreis verkauft haben würde.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil vertragliche Bindungen nicht bestanden hätten und im übrigen mangels Schriftform unwirksam gewesen seien. Daher könne auch nicht der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens erhoben werden. Schließlich sei auch die Entstehung eines Schadens nicht ersichtlich.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihren Schadensersatzanspruch wie folgt substantiiert: Ohne die Täuschungshandlungen des Beklagten hätte sie die von ihm bezogenen Zigaretten nicht mit Einführungsrabatt geliefert. Der Schadensberechnung werde eine Menge von 9.366.400 Zigaretten zugrunde gelegt, die an die im Auskunftsantrag genannten Großhändler geliefert und an den Beklagten weiterveräußert worden seien. 20 % davon, also 1.873.280 Zigaretten, seien zu Unrecht unberechnet geliefert worden, was einschließlich Banderolensteuer einem Wert von 130.800 DM entspreche. Unter Berücksichtigung der vom Beklagten bezahlten und demgemäß von ihr, der Klägerin, ersparten Transporte in die Absatzgebiete ergebe sich ein Schadensbetrag von 128.992 DM, von dem sie einen Teilbetrag, der einer Schadensmenge von 1 Million Zigaretten entspreche, geltend mache.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen,

1. an die Klägerin 69.836 DM nebst 5 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen,
2. Auskunft zu erteilen darüber, welche Mengen von Zigaretten der Marke "E[REDACTED]" er (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von unberechneten Mehrlieferungen) unter dem normalen Abgabepreis der Klägerin von Dritten bezogen habe in der Zeit vom 1. November 1964 bis 7. Mai 1965, zu welchen Preisen, zu welchen Lieferzeitpunkten,

und an wen er diese mit erheblichem Rabatt erhaltenen Lieferungen an andere Großhändler oder Detaillisten in Gebieten, in denen die Einführungsaktion schon abgeschlossen gewesen sei, weitergeliefert habe, unter besonderer Berücksichtigung der von den Firmen Franz Fe[REDACTED] KG, R[REDACTED], Andreas Fe[REDACTED], R[REDACTED], Johann L[REDACTED], Ei[REDACTED]/S[REDACTED], Gebr. En[REDACTED], Si[REDACTED], Kurt C[REDACTED], Mü[REDACTED], Willy Th[REDACTED], Sie[REDACTED] bei J[REDACTED], Hans H[REDACTED], A[REDACTED], erhaltenen Lieferungen von durch den Einführungs-
rabatt der Klägerin verbilligten Zigaretten der Marke "E[REDACTED]".

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht führt zunächst aus, daß der mit der Klage verfolgte Schadensersatzanspruch nicht aus unmittelbaren Vertragsbeziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten hergeleitet werden könne. Diese Würdigung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

In unmittelbare vertragliche Beziehungen zur Klägerin ist der Beklagte - abgesehen von späteren Verhandlungen und der Vergleichsvereinbarung - nur bei der Bestellung derjenigen Zigaretten getreten, die er direkt von der Klägerin bezogen hat. Ob er dabei - wie die Re-

vision meint - stillschweigend oder kraft Handelsbrauchs oder gelegentlich seines Einführungsgesprächs mit dem Vertreter G [REDACTED] der Klägerin bestimmte Verpflichtungen bezüglich der Verwendung dieser Zigaretten übernommen hat, braucht in diesem Zusammenhang nicht erörtert zu werden. Denn weder der Schadensersatz- noch der Auskunftsantrag werden darauf gestützt, daß der Beklagte diese Zigaretten vertrags- oder wettbewerbswidrig außerhalb seines üblichen Abnehmerkreises in Gebieten mit bereits abgeschlossener Einführungsaktion abgesetzt habe. Insoweit machtauch die Revision nicht geltend, daß das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin verkannt oder schlüssiges Vorbringen der Klägerin übergangen habe.

Die Klage wendet sich - wie das Berufungsgericht zu Eingang seines Urteils klarstellt - dagegen, daß der Beklagte Zigaretten, die von der Klägerin im Rahmen ihrer Einführungsaktion an andere Großhändler mit dem höchsten Einführungsrabatt von 20 % geliefert worden sind, von diesen Großhändlern übernommen und sodann an Großhändler in Gebiete mit bereits abgeschlossener Einführungsaktion unter teilweiser Weitergabe des Rabattes weiter geliefert hat. Bei diesen Geschäften ist der Beklagte nach der rechtsirrtumsfreien Würdigung des Berufungsgerichts nicht in unmittelbare Vertragsbeziehungen zu der Klägerin getreten. Die Klägerin macht - wie das Berufungsgericht hervorhebt - auch selbst nicht geltend, daß der Beklagte insoweit vertraglich übernommenen Verpflichtungen zuwider gehandelt hat. Eine vertragliche Vereinbarung des Inhalts, mit Einführungsrabatten ausgelieferte Zigaretten allein von der Klägerin zu beziehen oder anderwärts beschaffte Zigaretten dieser Art nicht außerhalb des jeweils vorgesehenen Einführungsgebiets abzusetzen, läßt sich insbesondere auch

nicht aus dem von der Klägerin unter Beweis gestellten Einführungsgespräch des Beklagten mit dem Vertreter Grohnert herleiten. Denn dieses Gespräch könnte lediglich für den Inhalt der bereits erwähnten Lieferverträge bedeutsam sein, die sich auf die bei der Klägerin unmittelbar bestellten Zigaretten bezogen.

2. Einen Teil des geltend gemachten Schadensersatzantrages hat die Klägerin darauf gestützt, daß der Beklagte gelegentlich späterer Verhandlungen Verpflichtungen übernommen und diesen dadurch zuwidergehandelt habe, daß er noch 1.200 Stangen Zigaretten von der Firma Th[REDACTED] bezogen habe. Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht im letzten Teil des angefochtenen Urteils auch insoweit eine zum Schadensersatz verpflichtende Vertragsverletzung verneint hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen indessen insoweit einen Rechts- oder Verfahrensverstoß nicht erkennen. Insbesondere greift die von der Revision erhobene Rüge nicht durch, zu diesen Verhandlungen habe der Zeuge G[REDACTED] vernommen werden müssen. Denn die Revision vermag selbst nicht darzutun, daß die Klägerin in der Berufungsinstanz einen von der Würdigung des Berufungsgerichts abweichenden schlüssigen Sachvortrag unter Beweis gestellt habe.

II. 1. Das Berufungsgericht untersucht sodann, ob der Beklagte durch unlauteres Zusammenwirken mit vertragsbrüchigen Großhändlern gegen § 1 UWG verstoßen habe. Nach den insoweit zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts würde dieser Vorwurf voraussetzen, daß die den Beklagten beliefernden Großhändler ihrerseits vertraglich verpflichtet waren, Zigaretten, die sie unter Inanspruchnahme von Einführungsrabatten von der Klägerin bezogen hatten,

lediglich in dem jeweils vorgesehenen Einführungsgebiet abzusetzen und nicht zum Vertrieb in Gebiete mit abgeschlossener Einführung weiterzuveräußern. Nach Meinung des Berufungsgerichtes folgt eine derartige vertragliche Absatzbeschränkung weder aus ausdrücklichen Absprachen, noch stillschweigend aus den Umständen, noch aus etwaigen, in der Zigarettenbranche bestehenden Handelsbräuchen. Diese Würdigung wird von der Revision zu Recht angegriffen.

2. Zwischen den Großhändlern und der sie beliefernden Klägerin entstanden durch Bestellung der neuen Zigaretten-corte vertragliche Beziehungen, deren Inhalt gemäß § 157 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte auszulegen ist. Dem hat das Berufungsgericht bei seinen bisherigen Erwägungen nicht genügend Rechnung getragen.

Für die Würdigung des Berufungsgerichtes könnte zwar zunächst die allgemeine Erwägung sprechen, daß bei Absatzbeschränkungen, welche den Bewegungsspielraum eines Händlers begrenzen, namentlich dann klare und unmißverständliche Vereinbarungen erwartet werden müssen, wenn das Geschäft den Umständen nach geeignet ist, auch außerhalb der vom Lieferanten erwünschten Begrenzungen abgewickelt zu werden. Der Umstand, daß die Klägerin nach ihrer eigenen Darstellung die strittige Absatzbeschränkung nicht ausdrücklich mit den von ihr belieferten Großhändlern vereinbart hat, kann daher gegebenenfalls ein Mitverschulden für die Entstehung eines etwaigen Schadens begründen. Er schließt aber nicht etwa aus, daß gleichwohl eine derartige Absatzbeschränkung je nach Lage des Falles stillschweigend zum Vertragsinhalt werden kann. Das hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat bei seinen Erwägungen aber nicht genügend berücksichtigt, daß Vereinbarungen im wirtschaftlichen

Verkehr einen Austausch von Leistung und Gegenleistung bezwecken und daß der Inhalt der Vertragspflichten nach Treu und Glauben vor allem auch durch den mit dem Vertrag erstrebten und beiderseits erkennbaren Zweck bestimmt wird. Im Streitfall wollte die Klägerin den Großhändlern nicht lediglich besonders hohe Gewinne durch Einräumung günstiger Einkaufsmöglichkeiten zukommen lassen. Vielmehr dienten die Gratiszigaretten als Gegenleistung dafür, daß die Großhändler sich für die Einführung der neuen Zigarettenmarke einsetzen sollten. Dabei haben - wie das Berufungsgericht unterstellt - ebenso wie der Beklagte so auch alle anderen Großhändler erkannt, daß es dem Wunsch der Klägerin entsprach, die mit Einführungsrabatten gelieferten Zigaretten nicht in Gebiete weiter zu liefern, in denen die Einführungsaktion bereits abgeschlossen und die neue Marke demgemäß schon bekannter und leichter absetzbar war. Bei dieser Sachlage aber spricht viel dafür, daß diejenigen Großhändler, welche Einführungsrabatte in Anspruch nahmen, sich durch diese Inanspruchnahme stillschweigend bereit erklärten, die bestellten Zigaretten bestimmungsgemäß zu verwenden.

Nach Meinung des Berufungsgerichtes soll dieser Annahme bereits der Umstand entgegenstehen, daß die Klägerin den Großhändlern keinerlei Vorschriften über die Verwendung der Gratiszigaretten und über zeitliche oder örtliche Beschränkungen auferlegt habe. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Annahme einer aus dem Vertragszweck folgenden stillschweigenden Verpflichtung wird durch das Fehlen ausdrücklicher Einzelabreden nicht ausgeschlossen. Aus dem Umstand, daß die Großhändler die Gratiszigaretten beliebig zum Normalpreis oder unter Gewährung von Vergünstigungen an Einzelhändler abgeben

durften, läßt sich zudem noch nichts dafür herleiten, daß sie diese Zigaretten darüber hinaus bestimmungswidrig in Gebiete mit abgeschlossener Einführungsaktion weiterleiten und sich auf diese Weise der erwarteten Gegenleistung entziehen durften. Erst recht steht der Annahme einer stillschweigend vereinbarten Absatzbeschränkung nicht entgegen, daß die Klägerin Naturalrabatte in der Größenordnung angeboten hat, welche die natürliche Begrenzung des Absatzgebietes durch die Höhe der Transportkosten gegenstandslos machte. Denn eine aus dem Vertragszweck folgende Verpflichtung wird nicht dadurch hinfällig, daß als Entgelt für diese Verpflichtung eine besonders hohe Gegenleistung gewährt wird.

2. Auf die Feststellung stillschweigend vereinbarter Vertragspflichten käme es dann nicht an, wenn den Lieferverträgen ein in der Zigarettenindustrie herrschender "Handelsbrauch" des Inhalts zu Grunde gelegen hätte, daß Zigaretten, die unter Gewährung von Naturalrabatten im Rahmen einer Einführungsaktion geliefert werden, nicht in Gebieten vertrieben werden dürfen, in denen die Einführung bereits abgeschlossen ist (§ 346 HGB). Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob sich tatsächlich ein solcher Brauch durch eine unter Zustimmung der Beteiligten über einen gewissen Zeitraum hinweg betätigte Übung gebildet hat oder ob von derartigen Geschäften bislang nur deshalb abgesehen worden ist, weil sie sich bei Gewährung von Einführungsrabatten in üblicher Höhe wirtschaftlich nicht lohnten. In dem angefochtenen Urteil wird das Bestehen eines solchen Handelsbrauchs ausdrücklich unterstellt, wobei in der Revisionsinstanz davon auszugehen ist, daß seine Entstehung zumindest in der mündlichen Verhandlung ausreichend substantiiert worden ist.

Nach Meinung des Berufungsgerichtes soll dieser Handelsbrauch im Streitfall deshalb unerheblich sein, weil sich die Einführungsaktion der Klägerin sowohl durch die Staffelung des Rabatts nach der Höhe der Bestellungen wie auch durch die absolute Höhe des Rabatts von 20 % von allen anderen Einführungsaktionen unterschieden habe. Dadurch habe die Klägerin selbst einen besonderen Anreiz dazu gegeben, daß der einzelne Großhändler sich um den Absatz der neuen Zigarette auch außerhalb seines normalen Abnehmerkreises bemüht habe. Deshalb habe die möglicherweise bestehende Usance bei der Einführungsaktion der Klägerin nicht beachtet zu werden brauchen.

Diese Ausführungen werden von der Revision zu Recht beanstandet. Die Erwägungen des Berufungsgerichtes mögen für die Frage eines etwaigen Mitverschuldens der Klägerin von Bedeutung sein, namentlich dann, wenn eine als ungewöhnlich anzusehende Staffelung der Naturalrabatte bis zu 20 % Großhändler dazu verleitet haben sollte, überhöhte Mengen zu bestellen, deren Absatz im vorgesehenen Einführungsgebiet auf Schwierigkeiten gestoßen wäre. Einen solchen Sachverhalt behauptet aber der Beklagte selbst nicht. Vielmehr wird ihm zur Last gelegt, daß er in Zusammenwirken mit anderen Großhändlern von vorneherein darauf ausgegangen ist, sich verbilligte Zigaretten zu dem Zweck zu beschaffen, sie bestimmungswidrig in Gebieten zu vertreiben, in denen die Einführungsaktion der Klägerin bereits beendet und der Markt möglicherweise schon besser erschlossen war. Wenn aber der vom Berufungsgericht unterstellte Handelsbrauch tatsächlich besteht, dann kann seine Anwendung nicht von der Höhe der gewährten Rabatte abhängen. Denn es ist nichts dafür ersichtlich, daß sich ein Kaufmann über einen bestehenden Handelsbrauch deshalb hinwegsetzen dürfte, weil

ihm als Gegenleistung für die aus diesem Brauch erwachsenden Verpflichtungen besonders vorteilhafte Bedingungen eingeräumt wurden.

3. Nach alledem reichen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus, um einen Wettbewerbsverstoß bereits deshalb zu verneinen, weil zwischen der Klägerin und den Großhändlern keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen worden seien. Ist kraft Handelsbrauchs oder infolge stillschweigender Vereinbarung eine vertragliche Verpflichtung des erörterten Inhalts zustande gekommen, dann wird allerdings weiter zu prüfen sein, ob der Wirksamkeit dieser Verpflichtung kartellrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Da derjenige Zivilsenat, an den der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung unter Anwendung des § 565 Abs. 1 S. 2 ZPO zurückverwiesen wird, zugleich als Kartellsenat zuständig ist, kann diese Vorfrage in ein und demselben Verfahren mitentschieden werden.

III. Das Berufungsgericht hat schließlich noch untersucht, ob der Beklagte unter sonstigen Gesichtspunkten eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung (§§ 1 UWG, 826 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB) begangen haben könnte. Ihm ist darin beizutreten, daß ein derartiger Vorwurf nach den bisherigen Feststellungen dann entfällt, wenn weder eine vertragliche Bindung der Großhändler zustande gekommen sein noch der von der Klägerin behauptete Handelsbrauch bestehen sollte. Denn wenn sich weder auf Grund der in der Zigarettenindustrie herrschenden Handelsbräuche noch unter Berücksichtigung von Treu und Glauben eine vertragliche Absatzbeschränkung feststellen läßt, dann sind bislang auch keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine zum Schadensersatz verpflichtende unlautere

und schuldhafte Handlung des Beklagten ersichtlich. Wenn nämlich ein zu beachtender Handelsbrauch nicht besteht und auch aus der Zweckbestimmung der sog. Einführungs-
rabatte eine stillschweigend begründete vertragliche Absatzbindung nicht zu entnehmen ist, dann handelte der Beklagte nicht schon deshalb schuldhaft, weil er seinerseits die mit dem Einführungssystem verbundenen besonderen Gewinnmöglichkeiten ausnutzte, ohne sich an die von der Klägerin erwünschte Absatzordnung zu halten. Vielmehr konnte er sich grundsätzlich davon leiten lassen, daß in einer am Gewinnstreben orientierten Wirtschaftsordnung die Verfolgung eigener Interessen nicht schon dadurch unlauter wird, daß sie für einen anderen unerwünscht oder gar schädlich ist, zumal nach Lage des Falles keine Belange der Allgemeinheit, sondern im wesentlichen nur spezielle Interessen der Klägerin auf dem Spiele standen. Das Berufungsgericht wird allerdings gegebenenfalls zu prüfen haben, ob nicht eine andere Beurteilung dann geboten sein könnte, wenn eine vertragliche Absatzbindung zwar tatsächlich erfolgt ist, aber lediglich wegen Nichtbeachtung etwaiger kartellrechtlicher Formerfordernisse unwirksam sein sollte.

IV. Führt die weitere Aufklärung dazu, daß der Beklagte rechtswidrig und auch schuldhaft gehandelt hat, dann bliebe weiter zu prüfen, welcher Schaden der Klägerin daraus erwachsen ist. Die Klägerin hat als Schaden bislang den Wert derjenigen Gratiszigaretten berechnet, die der Beklagte von Großhändlern aus anderen Gebieten bezogen hat, und hat dazu ausgeführt, sie würde diese Zigaretten ohne das Vorgehen des Beklagten nicht kostenlos abgegeben haben. Dabei übersieht sie aber zweierlei: Einmal könnte als schadensmindernd der Umstand zu berücksichtigen sein, daß die Gratisabgaben gekoppelt waren mit der Abnahme einer wesent-

lich größere Mengen Zigaretten zum normalen Preis, die ohne das Vorgehen des Beklagten möglicherweise nicht bei ihr bestellt und auf den Markt gebracht worden wäre. Zum anderen hätte sie diese Gratismengen auch dann "verloren", wenn ihre Lieferungen bestimmungsgemäß in dem jeweils vorgesehenen Einführungsgebiet abgesetzt worden wären. Ihr Schaden dürfte daher nicht eigentlich in der Abgabe von Gratismengen als solcher, sondern darin zu erblicken sein, daß diese nicht zu dem von ihr vorgesehenen Zweck verwendet und ihre Marktdispositionen dadurch gestört wurden.

Geht man von der Entstehung eines solchen Schadens aus, dann wird weiter zu prüfen sein, ob der Klägerin deshalb ein Mitverschulden zur Last fällt, weil sie - wie die Vorinstanzen gemeint haben - durch die Gewährung einer Rabattstaffel bis zu 20 % einen Anreiz zu besonders hohen Bestellungen ausgeübt hat, ohne die daraus folgenden er-
kennbaren Schwächen ihres Einführungssystems durch geeignete und zumutbare Maßnahmen abzusichern.

Sollte die Klägerin ihren Schaden darin erblicken, daß der Beklagte die unter Ausnutzung der Einführungs-
rabatte verbilligt beschafften Zigaretten nicht nur zweckwidrig in Gebieten mit abgeschlossener Aktion abgesetzt, sondern dabei anscheinend auch die normalen Großhandelsabgabepreise der Klägerin unterboten hat, dann könnte als Schaden ein entgangener Gewinn der Klägerin in Betracht kommen. Dessen Goltendmachung würde jedoch voraussetzen, daß die Klägerin ohne das Dazwischentreten des Beklagten ihrerseits entsprechende Zigarettenmengen zu höheren Preisen abgesetzt haben würde.

Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Pehle

Sprenkmann

Simon

Merkel