

50

BUNDESGERICHTSHOF

2048 022

IM NAMEN DES VOLKES

Ib_ZR_162/64

URTEIL

Verkündet am

6. Dezember 1967

Z u g ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] R [REDACTED] GmbH, D [REDACTED], I [REDACTED]-
straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Direktor S [REDACTED],

Beklagte und Revision [REDACTED] Klägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma N [REDACTED]-Versand KGaA, vertreten durch ihre
persönlich haftenden Gesellschafter, die Kaufleute Josef
N [REDACTED] und Peter N [REDACTED], F [REDACTED], H [REDACTED]
Landstraße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Versandhandelsgeschäft und in einigen Städten der Bundesrepublik Deutschland auch Kaufhäuser. Die Beklagte, eine deutsche Tochtergesellschaft der R [REDACTED] Products Corporation in New York, hat von dieser das Alleinvertriebsrecht für R [REDACTED]-Erzeugnisse in der Bundesrepublik und Berlin (West) eingeräumt erhalten.

Im Januar 1962 führte die Klägerin R [REDACTED]-Erzeugnisse ein, die sie im Ausland erworben hatte. Sie kündigte den Verkauf dieser Waren in ihrem Frühjahrskatalog an, der vom 1. März bis 31. August 1962 gültig war. Hier-

gegen wandte sich die Beklagte unter Berufung auf ihr Alleinvertriebsrecht sowie auf die Rechte ihrer Muttergesellschaft an dem Warenzeichen R [REDACTED] und machte geltend, sie liefere ihre Erzeugnisse grundsätzlich nur an den Fachhandel und an ausgesuchte Kaufhäuser, und zwar jeweils in bestimmten Sortimenten.

In einem einstweiligen Verfügungsverfahren versuchte die Beklagte ohne Erfolg, den Vertrieb ihrer Ware durch die Klägerin zu unterbinden; das Oberlandesgericht wies den dahin gerichteten Antrag mit der Begründung ab, daß die von der Klägerin eingeführte Ware ohne Verletzung von Rechten der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft vertrieben werden könne (GRUR 1964, 207).

Während des Laufes dieses Verfahrens machte die Beklagte gegen die Klägerin außergerichtlich auch Auskunfts-, Berichtigungs- und Schadensersatzansprüche, letztere in Höhe von 500.000,-- DM geltend. Hierüber kam es zu Verhandlungen, die nach Behauptung der Klägerin dazu geführt haben, daß die Beklagte nicht nur auf die geltend gemachten Ansprüche verzichtete, sondern sich auch zur Belieferung der Klägerin mit R [REDACTED]-Erzeugnissen bereit erklärte. Unstreitig haben in der Zeit vom 28. Mai bis 20. Juni 1962 mehrere Besprechungen der Parteien stattgefunden. In einer am 7. Juni 1962 von ihnen freigegebenen Presseerklärung hieß es u.a.:

"Eine Übereinkunft zwischen beiden Firmen über die Sortimentsgestaltung und die Beibehaltung gebundener Preise stellt u.a. sicher, daß die N [REDACTED] Versand KG R [REDACTED]-Erzeugnisse ausschließlich von der Deutschen R [REDACTED] GmbH bezieht."

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



Nachdem die Beklagte sich am 28. Mai 1962 bereit erklärt hatte, die Kaufhäuser der Klägerin, die über eine Parfümerie- und Kosmetikabteilung verfügten, ab sofort zu beliefern, stellte sie später auch ihre Bedenken bezüglich des Versandhandels zurück und erklärte sich in einem wenige Tage nach dem 7. Juni 1962 geführten Ferngespräch damit einverstanden, mit der Belieferung des Versandhandels schon zum 1. September 1962 und nicht, wie vorher von ihr gewünscht, erst zum 1. März 1963 zu beginnen. Am 19. und 20. Juni 1962 folgten dann Besprechungen über die Gestaltung des Katalogs der Klägerin und über das in die Kaufhäuser zu übernehmende Sortiment.

Am 26. Juni 1962 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie habe sich nach Rücksprache mit ihrem Stammhaus entschlossen, die Verhandlungen abubrechen, soweit diese sich auf die Belieferung des Versandhandels bezögen. Die Klägerin widersprach und gab Bestellungen zur Belieferung ihrer drei Kaufhäuser in Frankfurt, München und Wiesbaden, sowie ihres Versandhandels auf. Die Beklagte führte die Bestellungen nicht aus.

Die Klägerin hat behauptet, zwischen den Parteien sei eine Einigung über die Belieferung sowohl der Kaufhäuser als auch des Versandhandels zustande gekommen; das gehe auch aus dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 22. Juni 1962 hervor. Sie hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin die mit den Aufträgen vom 3. Juli 1962 bestellten R[REDACTED]-Erzeugnisse zu liefern;
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin mit R[REDACTED]-Erzeugnissen

für den Vertrieb im Versandhandel ab 1.9.1962 zu beliefern;

3. die Beklagte zu verurteilen, die von der Klägerin für die Kaufhäuser in Frankfurt/Main, München und Wiesbaden erteilten Erstaufträge im Rechnungswert von je 14.183,70 DM sofort auszuführen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, eine Einigung sei nur über einzelne Verhandlungspunkte zustande gekommen. Insbesondere sei kein Einverständnis darüber erzielt worden, ob die Klägerin verpflichtet sein solle, für das Versandgeschäft dasselbe Sortiment wie für die Kaufhäuser zu führen; auch habe die Klägerin sich nicht bereit erklärt, die von der Beklagten mit anderen Kaufhäusern vereinbarten Sonderbedingungen anzunehmen, die Abweichungen von den für den Fachhandel geltenden allgemeinen Geschäfts- und Lieferbedingungen enthielten. Ferner habe es an einer Einigung über den Umfang der Abnahme bzw. Lieferungsverpflichtung gefehlt.

Hilfsweise hat die Beklagte sich auf eine von ihr am 24. August 1962 erklärte fristlose Kündigung des behaupteten Vertragsverhältnisses berufen, die damit begründet wurde, die Klägerin habe ab August 1962 aus dem Ausland eingeführte R[REDACTED]-Erzeugnisse unter den von der Beklagten festgesetzten Endverbraucherpreisen verkauft.

Das Landgericht hat der Klage durch Teilurteil vom 12. Februar 1963 und Schlußurteil vom 19. März 1963 stattgegeben.

Mit den hiergegen erhobenen Berufungen hat die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt und ergänzend am 23. September 1963 die Anfechtung des behaupteten Vertrages wegen Drohung erklärt.

Die Klägerin hat Anschlußberufung erhoben, mit der sie hinsichtlich des Feststellungsantrages zu 2) vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch übergegangen ist und diesen zugleich in zeitlicher Hinsicht begrenzt hat; insoweit hat sie nunmehr beantragt

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, daß die Beklagte es abgelehnt hat, die Klägerin für die Zeit vom 1.9.1962 bis 31.8.1963 mit R-
-Erzeugnissen für den Vertrieb im Versandhandel zu beliefern.

Das Oberlandesgericht hat die Berufungen zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Verurteilung hinsichtlich des Klageantrags zu 2) die sich aus der Anschlußberufung ergebende Fassung gegeben.

Die Revision der Beklagten erstrebt die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A. I. Die Beklagte hat im Revisionsverfahren einen Beschluß des Landgerichts Düsseldorf vom 24. Mai 1966 vorgelegt, durch den ein Verfahren 18 O 114/65 II gemäß § 148 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den

vorliegenden Streit ausgesetzt worden ist. Aus der Begründung des Beschlusses ergibt sich, daß die Klägerin dort Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aus Verletzung ihrer Lieferpflicht geltend macht. Die Beklagte behauptet, die Klägerin habe damit von ihrem Wahlrecht nach § 326 BGB Gebrauch gemacht und sich für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung entschieden; damit sei dem im vorliegenden Rechtsstreit erhobenen Lieferungsanspruch der Boden entzogen; die Klägerin müsse den Rechtsstreit daher in der Hauptsache für erledigt erklären. Die Klägerin hat eine derartige Erklärung nicht abgegeben.

Dem Standpunkt der Beklagten kann nicht beigetreten werden. Sie übersieht zunächst, daß schon im gegenwärtigen Rechtsstreit mit dem Klageantrag zu 2) nicht mehr der Erfüllungsanspruch, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht wird. Dieser Klageantrag bleibt in jedem Falle von dem nunmehr behaupteten Übergang der Klägerin zum Schadensersatzverlangen sachlich-rechtlich unberührt. Auch das rechtliche Interesse an der Feststellung der Schadensersatzpflicht wäre insoweit nicht weggefallen, wenn die Klägerin in einem neuen Rechtsstreit in bezug auf den den Gegenstand der Feststellung bildenden Anspruch zur Leistungsklage übergegangen sein sollte, was sich aus dem Vorbringen der Revision nicht klar ergibt.

Hinsichtlich der Klageanträge zu 1) und 3), mit denen Teilansprüche auf Erfüllung des behaupteten Lieferungsvertrages geltend gemacht werden, enthält das Vorbringen der Revision den rechtsvernichtenden Einwand, der Erfüllungsanspruch sei auf Grund Übergangs zum Schadensersatzanspruch untergegangen. Abgesehen davon aber,

daß die Revision nicht ausführt, ob sich das neue Schadensersatzbegehren auf dieselben Bestellungen bezieht, die Gegenstand der im vorliegenden Rechtsstreit erhobenen, auf Erfüllung gerichteten Ansprüche sind, kann ihr Einwand schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil er ein im Revisionsverfahren unzulässiges neues Vorbringen darstellt (§ 561 ZPO). Daran ändert es nichts, wenn die Klägerin erst *n a c h* der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zum Schadensersatzverlangen übergegangen ist, der Einwand daher in der Tatsacheninstanz nicht mehr erhoben werden konnte. Insoweit stände der Beklagten die Vorschrift des § 767 ZPO zur Seite.

Auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses oder der Prozeßwirtschaftlichkeit bestehen keine Bedenken gegen die Anwendung des § 561 ZPO auf einen Fall der hier vorliegenden Art. Zwar hat die Rechtsprechung gelegentlich auch neue Tatsachen im Revisionsverfahren berücksichtigt, sofern sie den Streit zweifelsfrei erledigt haben (vgl. RG JW 1935, 2132 betr. Berücksichtigung der nachträglich ausgesprochenen Ehescheidung in einem Rechtsstreit über die Herausgabe des eingebrachten Gutes). Im Falle des nachträglichen Übergangs zum Schadensersatzbegehren nach § 326 BGB liegen derartige Besonderheiten jedoch nicht vor. Der Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrage ist grundsätzlich auch nach Erhebung der Erfüllungsklage noch berechtigt, Nachfrist zu setzen und zum Schadensersatzverlangen überzugehen (RGZ 102, 262). Diese Befugnis besteht auch noch nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils über den Erfüllungsanspruch (vgl. § 283 BGB und Palandt-Danckelmann, BGB, 26. Aufl., § 326 Anm. 14a). Wie im Falle des § 283 BGB (dazu RGZ 117, 66, 68), so hat auch hier das Urteil über den Erfüllungsan-

spruch die Wirkung, die Erfüllungspflicht rechtskräftig festzustellen. Jedenfalls dann, wenn das später angegangene Gericht - wie hier - den Streit über den Schadensersatzanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Erfüllungsanspruch ausgesetzt hat, hat der Gläubiger daher ein Rechtsschutzinteresse an der Herbeiführung einer rechtskräftigen Entscheidung über diesen Anspruch, zumal ihm im Revisionsverfahren der für derartige Fälle sonst gegebene Weg der Klageänderung (§ 268 Nr. 3 ZPO) verschlossen ist. Geht der Gläubiger schon während der Tatsacheninstanz zum Schadensersatzbegehren über, so kann diese Frage bei rechtzeitigem Vorbringen des entsprechenden Einwandes schon deshalb nicht auftreten, weil dann die eingetretene Rechtsänderung ohne Einschränkung zu berücksichtigen ist.

II. Die Revision meint weiter, die Klägerin hätte die auf Lieferung gerichteten Klageanträge zu 1) und 3) auch deshalb für erledigt erklären müssen, weil das behauptete Lieferabkommen schon im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht jedenfalls auf Grund der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung beendet gewesen sei; mit dem Ende des Vertragsverhältnisses habe auch die Befugnis der Klägerin aufgehört, bei der Beklagten Ware zu beziehen und diese weiterzuverkaufen.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die vertragliche Erfüllungspflicht endete, soweit die Klägerin auf Grund des Vertrages und noch während seiner Laufzeit Ware bestellt hatte, nicht mit dem Ablauf der Kündigungsfrist; ebensowenig das Recht der Klägerin, die in diesem Rahmen bezogene Ware weiter zu veräußern.

B. I. Das Berufungsgericht kommt auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, es sei mündlich ein Belieferungsvertrag des Inhalts zustande gekommen, daß die Beklagte die Kaufhäuser der Klägerin ab sofort, den Versandhandel der Klägerin ab 1. September 1962 entsprechend dem Bestätigungsschreiben der Beklagten vom 22. Juni 1962 zu beliefern habe.

Die in den "Allgemeinen Zahlungs- und Lieferungsbedingungen" der Beklagten enthaltene Klausel, daß mündliche Abreden beiderseits nur verpflichtend seien, wenn sie schriftlich bestätigt werden, gelte nicht für den Vertragsschluß, sondern nur für den Fall, daß von den Lieferungsbedingungen der Beklagten abgegangen werden solle.

Dem bindenden Abschluß stehe nicht entgegen, daß Einzelheiten offen geblieben seien. Als solche Einzelheiten führt das Berufungsgericht beispielsweise auf: Die Hereinnahme von Farbenartikeln, die Ausgestaltung der Verkaufsstände und die Frage der Kündbarkeit. In der letzteren Frage nimmt das Berufungsgericht eine ergänzende Vertragsauslegung vor, da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten hierüber keine Regelung enthalten. Das Berufungsgericht legt in dieser Frage die "Erweiterung zu den allgemeinen Zahlungs- und Lieferungsbedingungen" zugrunde, die nach Auffassung der Klägerin nicht Gegenstand der Vereinbarung geworden sind.

In der Frage, ob diese für die Belieferung anderer Kaufhäuser von der Beklagten vorgesehenen zusätzlichen Bedingungen Vertragsinhalt geworden sind, nimmt das Berufungsgericht den Standpunkt ein, es sei nicht erwiesen, daß die Klägerin eine Verpflichtung übernommen habe, sich

auf diese einzulassen; es sei nur von den allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht aber davon die Rede gewesen, daß die Klägerin nur zu den gleichen Bedingungen beliefert werden solle, wie andere Kaufhäuser. Es müsse als offen angesehen werden, ob die Sachdarstellung der Beklagten insoweit zutreffe. Insbesondere sei nicht erwiesen, daß bereits am 7. Juni 1962 Zusatzbedingungen mit anderen Kaufhäusern vereinbart gewesen seien.

Hinsichtlich der beiden Verhandlungspunkte, ob die Klägerin in ihren Versandhauskatalog eine Fußnote mit dem Hinweis darauf bringen müsse, daß weitere nicht aufgeführte R[REDACTED]-Erzeugnisse in einigen Kaufhäusern der Klägerin angeboten würden und auf Wunsch über den Versandhandel lieferbar seien, und ob sich das Sortiment des Versandhandels mit dem der Kaufhäuser decken müsse, würdigt das Berufungsgericht die Beweisaufnahme dahin, am 20. Juni 1962 sei es zu einer Vereinbarung in dem Sinne gekommen, daß die Beklagte diese Forderungen fallen lasse. Wenn sie in ihrem Schreiben vom 22. Juni 1962 dennoch wiederum auf diesen Punkten bestanden habe, so handle es sich dabei rechtlich um zwei zusätzliche Angebote, die von der Klägerin nicht angenommen worden seien.

II. Der Revision ist zuzugeben, daß die Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht ausreichen, um den fraglichen Vertrag entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB trotz Offenbleibens gewisser Verhandlungspunkte als bereits geschlossen anzusehen. Nach § 154 Abs. 1 BGB ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. In diesem Sinne regelungsbedürftig ist jeder Verhandlungspunkt, be-

20

züglich dessen der erkennbar gewordene Wille auch nur einer der Parteien dahin ging, daß er in den Vertrag einbezogen werden solle. Ein solcher Wille kann sich auch ohne ausdrückliche Erklärung aus den Umständen (RG SeuffArch 78 Nr. 61), insbesondere aus der Bedeutung ergeben, die der Verhandlungspunkt nach der für den anderen Teil erkennbaren Vorstellung des Verhandlungspartners hat.

1. Das angefochtene Urteil enthält insoweit schon deshalb nicht die für eine Prüfung der Rechtslage im Revisionsrechtszug erforderlichen Feststellungen, als es nur "beispielsweise" (BU 15) einige Verhandlungspunkte als im Augenblick des Abbruchs der Verhandlungen noch nicht geregelt aufführt. Das Revisionsgericht ist dadurch nicht in der erforderlichen Weise in die Lage versetzt zu prüfen, ob § 154 Abs. 1 BGB vom Berufungsgericht zutreffend angewandt worden ist; es kann nicht von sich aus feststellen, daß keine anderen Punkte offen geblieben seien oder daß solche zwar vorhanden, aber von so untergeordneter Bedeutung gewesen seien, daß auch ohne ihre Regelung ein Bindungswille auf beiden Seiten vorhanden gewesen wäre. Vielmehr ergibt sich schon auf Grund des unstreitigen Parteivorbringens die Frage, ob und in welchem Sinne die Parteien sich über mehrere Punkte geeinigt haben, die, für die Klägerin erkennbar, für die Beklagte von wesentlicher Bedeutung sein mußten:

a) Wie schon in der Klageschrift (S. 1) dargestellt, hatte die Beklagte sich dagegen gewandt, daß die Klägerin R[REDACTED]-Erzeugnisse, die diese im Ausland erworben hatte, im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland unter den von der Beklagten festgesetzten Endverbraucherpreisen verkaufte. Die Beklagte machte gegen die Klägerin in diesem Zusammenhang Auskunfts-, Berichtigungs- und Schadensersatz-

ansprüche "in der Größenordnung" von 500.000,-- DM geltend. H i e r ü b e r, so führt die Klägerin selbst aus, sei es zu Verhandlungen gekommen, deren Ergebnis gewesen sei, daß die Beklagte nicht nur auf die geltend gemachten Ansprüche verzichtete, sondern sich auch zur Belieferung der Klägerin mit R[REDACTED]-Erzeugnissen bereit erklärte. Wie man sich insbesondere über die Kosten der Auseinandersetzung geeinigt hat, eine Frage, die ausweislich der Aktenvermerke der Parteien vom 29. Mai 1962 angesprochen worden ist, ist allerdings auch aus diesem Vorbringen nicht ersichtlich.

Hiernach ist als offen anzusehen, ob nicht auch die Frage des behaupteten Verzichts in dem vorgesehenen Vertrage geregelt werden sollte. Auch die Beklagte hat im Berufungsrechtszug vorgetragen, daß die Parteien eine "Generalbereinigung" der zwischen ihnen bestehenden Differenzen beabsichtigt hätten (Berufungsbegründung S. 8, GA 133), und der von der Klägerin unmittelbar nach der ersten grundlegenden Besprechung vom 28. Mai 1962 niedergelegte Aktenvermerk enthält die Behauptung, der Geschäftsführer der Beklagten habe auf sämtliche von dem damaligen Rechtsvertreter der Beklagten geltend gemachten Ansprüche verzichtet.

b) Angesichts des Ausgangspunktes der Verhandlungen der Parteien liegt es ferner nahe, daß die Parteien auch die weitere Frage regeln wollten, was mit den von der Klägerin aus dem Ausland eingeführten Waren zu geschehen habe. Auch hierüber enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen. Wie die bereits erwähnten, von beiden Parteien niedergelegten Aktenvermerke erkennen lassen, ist aber auch über diese Frage verhandelt worden. Offen ist danach, was mit überalterter Ware zu geschehen

habe; nach dem Aktenvermerk der Klägerin soll der Geschäftsführer der Beklagten erklärt haben, diese Ware umzutauschen, wenn es sich um keine sehr großen Mengen handle; nach dem Aktenvermerk der Beklagten soll ihr Geschäftsführer erklärt haben, die Beklagte sei nicht bereit, diese Ware zu übernehmen, falls sie überaltert sein sollte.

c) Es fehlt ferner eine Feststellung darüber, in welchem Umfang und auf welche Dauer, namentlich mit welcher Kündigungsfrist die Klägerin zur Abnahme, die Beklagte zur Lieferung verpflichtet sein sollte. Aus dem Schreiben der Beklagten vom 22. Juni 1962 ergibt sich insoweit jedenfalls, daß die Beklagte wissen wollte, welche Erstabnahme für den Versandhandel in Betracht komme. Im übrigen liegt es ganz allgemein bei einem Vertrage von der Bedeutung des hier behaupteten Abkommens nahe, daß beide Vertragsteile Umfang und Laufzeit mindestens in einem Rahmen festlegen. Hinsichtlich der Laufzeit hat die Beklagte im Rechtsstreit geltend gemacht, diese könne allenfalls auf die Laufdauer des September-Katalogs der Klägerin angenommen werden (Schriftsatz vom 24. August 1962, S. 17, GA 31).

d) Mit der mangelnden Einigung über die Kündigungsfrist beschäftigt sich das Berufungsgericht allerdings an zwei Stellen des Urteils. Zunächst führt es aus, das Fehlen der Einigung über diesen Punkt stehe dem Abschluß des Vertrages nicht entgegen. Andererseits hält es die Allgemeinen Bedingungen der Beklagten für vereinbart, welche aber das Kündigungsrecht in keiner Weise beschränken. Sodann ergänzt das Berufungsgericht in Anwendung des § 157 BGB den Vertrag hinsichtlich der Kündigungsregelung, indem es annimmt, es liege insoweit eine Ver-

tragslücke vor. Hierbei kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Allgemeinen Bedingungen der Beklagten insoweit nicht anwendbar seien. An dieser Stelle zieht das Berufungsgericht zur Regelung dieser Frage die "Erweiterung zu den allgemeinen Zahlungs- und Lieferungsbedingungen" heran, die nach Auffassung gerade der Klägerin nicht Vertragsbestandteil geworden sind. Damit kommt das Berufungsgericht auf eine Laufzeit von einem Jahr, also auf das Doppelte der Laufzeit des September-Katalogs. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser in anderem rechtlichen Zusammenhang noch zu behandelnden Frage hätte das Fehlen ihrer Regelung jedoch unter Berücksichtigung auch der übrigen offenen Verhandlungspunkte unter dem Gesichtspunkt geprüft werden müssen, ob dieses Fehlen der Annahme eines Bindungswillens entgegensteht. Der Sachverhalt liegt insoweit, da kein Kontrahierungszwang gegen die Beklagte bestand, anders als der vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall richterlicher Vertragsergänzung (BGHZ 41, 271, 275 - Werkmilchabzug) und auch anders als der Fall eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages (BGH LM Nr. 8 zu § 242 (B c) - Mikrophos).

e) Zur Frage, w e l c h e Allgemeinen Bedingungen dem Vertragsverhältnis zugrunde gelegt werden sollten, enthält das Berufungsurteil keine näheren Feststellungen darüber, auf welche Weise die Parteien sich auf die Geltung der von der Beklagten für F a c h geschäfte, nicht aber auf die für Kaufhäuser maßgebenden Allgemeinen Bedingungen geeinigt haben. Wenn das Berufungsgericht sich darauf stützt, daß die Beklagte selbst von vereinbarten "Konditionen" gesprochen habe, so ist damit nicht schlüssig dargelegt, daß damit erkennbar die erstgenannten Allgemeinen Bedingungen gemeint waren, ganz abgesehen von

dem recht unbestimmten, auch auf sonstige Einzelpunkte der geführten Besprechungen beziehbaren Ausdruck "Konditionen". In anderem Zusammenhang (BU 20) führt das Berufungsgericht aus, am 7. Juni 1962 sei nach der Aussage des Zeugen W. [REDACTED] zum Ausdruck gekommen, daß die Klägerin genau so gestellt werden solle wie andere Kaufhäuser. Eine abschließende Würdigung enthält das Urteil jedoch hierzu nicht. Sollten weder die einen noch die anderen Bedingungen ihrem konkreten Inhalt nach Gegenstand der Verhandlungen gewesen sein - worüber gleichfalls nichts festgestellt ist -, so könnte schwerlich angenommen werden, daß die Klägerin, die Kaufhäuser und einen Versandhandel betreibt, gerade die für Fachgeschäfte geltenden Allgemeinen Bedingungen als vereinbart ansehen durfte.

f) Das Berufungsgericht hat bei Beurteilung der Bindungsfrage schließlich auch nicht berücksichtigt, daß die Klägerin im Schreiben vom 24. August 1962 an die Beklagte den Standpunkt eingenommen hat, bei Ablehnung der Belieferung nehme der anhängige Prozeß seinen Fortgang und sie, die Klägerin, sei in der Preisgestaltung hinsichtlich der von ihr eingeführten Ware völlig frei. Dieser Standpunkt war gerade dann mit der Rechtslage unvereinbar, wenn - wie das Berufungsgericht angenommen hat - der behauptete Vertrag fest abgeschlossen war. Daß die rechtskundig beratene Klägerin diesen Standpunkt vertreten hat, kann dafür sprechen, daß auch nach ihrer Meinung jedenfalls die beiden genannten Fragen nicht geregelt waren. Dann aber erhob sich die vom Berufungsgericht nicht behandelte und gegebenenfalls noch zu prüfende Frage, welche Bedeutung diese Punkte im Rahmen des Gesamtkomplexes der Verhandlungen hatten.

2. Die Revision greift ferner die Auffassung des Berufungsgerichts an, die in Ziffer 1 der Allgemeinen Bedingungen enthaltene Schriftformvereinbarung ("mündliche Abreden sind beiderseits nur verpflichtend, wenn sie schriftlich bestätigt werden") gelte nur für den Fall, daß von den Lieferbedingungen der Beklagten **a b-
g e g a n g e n** werden solle. Die Revision meint, diese Klausel sei schon nach ihrem Wortlaut und ihrer Stellung im Zusammenhang mit den weiteren Bedingungen auch auf den Vertragsabschluß als solchen anzuwenden.

Insoweit kann der Revision allerdings nicht beigetreten werden. Die Klausel läßt nicht klar genug erkennen, daß sie auch für den Vertragsschluß als solchen schlechthin gelten solle.

Das Berufungsgericht hätte sich aber von seinem Standpunkt aus, daß die Klausel für den Fall des Abgehens von den Bedingungen gelte, mit der Frage auseinanderzusetzen müssen, ob die Schriftform deshalb einzuhalten war, weil nach dem vom Berufungsgericht angenommenen Vertragsinhalt von der Regelung in Ziffer 13 a der Allgemeinen Bedingungen ("Es müssen alle R XXXX-Artikel geführt werden") abgegangen worden sein soll. Nach dem beiderseitigen Vorbringen kam diesem Punkt eine große wirtschaftliche Bedeutung zu, weil der Fachhandel von der Beklagten nur nach dem Grundsatz des unbeschränkten Sortiments beliefert wurde, sich also nicht die seiner Meinung nach gängigsten Waren aussuchen konnte.

Ein Abgehen von den Allgemeinen Bedingungen bedeutet es ferner, wenn - was das Berufungsgericht angenommen hat - die nach den Allgemeinen Bedingungen mangels besonderer Regelung gegebene Kündigungsmöglichkeit nicht als vereinbart gelten soll.

3. a) Sowohl bei der Frage, ob die Parteien sich trotz Offenbleibens verschiedener Punkte bereits haben binden wollen, als auch bei der Frage der Schriftform hätte das Berufungsgericht schließlich beachten müssen, daß bei bedeutenden und langfristigen Verträgen aus den Umständen eine Schriftformvereinbarung zu entnehmen sein kann und daß bei solchen Verträgen eine entsprechende kaufmännische Gepflogenheit bestehen kann (RG SeuffArch 85 Nr. 155). Die Erfahrung des Wirtschaftslebens lehrt, daß das Ergebnis von Verhandlungen, zumal wenn sie - wie hier - auf jeder Seite von mehreren, teils vertretungsberechtigten, teils nicht vertretungsberechtigten Personen zu verschiedenen Zeitpunkten geführt werden und sich teils gleichzeitig, teils nacheinander auf eine Reihe von Fragen erstrecken, deren Einzellösungen nicht unabhängig voneinander bewertet werden können, in der Erinnerung der verhandelnden Personen nicht immer mit der erforderlichen Zuverlässigkeit haftet. Die nach der ersten grundlegenden Verhandlung vom 28. Mai 1962 von beiden Parteien je für sich niedergelegten Aktenvermerke zeigen das deutlich; obwohl sofort nach dieser Verhandlung verfaßt, weichen sie in der Wiedergabe des Verhandlungsergebnisses voneinander ab.

b) Welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem Umstand zukommt, daß der behauptete Vertrag unter der "Voraussetzung" (BU 10) geschlossen sein soll, daß die Klägerin die Preisbindung einhalte, braucht und kann, da insoweit kartellrechtliche Fragen zu beantworten wären, hier nicht entschieden werden. Es kann insbesondere offen bleiben, ob das Berufungsgericht mit dieser Ausdrucksweise die Preisbindungsabrede als einen Bestandteil des behaupteten Vertrages hat bezeichnen wollen, ob deshalb die Formvorschrift des § 34 GWB für den ganzen Vertrag

zu gelten hat und ferner, ob es der Beklagten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die Nichteinhaltung dieser Form zu berufen, weil sie die Vertragsverhandlungen abgebrochen hat. Bisher fehlt es jedenfalls an einer Feststellung des Berufungsgerichts dahin, daß die Parteien die Preisbindungsabrede in gesonderter Urkunde neben einem bereits mündlich bindend vereinbarten Verträge hätten treffen wollen und daß, falls ihnen die Beurkundung des gesamten Vertrages vorgeschwebt haben sollte, die Vorstellung der Parteien dahin gegangen sei, der bereits mündlich vereinbarte Vertragsinhalt - außer der Preisbindungsabrede - solle nur zu Beweis zwecken schriftlich niedergelegt werden.

Bei dem gegenwärtigen Stand der Sache bedarf auch keiner Entscheidung, ob die Verhandlungen der Parteien etwa nicht dem Abschluß eines Lieferungsvertrages mit bestimmten Liefer- und Abnahmeverpflichtungen und einer bestimmten oder bestimmbaren Laufzeit, sondern lediglich der Beilegung des Streits darüber dienen sollten, ob und unter welchen Voraussetzungen die Beklagte im Hinblick auf § 26 GWB als gesetzlich verpflichtet anzusehen wäre, auch die Klägerin mit ihren preisgebundenen Waren zu beliefern.

III. Das Berufungsurteil hält der Nachprüfung auch insoweit nicht stand, als es die von der Klägerin Anfang August 1962 vorgenommenen Unterpisverkäufe von Revlon-Erzeugnissen nicht als **V e r t r a g s v e r l e t - z u n g** wertet. Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung damit, zu diesen Verkäufen sei es gekommen, weil die Beklagte es abgelehnt habe, den Versandhandel und die Kaufhäuser vertragsgemäß zu beliefern. Die Klägerin

sei zu diesen Verkäufen auch deshalb angehalten gewesen, um den durch das Verhalten der Beklagten verursachten Schaden gering zu halten.

Diese Begründung übersieht, daß bei bestehendem Vertragsverhältnis die Klägerin verpflichtet war, die Preisbindung einzuhalten; nach dem Sinn des vom Berufungsgericht als geschlossen angesehenen Vertrages mußte das auch für die von der Klägerin aus dem Ausland eingeführte Ware gelten. Der Verkauf unter den festgesetzten Preisen konnte auch nicht dem Zweck dienen, den Schaden gering zu halten.

Die Klägerin war sich, wie sie der Beklagten in ihrem Schreiben vom 24. August 1962 (S. 4) darlegte, klar über "die Folgen, die durch eine freie Preisbildung für Ihr Vertriebs- und Preisbindungssystem eintreten werden". Für die Beklagte war, wie nicht näher dargelegt zu werden braucht, der Verkauf unter den festgesetzten Preisen durch ein so bedeutendes Unternehmen wie die Klägerin eine Gefahr für ihr gesamtes Vertriebs- und Preisbindungssystem.

Das Berufungsgericht wird deshalb - für den Fall, daß es wiederum zur Annahme gelangt, daß ein Vertrag bereits mündlich zustande gekommen sei - zu prüfen haben, ob diese Handlungsweise der Klägerin das Vertrauen in die Zusammenarbeit der Parteien so erschüttert hat, daß der Beklagten ein Festhalten an dem Vertrage nicht mehr zuzumuten und deshalb die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung berechtigt war.

IV. Auf die Revision der Beklagten war hiernach das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland	Pehle	Sprenkmann	Alff	Simon
----------------	-------	------------	------	-------