

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 64/63

URTEIL

Verkündet am

2. April 1965

Z u g

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Hans O [REDACTED], H [REDACTED]-Z [REDACTED] (Schweiz),
O [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Carl Kurt W [REDACTED] GmbH., W [REDACTED]-V [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Ge-
schäftsführer, den Kaufmann Carl Kurt W [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 22. Februar 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin stellt in ihrem Betrieb Veredelungs-Trommelmaschinen her, in denen Masseteile aller Art aus Holz, Metall, Kunststoff u.ä. entgratet, geschliffen und poliert werden. Die hierzu benötigten Schleif- und Poliermittel werden ebenfalls von der Klägerin nach eigenen Rezepten produziert. Es handelt sich dabei um ein Behandlungs- und Reinigungsmittel auf chemischer Basis, das unter der international als Warenzeichen geschützten Bezeichnung "T[REDACTED]-Gleitschliff" vertrieben wird, und um "T[REDACTED]", einen Schleifkörper, der aus Körnungen (Steinen) besteht und mechanisch wirkt.

- 3 -

Der Beklagte ist Schweizer Staatsangehöriger und Inhaber eines Fabrikations- und Handelsunternehmens der Metallwaren- und Apparatebau-Branche mit Sitz in H [REDACTED] Z [REDACTED] (Schweiz).

Die Parteien stehen seit 1951 in Geschäftsbeziehungen. Am 27. August 1955 haben sie einen als "Alleinvertretungsvertrag" bezeichneten Vertrag geschlossen, durch den die seit 1951 nur mündlich bestehenden Vereinbarungen über die Alleinvertretung der Erzeugnisse der Klägerin durch den Beklagten im Staatsgebiet der Schweiz festgelegt wurden. Der Vertrag enthält unter anderem folgende Bestimmungen:

"Art. 10

O [REDACTED] verpflichtet sich, keinesfalls Erzeugnisse in sein sonstiges Lieferprogramm als Handelsfirma aufzunehmen, die gegenüber irgendeinem Erzeugnis des W [REDACTED]-Fertigungs- bzw. Lieferprogramms als wettbewerbsfähig anzusehen sind.

"Art. 11

O [REDACTED] verpflichtet sich, keinesfalls die Herstellung der oben angeführten Erzeugnisse des W [REDACTED]-Fertigungs- bzw. Lieferprogramms, oder solcher Erzeugnisse, die als wettbewerbsfähig anzusehen sind, selbst, oder durch Dritte in der Schweiz, oder in Ländern außerhalb der Schweiz, herzustellen, oder herstellen zu lassen.

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



Art. 16

Streitigkeiten aus diesem Vertrage sollen einem Schiedsgericht unterbreitet werden, dessen Entscheidung dann für beide Parteien bindend sein soll. Jede Vertragspartei bezeichnet zu diesem Zweck einen Schiedsrichter, während der Vorsitzende dieses Schiedsgerichts durch die Handelskammer in Wuppertal bestimmt werden soll. Falls aber eine Partei dies wünscht, soll die eventuelle Streitigkeit vor dem ordentlichen Gericht zum Austrag kommen. Hier wird als Gerichtsstand Wuppertal vereinbart.

....."

Neben diesem Vertrag bestand zwischen den Parteien ein Lizenzvertrag, auf Grund dessen die Klägerin die Lizenzfabrikation und den Vertrieb von Erzeugnissen der Beklagten, nämlich Schlauchbrieden und Preßluftpumpen, in der Bundesrepublik Deutschland durchführte.

Beide Verträge kündigte die Klägerin durch Schreiben vom 10. Juli 1956 fristgemäß zum 31. Dezember 1957. Außerdem erklärte sie mit Schreiben vom 2. Dezember 1957 noch die sofortige Kündigung aus wichtigem Grunde. Diese begründete sie damit, daß der Beklagte sich grob vertragswidrig verhalten habe; er habe Angestellte der Klägerin durch Zuwendungen veranlaßt, die von ihr geheimgehaltenen Rezepte der Behandlungs- und Schleifmittel auszuspähen und die Bezugsquellen der Klägerin dem Beklagten mitzuteilen. Mit Hilfe dieser Informationen sei es dem Beklagten gelungen, die Schleif- und Poliermittel selbst

herzustellen, die hergestellten Mittel noch während der Laufzeit des Vertrages vom 27. August 1955 zu vertreiben und für den Eigenbedarf zu verbrauchen. Außerdem habe der Beklagte die Bezeichnungen der Klägerin "T [REDACTED]-Gleitschliff" und "T [REDACTED]" für die nicht von ihr bezogenen Mittel verwandt. Wegen dieses Sachverhalts erstattete die Klägerin gegen den Beklagten am 28. Dezember 1957 Strafanzeige bei dem Bezirksgericht in Horgen (Schweiz). Durch rechtskräftiges Urteil dieses Gerichts vom 10. Juli 1959 - Str. Nr. 17/1959 - wurden der Beklagte, sein Prokurist H [REDACTED] und der ehemalige Angestellte B [REDACTED] der Klägerin, der vorübergehend in die Dienste des Beklagten getreten war, u.a. wegen fortgesetzten unlauteren Wettbewerbs, Verletzung des schweizerischen Markenschutzgesetzes und Vorrats von Fabrikations- und Betriebsgeheimnissen zu Gefängnis- und Geldstrafen verurteilt.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß der Beklagte den Alleinvertretungsvertrag schuldhaft dadurch verletzt habe, daß er entgegen dessen Art. 10 und 11 die genannten Schleif- und Poliermittel nicht von der Klägerin bezogen und sodann vertrieben habe, sondern daß er sich die Schleifmittelrezepte beschafft und danach teilweise selbst hergestellt oder diese Erzeugnisse anderweitig bezogen und unter den Bezeichnungen der Klägerin vertrieben habe.

Mit ihrem ursprünglichen Hauptantrag hat die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

ihr Auskunft über alle Geschäfte und Lieferungen zu erteilen, die die Lieferungen von solchen Trommel-Schleif- und Poliermitteln, ferner von Schleifkörpern, die im Trommel-Gleitschliffverfahren Anwendung finden, betreffen, die der Beklagte zwischen dem 27. August 1955 und dem 1. Dezember 1957 vertrieben hat, ohne diese Mittel von der Klägerin zu beziehen und zu diesem Zweck unter Angabe der Abnehmer, Liefermenge, Lieferpreis und Lieferzeiten Rechnung über diese Geschäfte zu erteilen.

Diesen Antrag hat die Klägerin fallen lassen, nachdem der Beklagte die mit dem Hauptantrag begehrte Auskunft am 22. Februar 1958 durch eine von seinem Buchhalter M. [REDACTED] zusammengestellte Auskunft erteilt hat.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Auskunft vom 22. Februar 1958 sei nicht mit der gebotenen Sorgfalt erstellt worden. Sie enthalte Unvollständigkeiten, da eine Anzahl von Lieferungen nicht mitgeteilt worden sei. Das Gesamtverhalten des Beklagten gegenüber der Klägerin lasse befürchten, daß die Auskunft weitere unrichtige und unvollkommene Angaben enthalte. Der Beklagte habe diesen Eindruck selbst durch sein Verhalten während des Strafverfahrens hervorgerufen. Er unterhalte eine doppelte Buchführung und habe die vertragswidrigen Geschäfte verschleierte. Er sei deshalb verpflichtet, der Klägerin den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß die Aufstellung vom 22. Februar 1958 nach bestem Wissen

erfolgt sei. Der Beklagte sei zum Ersatz des aus seinem vertragswidrigen und wettbewerbswidrigen Verhalten entstandenen Schadens verpflichtet, den die Klägerin noch nicht übersehen könne. Jedenfalls habe er einen vom Gericht zu schätzenden Betrag zu zahlen. Schließlich habe der Beklagte nicht nur Mittel vertragswidrig vertrieben, sondern auch hergestellt. Er sei gehalten, der Klägerin auch insoweit Auskunft zu erteilen, als es sich nicht um vertriebene, sondern von ihm während der Laufzeit des Vertrages vom 27. August 1955 hergestellte Schleif- und Poliermittel handele.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er mit der "Zusammenstellung über Einkäufe und Lieferungen von T [REDACTED] und T [REDACTED]" vom 22. Februar 1958 die nach dem ursprünglichen Klageantrag zu 1) zu erteilende Auskunft nach bestem Wissen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande ist;
2.
3. den Beklagten zu verurteilen, Auskunft über diejenigen Trommel-Schleif- und Poliermittel zu erteilen, die er in der Zeit vom 27.8.1955 bis 1.12.1957 selbst hergestellt hat, ohne diese Mittel von ihr zu beziehen, soweit diese von ihm hergestellten Mittel nicht schon in der Auskunft vom 22.2.1958 enthalten sind;

4. den Beklagten zur Zahlung eines Betrages in einer vom Gericht zu schätzenden Höhe zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, die Aufstellung vom 22. Februar 1958 sei mit größter Sorgfalt erstellt worden. Die festgestellten Ungenauigkeiten rechtfertigten eine Pflicht zur Eidesleistung keinesfalls. Die Klägerin handele schikanös, da sie ihn ohne hinreichenden Grund zur Eidesleistung zwingen wolle. Im übrigen sei die Klägerin selbst bei Abwicklung des ebenfalls gekündigten Lizenzvertrags vertragsuntreu geworden, da sie die geschuldeten Lizenzgebühren nicht bezahlt habe. Nach dem Vertrag sei ihm nur der Vertrieb nicht von der Klägerin bezogener Erzeugnisse verboten, nicht aber die Eigenherstellung der Schleif- und Poliermittel. Hierdurch sei - soweit ein Vertrieb nicht erfolgt sei - der Klägerin kein Schaden entstanden, so daß ihr der Auskunftsanspruch zu Ziff. 3) nicht zustehe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten zur Leistung des Offenbarungseides (Klageantrag zu 1) und zur Auskunftserteilung nach dem Klageantrag zu 3 verurteilt. Den nicht in den Revisionsrechtszug gelangten Klageantrag zu 2 hat es als unzulässig abgewiesen. Die Entscheidung über den Klageantrag zu 4 (Schadensersatzleistung) und über die Kosten hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Teilurteils die Klage abzuweisen, soweit er verurteilt worden ist. Er hat weiter vorgetragen, daß es zur Herstellung der Schleif- und Poliermittel erst gekommen sei, nachdem die Klägerin sich geweigert habe, ihn ausreichend zu beliefern und nachdem der Vertrag von der Klägerin gekündigt worden sei. Unter diesen Umständen sei aber die Eigenherstellung durch ihn gerechtfertigt gewesen.

Die Klägerin hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage abzuweisen, soweit er verurteilt worden ist, weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat unbeschadet der Bestimmung des § 512 a ZPO dargelegt, daß das Landgericht seine örtliche Zuständigkeit zu Recht angenommen habe, weil die Parteien in Art. 16 des von ihnen am 27. August 1955 geschlossenen Vertrages für Streitigkeiten aus diesem Vertrage fakultativ die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes oder des Landgerichts Wuppertal vereinbart hätten. Diese

Beurteilung ist frei von Rechtsirrtum und von der Revision auch nicht angegriffen worden.

2. Das Berufungsgericht hat den Rechtsstreit nach deutschem Recht entschieden. Da im Vertrag eine ausdrückliche Regelung der Frage des anzuwendenden Rechts nicht vorgesehen ist, hat es den hypothetischen Willen der Parteien ermittelt. Es ist zu dem Ergebnis gelangt, der Vertrag enthalte hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme, daß die Parteien ihn dem deutschen Recht unterstellen wollten. Hierfür spreche zunächst, daß sie in Art. 16 für Streitigkeiten aus dem Verträge ein Schiedsgericht vereinbart hätten, dessen Vorsitzender von der Industrie- und Handelskammer in Wuppertal bestimmt werden sollte. Damit dürften die Parteien stillschweigend die Unterstellung des Vertrages unter das einem deutschen Kaufmann bekannte deutsche Recht gewollt haben. Wenn sie weiter fakultativ die Zuständigkeit des Landgerichts Wuppertal vereinbart hätten, so liege hierin ein Anzeichen für ihren Willen, nicht nur örtlich die Zuständigkeit eines bestimmten deutschen Gerichts zu vereinbaren, sondern damit zugleich ihre Rechtsbeziehungen der diesem Gericht geläufigen Rechtsordnung zu unterstellen. Von Bedeutung sei auch, daß der Beklagte weder im ersten noch im zweiten Rechtszuge die Anwendung deutschen Rechts beanstandet habe. Unter diesen Umständen stehe allein die Tatsache, daß die Klägerin im zweiten Rechtszug, also nahezu sieben Jahre nach Vertragsabschluß, sich auf die Anwendbarkeit Schweizer Rechts berufe, nicht der Feststellung entgegen, daß die Parteien bei Vertragsabschluß ihre Rechtsbeziehungen deutschem Recht unterstellen wollten.

Diese Beurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie ist auch von der Revision nicht angegriffen worden.

3. Das Berufungsgericht hat weiter dargelegt, daß der Vertrag nach deutschem Recht wirksam sei. Ein Verstoß gegen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) liege nicht vor, da dieses Gesetz erst am 1. Januar 1958 in Kraft getreten, der Vertrag jedoch unstreitig mit dem 31. Dezember 1957 aufgelöst sei.

Weiter hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß der Vertrag oder jedenfalls die Vereinbarungen in dessen Art. 10 und 11 nicht wegen Verstoßes gegen die bis zum 31. Dezember 1957 geltende Verordnung Nr. 78 der Britischen Militärregierung nichtig seien. Soweit der Beklagte als Großhandelsvertreter für die Klägerin tätig geworden sei, seien solche Vertriebsabsprachen und Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. V Nr. 9 Buchst. c Nr. 2 dieser Verordnung ausdrücklich zugelassen. Aber auch soweit der Beklagte von der Befugnis des Art. 3 des Vertrages Gebrauch gemacht und als Eigenhändler mit den Erzeugnissen der Klägerin in der Schweiz Handel getrieben habe, liege keine "per se"-Nichtigkeit der in Art. 10 und 11 enthaltenen Bindungen vor. Da es sich in Art. 11 nicht um eine echte horizontale Abrede, sondern um eine Reflexwirkung der in Art. 10 enthaltenen Bindung handele, seien die gesamten Vereinbarungen vielmehr nach dem Auslegungsgrundsatz der "rule of reason" rechtsbeständig. Denn die Bindungsabsprachen der Parteien stellten sich im wesentlichen als Verpflichtungen dar, die die Durchführung des Vertrages sicherstellen sollten und nicht geeignet

gewesen seien, die allgemeine Marktlage zu beeinflussen. Daß diese Absprachen nicht als "unreasonable" angesehen werden könnten, folge auch daraus, daß sie auch nach § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB normalerweise zulässig gewesen wären.

Auch diese von der Revision nicht angegriffene Beurteilung des Vertrages unterliegt keinen rechtlichen Bedenken. Sie steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 5, 74; 17, 41).

II. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte unstreitig während der Laufzeit des Vertrages an Schweizer Kunden Schleif- und Poliermittel verkauft hat, die er, - obwohl sie zum Lieferprogramm der Klägerin gehörten -, nicht von dieser bezogen hat. Damit habe er, wie auch im Urteil des Bezirksgerichts Horgen ausgeführt sei, vorsätzlich gegen die ihm gegenüber der Klägerin obliegenden vertraglichen Unterlassungspflichten verstoßen. Daher habe die Klägerin den von ihr zunächst geltend gemachten Auskunftsanspruch gehabt, dem der Beklagte durch die Aufstellung vom 22. Februar 1958 nachgekommen sei. Der Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides sei gemäß § 260 Abs. 2 BGB begründet, weil zu besorgen sei, daß der Beklagte die Aufstellung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht habe. Das ergebe nicht nur sein eigener Vortrag, sondern auch die Beweisaufnahme vor dem Landgericht.

Den Anspruch auf Auskunft darüber, in welchem Umfange der Beklagte Schleif- und Poliermittel selbst hergestellt habe, ohne sie zu vertreiben, sieht das Berufungsgericht

als begründet an, weil auch insoweit ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung gegeben sei. Unstreitig habe der Beklagte diese Handlungen begangen. Hierin liege ein Verstoß gegen Art. 11 des Vertrages, wonach der Beklagte sich verpflichtet habe, die Erzeugnisse des Lieferprogramms der Klägerin keinesfalls herzustellen oder durch Dritte herstellen zu lassen. Dieses Verbot bestehe entgegen der Ansicht des Beklagten unabhängig von dem in Art. 10 vereinbarten Vertriebsverbot, demzufolge er sich verpflichtet gehabt habe, keine Erzeugnisse in sein Lieferprogramm aufzunehmen, die gegenüber irgendeinem Erzeugnis der Klägerin als wettbewerbsfähig anzusehen seien. Es könne auch dahinstehen, ob die Behauptung des Beklagten zutreffe, die Klägerin habe sich ihrerseits nicht vertragsgemäß verhalten und ihn durch verzögerliche Lieferungen der Erzeugnisse gezwungen, seinerseits die Produktion derselben aufzunehmen. Ein solches vom Beklagten aus § 242 BGB hergeleitetes Recht hätte ihm auch dann nicht zugestanden, wenn die Klägerin ihren Lieferungs-pflichten nicht oder nur unvollständig nachgekommen wäre. Denn in diesem Falle wäre es Sache des Beklagten gewesen, die Klägerin in geeigneter Weise - notfalls gerichtlich - zur Vertragserfüllung anzuhalten oder auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Das gelte um so mehr, als das Verhalten des Beklagten kein Akt wettbewerbsmäßiger Abwehr sei. - Da das dem Beklagten obliegende Verbot der Selbstherstellung jedenfalls während der Laufzeit des Vertrages bestanden habe, gebe auch sein Hinweis, er habe erst nach Kündigung des Vertrages mit der ihm verbotenen Eigenproduktion begonnen, keinen

Anlaß zu einer ihm günstigeren Beurteilung. In diesem Zusammenhang könne dahingestellt bleiben, ob die in Art. 14 niedergelegte Verpflichtung des Beklagten rechtsbeständig sei, fünf Jahre nach Vertragsende die von ihm in Art. 5, 10, 11 und 12 übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Selbst wenn gegen die Rechtswirksamkeit dieser Bestimmung Bedenken deshalb bestehen könnten, weil Art. 14 entgegen der Regelung im deutschen Handelsgesetzbuch (HGB) eine über zwei Jahre nach Vertragsende hinausgehende Bindung vorsehe und keine Vereinbarung über eine angemessene Entschädigung enthalte (§ 90 a Abs. 1 Satz 2 und 3 HGB), so bedürfe dies keiner Prüfung im vorliegenden Rechtsstreit, da selbst eine Nichtigkeit des Art. 14 nicht die Nichtigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen zur Folge hätte. Denn es sei davon auszugehen, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB). Im übrigen lägen die Vertragsverstöße des Beklagten unstreitig vor der Beendigung des Vertrages am 31. Dezember 1957, so daß ein Verstoß gegen Art. 14 ohnehin ausscheide.

III. 1. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht nicht die Beweise erhoben habe, die der Beklagte für seine Behauptung angeboten habe, er sei zur Eigenherstellung (Klageantrag 3) und zum Vertrieb nicht von der Klägerin bezogener Schleif- und Poliermittel gezwungen gewesen, weil die Klägerin ihn nicht ausreichend beliefert gehabt habe (§ 286 ZPO). Dies habe der Beklagte auch dem Klageantrag 1 entgegengehalten. Bei der rechtlichen Würdigung dieses Anspruchs habe das Berufungsgericht den erwähnten Vortrag, den es nur im Hinblick auf den

Klageantrag 3 behandelt habe, überhaupt nicht berücksichtigt. Für die Revisionsinstanz sei mithin von der Richtigkeit dieses Vorbringens des Beklagten auszugehen.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß es auf diesen Vortrag nicht ankomme, sei rechtlich nicht zutreffend. Nach dem Vertrage habe den für den Beklagten bestehenden Wettbewerbsverboten der Art. 10 und 11 die korrespondierende Vertragspflicht der Klägerin gegenübergestanden, dem Beklagten in ausreichendem Maße Schleif- und Poliermittel zur Verfügung zu stellen, damit er seine Kunden beliefern und seinen Eigenbedarf decken konnte. Diese Verpflichtung der Klägerin habe bis zur Vertragsbeendigung bestanden. Da davon auszugehen sei, daß die Klägerin dem nicht nachgekommen sei, habe sie den Vertrag rechtswidrig und schuldhaft verletzt. Wer jedoch die eigene Vertragspflicht verletze und dennoch von seinem Vertragspartner die Erfüllung des Vertrages verlange, verstoße gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Nach diesem Grundsatz könne ein Vertragspartner die Einhaltung eines Wettbewerbsverbotes nicht verlangen, solange er seinerseits, sei es auch im Glauben an die Zulässigkeit seines Verhaltens, jedoch objektiv zu Unrecht, Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht erfülle, die dem Vertragspartner die Einhaltung der Wettbewerbsverbote überhaupt erst ermöglichen sollen. Demnach sei der Beklagte von seinen Unterlassungspflichten aus Art. 10 und 11 des Vertrages frei geworden und der vorvertragliche Zustand eingetreten, so daß - im Hinblick auf den weiter bestehenden Vertrag - dem Beklagten der Vertrieb nicht von der Klägerin bezogener Schleif- und Poliermittel und deren Eigenherstellung jedenfalls in dem Umfange gestattet gewesen

sei, als die Nichtbelieferung ihn dazu gezwungen habe. Daß er darüber hinausgegangen sei, habe das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Beklagte habe daher seinerseits keine positive Vertragsverletzung begangen.

2. a) Die Rügen der Revision sind nicht gerechtfertigt.

Soweit es sich um den auf Auskunftserteilung gerichteten Klageantrag zu 3 handelt, hat das Berufungsgericht unterstellt, daß die Klägerin ihrer Lieferpflicht nicht oder nur unvollständig nachgekommen sei. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß dieses Verhalten der Klägerin den Beklagten nicht berechtigt hätte, seinerseits den von ihm übernommenen Unterlassungspflichten zuwiderzuhandeln, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Denn bei der von ihm behaupteten Sachlage hätte der Beklagte die Klägerin, notfalls gerichtlich, zur Erfüllung ihrer vertraglichen Lieferpflicht anhalten oder auf Schadensersatz in Anspruch nehmen können. Von der in § 326 BGB geforderten Nachfristsetzung kann nur unter strengen Voraussetzungen abgesehen werden (BGH LM Nr. 2 zu § 326 (Dc)). Daß diese Voraussetzungen im Streitfall vorgelegen haben, hat der Beklagte substantiiert nicht vorgetragen. Der zwischen den Parteien damals bestehende Ausschließlichkeitsvertrag unterlag im übrigen wie jedes Dauerschuldverhältnis der Kündigung aus wichtigem Grunde (BGH NJW 51, 836). Wie unstreitig ist, hat der Beklagte von diesen Möglichkeiten, seine Rechte gegenüber einer Vertragsverletzung der Klägerin zu wahren, keinen Gebrauch gemacht.

Die Auffassung der Revision, daß gegen Treu und Glauben verstoße (§ 242 BGB), wer, obwohl er die eigene

Vertragspflicht verletze, dennoch von seinem Vertragspartner die Erfüllung des Vertrages verlange, trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Bei einem gegenseitigen Vertrag ist der Schuldner regelmäßig gehalten, zunächst von den ihm gegebenen Rechtsbehelfen der Leistungsverweigerung, des Zurückbehaltungsrechts, des Rücktritts, des Verlangens von Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder der Kündigung aus wichtigem Grunde Gebrauch zu machen. Denn dies sind die aus einer Vertragsverletzung sich möglicherweise ergebenden Ansprüche des Verletzten (RG JW 1921, 1232). Dagegen kann demjenigen gegenüber, der einen Anspruch aus einem solchen Vertrag geltend macht, auch dann, wenn ihm eine eigene Vertragsverletzung entgegeng gehalten werden kann, nicht allein wegen dieses Verhaltens der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung mit der Folge der Klageabweisung erhoben werden (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. § 242 Anm. 127). Vielmehr verstößt es gegen Treu und Glauben, die Nichterfüllung eines Vertrages nachträglich mit einer Tatsache zu begründen, aus der vorher dem Vertragspartner gegenüber kein Grund zur Nichterfüllung hergeleitet wurde (RGZ 123, 238, 240). Insbesondere sind dem einen Vertragspartei niemals positive Vertragsverletzungen deshalb gestattet, weil der andere Vertragspartner eine Vertragsverletzung begangen hat (RGZ aaO 242). Die von der Revision vertretene Auffassung, daß infolge der Vertragsverletzung der Klägerin der "vorvertragliche Normalzustand" mit der Folge eingetreten sei, daß nunmehr dem Beklagten der Vertrieb nicht von der Klägerin bezogener Erzeugnisse und deren Eigenherstellung entgegen den Vereinbarungen in Art. 10 und 11 des Vertrages jedenfalls in dem Umfange gestattet gewesen sei, als die Klägerin, wie hier zu

unterstellen ist, vertragswidrig ihre Lieferpflichten verletzte, trifft sonach nicht zu.

Es mögen zwar Fälle denkbar sein, in denen es rechtlich zulässig sein kann, daß ein Vertragsteil sich von vertraglichen Verpflichtungen loslöst, nachdem der Vertragspartner seinerseits den Vertrag nicht eingehalten hat. Wenn eine solche Folgerung aus dem vorausgegangenen Verhalten des Vertragspartners gezogen werden soll, darf dies jedoch jedenfalls nicht heimlich geschehen, sondern muß dem anderen Vertragsteil, sofern es diesem nicht ohnehin sogleich bekannt wird, mitgeteilt werden. Aus diesem Grunde geht auch der Hinweis der Revision auf das Urteil RG MuW 1929, 70 fehl. In jenem Falle hatte der bisherige Alleinvertreter eines Unternehmens nach Beendigung des Vertrages ein eigenes Geschäft aufgemacht und darin entgegen der vertraglichen Vereinbarung durch Rundschreiben Konkurrenzwaren angeboten. Er hatte dies im Rechtsstreit unter anderem damit begründet, daß er hierzu deshalb gezwungen gewesen sei, weil das Unternehmen ihn nicht zu den für die Dauer des Wettbewerbsverbotes vereinbarten Preisen weiterbeliefert habe. Das Reichsgericht hat hier die Auffassung vertreten, daß der Unternehmer, der die für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot vereinbarte Vertragsstrafe mit der Widerklage geltend machte, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht die Erfüllung eines Wettbewerbsverbotes verlangen könne, solange er seinerseits Verpflichtungen aus dem Vertrage nicht erfülle, die dem Vertragsgegner die Einhaltung des Wettbewerbsverbotes erst ermöglichen sollen. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem uneingeschränkt zu folgen ist. Jedenfalls liegt im Streitfall der Sachverhalt insofern anders, als der Beklagte sich von seiner Vertragsverpflichtung nicht in

einer für die Klägerin ohne weiteres wahrnehmbaren Weise, sondern heimlich losgesagt hat. Im übrigen haben in jenem Falle, wie die auf Wunsch des Allein- ~~XX~~ verreters erfolgte Abänderung der Wettbewerbsklausel zeigt, besondere Umstände vorgelegen, die hier nicht gegeben sind.

Demnach ist die Annahme des Berufungsgerichts, die vom Beklagten entgegen dem Verbot des Art. 11 des Vertrages vorgenommene Eigenherstellung stelle eine positive Vertragsverletzung dar, welche die Zuerkennung des Auskunftsanspruches rechtfertige, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. In der Tatsache, daß das Berufungsgericht die vom Beklagten angebotenen Beweise nicht erhoben hat, liegt daher kein Verfahrensfehler.

b) Soweit es sich um den den Offenbarungseid betreffenden Klageantrag zu 1 handelt, ist die Rechtslage die gleiche.

Das Berufungsgericht legt dar, daß der Klägerin der Anspruch auf Auskunft über diejenigen vom Beklagten vertriebenen einschlägigen Erzeugnisse, welche er entgegen Art. 10 des Vertrages nicht von der Klägerin bezogen habe, zustehe, weil eine schuldhaft positive Vertragsverletzung vorliege. Wenn das Berufungsgericht sich bei der Prüfung dieses Klageantrages nicht ausdrücklich mit den vorstehend (zu a) erörterten Rechtsfragen auseinandergesetzt hat, so beruht das offensichtlich darauf, daß der Beklagte während des Rechtsstreits die begehrte Auskunft erteilt hat und nunmehr lediglich darüber zu entscheiden gewesen ist, ob der Anspruch auf

Leistung des Offenbarungseides begründet ist. Ein entscheidungserheblicher Fehler liegt in diesem Vorgehen jedoch deshalb nicht, weil die Revisionsrüge, mit der die Unterlassung dieser Prüfung beanstandet wird, wie bereits ausgeführt, sachlich nicht begründet ist.

3. Die Revision greift schließlich die Annahme des Berufungsgerichts an, daß eine etwaige Nichtigkeit des Art. 14 des Vertrages nicht die Nichtigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen zur Folge hätte, da davon auszugehen sei, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre (§ 139 BGB).

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht angegeben, aus welchen tatsächlichen Feststellungen es einen dahingehenden Parteiwillen entnommen habe (§ 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO), kann im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Wenn nämlich mit dem Beklagten davon ausgegangen wird, daß der gesamte Vertrag nichtig gewesen sei, so könnte sich doch der Beklagte nicht mit Erfolg hierauf berufen, weil dem die Einrede der allgemeinen Arglist entgegenstehe (BGB-RGRK 11. Aufl. § 139 Anm. 16). Durch die Vereinbarung in Art. 14 des Vertrages, derzufolge der Beklagte verpflichtet gewesen ist, nach Vertragsbeendigung noch fünf Jahre lang unter anderem die in Art. 10 und 11 übernommenen Verpflichtungen einzuhalten, ist allein die Klägerin begünstigt, die am übrigen Verträge festhält. Wenn sich jedoch eine Partei unter Berufung auf die Vorschrift des § 139 BGB einer Vertragspflicht zu entziehen sucht, so kann ihr die Arglisteinrede jedenfalls dann

entgegeng gehalten werden, wenn sie die Vorteile, die sie auf Grund des Vertrages empfangen hat, behalten will (RGZ 91, 359, 362). Da nun der Beklagte die Vorteile des inzwischen beendeten Vertrages genossen hat, ist es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn er sich nunmehr, um sich seinen Verpflichtungen aus der Zeit zu entziehen, während der beide Parteien den Vertrag als gültig angesehen haben, auf die Nichtigkeit des ganzen Vertrages beruft.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob das in Art. 14 vorgesehene Wettbewerbsverbot in vollem Umfang unwirksam ist und dies die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben könnte.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland Jungbluth Sprenkmann Mösl Alff