

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 155/63

URTEIL

Verkündet am

28. Juni 1965

Klett,

Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED]-Ölbrenner-Bau, Edmund H [REDACTED] KG,
in H [REDACTED], Alte D [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Edmund H [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma O [REDACTED], Ölfeuerungsmaschinenbau GmbH, in
G [REDACTED] Kreis H [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer F [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. April 1963 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt mit der Klage Zahlung des restlichen Kaufpreises für gelieferte Ölbrenner im unstreitigen Betrage von 11 854,90 DM. Die Beklagte hat in den vorhergehenden Rechtszügen in erster Linie mit Schadensersatzansprüchen aufgerechnet, hilfsweise hat sie Widerklage auf Zahlung von 11 854,90 DM nebst Zinsen erhoben. Damit hat es folgende Bewandtnis:

Beide Parteien stellen Ölbrenner für Ölfeuerungen her. Nach der vom Deutschen Normenausschuß entwickelten Norm DIN 4755 (Ölfeuerungen in Heizungsanlagen, Richtlinien, Ausgabe Januar 1959), die Inhalt der bauaufsichtlichen Vorschriften ist, müssen alle in Deutschland zu verwendenden Ölbrenner seit Januar 1959 einer Baumusterprüfung unterzogen werden. Grundlage dieser Prüfung, die zur Erteilung eines Baumuster-Kennzeichens führt, ist die Norm DIN 4787. Durch die Prüfung sollen die Sicherheit und die Verbrennungseigenschaf-

ten der Ölbrenner erfaßt und eine gleichmäßige Güte gewährleistet werden. Die Baumusterprüfung wird bei Technischen Überwachungsvereinen durchgeführt. Jeder Ölbrenner, der den Anforderungen der Norm DIN 4787 entspricht und erfolgreich geprüft ist, trägt ein beim Fachnormenausschuß Heizung und Lüftung und bei den Prüfstellen hinterlegtes Herstellerzeichen sowie die ihm erteilte Baumuster-Nummer. Wird ein Gerät angebracht, ist dem Baumuster-Kennzeichen noch das Verbandzeichen DIN hinzuzusetzen. Die Hersteller müssen sich verpflichten, künftig alle Geräte nur in der geprüften normgerechten Ausführung herzustellen.

Die Klägerin erwarb Baumuster-Kennzeichen für ihre Ölbrenner. Die Beklagte konnte im Jahre 1959 nicht damit rechnen, daß der von ihr selbst entwickelte Ölbrenner die Baumusterprüfung bestehe. Die Beklagte war deshalb mit der Klägerin in Verbindung getreten, um von ihr Brenner zu beziehen. Es kam zum Abschluß eines Vertrages vom 29. September 1959. Dieser Vertrag sieht auszugsweise folgendes vor:

- "1.) H. (Beklagte) gibt O. (Klägerin) per 1. Oktober 1959 auf Abruf 1.000 Stück Ölbrenner des jetzigen und künftigen Ölbrennerprogramms in Auftrag.

Aus dieser Abschlußmenge von 1.000 Stück werden von H. bis 31. Dezember 1960 mindestens 500 Druckzerstäuber in der von H. gewünschten Ausführung abgenommen. Brenner in dieser Ausführung werden während der Vertragsdauer nur an H. geliefert.

- 2.) Alle Urheberrechte, Entwicklungsrechte, erteilte oder beantragte Schutzrechte jeder Art an sämtlichen O.-Ölbrennern stehen allein O. zu und dürfen von H. nicht benutzt werden, insbesondere verpflichtet sich H. unwiderruflich, keine O.-Erzeugnisse nachzubauen ...



.....

- 7.) Der Vertrag verlängert sich automatisch um weitere zwölf Monate, falls dieser nicht spätestens drei Monate vor dem jeweiligen Vertragsende von einer der beiden Parteien gekündigt wird."

Die Abruffrist wurde im Herbst 1960 bis zum 31. Dezember 1961 verlängert. Ferner vereinbarten die Parteien durch Schreiben der Klägerin vom 26. April 1960 folgendes:

"Wir bestätigen hierdurch, daß wir der Firma H. [REDACTED] Kundenschutz gewähren für einzelne, uns namentlich von H. [REDACTED] zu nennende Kunden, die nachweislich von H. [REDACTED] bearbeitet und mit Brennern aus der O. [REDACTED]-Produktion beliefert werden, sofern diese Kunden nicht bereits mit O. [REDACTED] oder anderen Verkaufsvertretungen in Verbindung stehen. D.h. wir verpflichten uns, mit diesen Kunden nicht direkt in Verbindung zu treten und direkte Angebote abzugeben.

Wir erklären uns gleichzeitig bereit, jede notwendige technische Unterstützung zu geben und im Bedarfsfall einen Ingenieur oder Meister zur Verfügung zu stellen nach Vereinbarung."

Bei Abschluß des Vertrages vom 29. September 1959 war zwar durch DIN 7755 schon die Baumusterprüfung vorgeschrieben. Es war jedoch noch nicht angeordnet, daß nur Ölbrenner, die die Baumusterprüfung bestanden haben, eingebaut werden dürfen und daß Ölbrenner das Baumuster-Kennzeichen tragen müssen. Das geschah für das Verkaufsgebiet der Beklagten (Niedersachsen) erst durch gemeinsamen Runderlaß des Niedersächsischen Finanzministers und des Niedersächsischen Ministers des Innern vom 22. Juni 1960 für die Zeit ab 1. Januar 1961. Aufgrund dieser Anordnung kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien über die weitere Vertragsabwicklung.

Als zu erwarten war, daß die Klägerin nunmehr die von ihr hergestellten Ölbrenner mit ihrem Baumuster-Kennzeichen versehen werde, widersprach dem die Beklagte. Sie wollte vermeiden, daß die Klägerin als Herstellerfirma auf dem Geräteschild zu erkennen war. Sie wollte vielmehr von der Möglichkeit, sich eine eigene Baumuster-Nummer für den Ölbrenner der Klägerin erteilen zu lassen, Gebrauch machen. Nach DIN 4787 muß der Antragsteller die gesamten Prüfunterlagen für eine sogenannte Vollprüfung einreichen. Die Beklagte verlangte deshalb von der Klägerin die Bereitstellung der Prüfunterlagen. Das verweigerte jedoch die Klägerin. Sie ist nicht damit einverstanden, daß die Beklagte für die von ihr, der Klägerin, hergestellten Ölbrenner ein eigenes Baumuster-Kennzeichen erhält.

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe ihr dadurch Schaden zugefügt, daß sie nicht dazu mitgewirkt habe, daß sie, die Beklagte, ein eigenes Baumuster-Kennzeichen erhalte. Der Erwerb eines solchen Kennzeichens sei ihr mit Zustimmung der Klägerin möglich gewesen. Ferner leitet die Beklagte Schadensersatzansprüche daraus her, daß die Klägerin das ihr, der Beklagten, eingeräumte Alleinvertriebsrecht mit Gebietsschutz verletzt habe. Sie, die Beklagte, habe ein Optionsrecht für die Gebiete der Postleitzahlen 20 a und 20 b erhalten. Im Revisionsrechtszuge macht die Beklagte als Vertragsverstoß in dieser Hinsicht nur noch geltend, die Klägerin habe einer Firma Hempelmann in Hildesheim ein Mitverkaufsrecht eingeräumt mit der Aussicht, die Generalvertretung in diesem Gebiet zu erhalten.

Das Landgericht hat der Klage bis auf eine geringfügige Zinsmehrforderung stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist zu-

rückgewiesen worden.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die Widerklage abweist, und Verurteilung der Klägerin nach dem Widerklageantrage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision kann keinen Erfolg haben.

I. Schadensersatz wegen Baumuster-Kennzeichen.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin sei aufgrund des Vertrages vom 29. September 1959 nicht verpflichtet gewesen, dabei mitzuwirken, daß die Beklagte für die von der Klägerin noch zu beziehenden Brenner ein eigenes Baumuster-Kennzeichen erwerbe. Bei Vertragsschluß sei den Parteien bereits bekannt gewesen, daß künftig nur solche Brenner eingebaut werden dürften, die den Bedingungen der DIN 4787 entsprächen. Gerade der Erlaß der Bestimmungen DIN 4755 und 4787 sei der Anlaß zum Abschluß des Vertrages gewesen. Die beteiligten Kreise, so stellt das Berufungsgericht fest, hätten zur Zeit des Vertragsabschlusses schon damit gerechnet, daß diese Bestimmungen verpflichtend werden würden. Auch hätten nach dem damaligen Stande die Parteien nur davon ausgehen können, ein Hersteller, nicht ein Wiederverkäufer, werde die Baumusterkennzeichen-Prüfung beantragen können; denn ursprünglich sei nur an Baumuster-Nummern für Hersteller gedacht worden. Wenn im Verträge vom 29. September 1959 trotz dieser Umstände bewußt

keine Regelung dahin getroffen sei, daß die Beklagte ein eigenes Baumuster-Kennzeichen erwerben dürfe, so spreche das gegen die Auslegung, die die Beklagte dem Verträge gebe. Die Klägerin habe auch der Beklagten das in Anspruch genommene Recht nicht zugestehen wollen. Das ergebe sich aus der Nummer 2 des Vertrages. Dort sei ein Baumuster-Kennzeichen zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch lasse die Fassung erkennen, daß die Klägerin der Beklagten keinerlei eigene Auswertungsrechte am Ölbrenner einräumen wollte. Sie habe sich alle an ihrem Erzeugnis möglichen Rechte, bereits bekannte und erst in Zukunft entstehende, selbst vorbehalten wollen. Unter diesen Umständen sei die Klägerin auch nachträglich, nachdem Baumuster-Kennzeichen verbindlich geworden waren, nicht verpflichtet gewesen, dem Verlangen der Beklagten auf Mitwirkung bei der Erlangung eines eigenen Baumuster-Kennzeichens nachzukommen. Ein dahingehender Handelsbrauch habe mindestens in jener Zeit nicht bestanden. Auch nach Treu und Glauben sei eine Pflicht der Klägerin nicht begründet worden. Im übrigen sei der Klägerin, weil für die Zeit ab 1. Januar 1961 die Baumuster-Kennzeichen für allgemeinverbindlich erklärt seien, eine Abwicklung des Vertrages durch Lieferung der Ölbrenner ohne Herstellerzeichen undurchführbar und unmöglich geworden.

2. Die Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Brenner vereinbarungsgemäß unter der Firmenbezeichnung der Beklagten vertrieben und deshalb neutral, d.h. ohne Kennzeichnung der Klägerin als Herstellerin, geliefert werden sollten. Gegen diese Vertragspflicht habe die Klägerin verstoßen. Entgegen

der Auffassung des Berufungsgerichts sei der Klägerin die vereinbarte Leistung nach der verbindlichen Einführung der Baumuster-Kennzeichnung nicht unmöglich geworden. Denn der Klägerin sei zuzumuten gewesen, der Beklagten zu gestatten, ein eigenes Baumuster zu erwerben. Dann hätte sie die Lieferung in gesetzlich zulässiger Weise fortsetzen können.

Der Gedankengang der Revision ist indessen unzutreffend. Nachdem das Baumuster-Kennzeichen verbindlich geworden war, gab es nur die Möglichkeit, die bestellten Ölbrenner ^{entweder} mit einem Kennzeichen der Klägerin oder mit einem Kennzeichen der Beklagten in den Handel zu bringen. Eine Abnahme von Ölbrennern mit dem Kennzeichen der Klägerin verweigerte die Beklagte. War die Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, nicht verpflichtet, dazu mitzuwirken, daß die Beklagte ein eigenes Kennzeichen erwarb, und konnten die Ölbrenner deshalb nicht mit einem Kennzeichen der Beklagten versehen werden, so war die Klägerin seit dem 1. Januar 1961 nicht mehr in der Lage, die Brenner in der von der Beklagten gewünschten und möglicherweise vereinbarten ^{völlig} "neutralen" Ausführung zu liefern. Dann lag für die Klägerin fortan ein Unvermögen zur Leistung vor und es entfielen jegliche Schadensersatzansprüche der Beklagten. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht geprüft, ob die Klägerin aus dem Vertrage vom 29. September 1959 heraus verpflichtet war, der Beklagten die Möglichkeit zu verschaffen, die Ölbrenner mit einem eigenen Kennzeichen zu versehen.

b) Die Auslegung, die das Berufungsgericht dem Vertrage gibt, greift die Revision vergeblich an. Sie bewegt sich im wesentlichen auf dem ihr verschlossenen Gebiet der Auslegung eines Individualvertrages.

Das Berufungsgericht legt ersichtlich den Vertrag dahin aus, daß eine Lieferung der Brenner ohne Baumuster-Kennzeichen nur solange erfolgen sollte, wie die Kennzeichnung nicht vorgeschrieben war. Aus der Tatsache, daß die Parteien für die spätere Zeit bewußt keine Regelung getroffen haben, die Klägerin sich jedoch alle möglichen Auswertungsrechte vorbehalten habe, schließt das Berufungsgericht, die Klägerin habe die Erklärung der Beklagten dahin verstehen dürfen, daß nach der verbindlichen Einführung der Kennzeichnungspflicht ihr eigenes, nicht aber ein Kennzeichen der Beklagten anzubringen sei. Diese Auslegung ist möglich. Ob, wie das Berufungsgericht meint, das Baumuster-Kennzeichen Schutz nach dem Warenzeichengesetz genießt, kann dahingestellt bleiben. Tragender Kern der Ausführungen des Berufungsgerichts ist die Auffassung, daß die Klägerin der Beklagten keinerlei eigene Auswertungsrechte, welcher Art sie auch sein mögen, hat einräumen wollen. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob die Rüge der Revision durchgreift, das Berufungsgericht habe den Zeugen Bartsch mißverstanden, wenn es meint, dieser habe bekundet, auch die von der Klägerin verkauften "neutralen" Ausführungen seien mit dem Baumuster-Kennzeichen der Klägerin versehen gewesen. Es handelt sich um eine Hilferwägung, wie aus dem Satz hervorgeht: "Wenn die Beklagte trotzdem die Brenner ohne Beanstandungen weiter angenommen haben sollte, wäre das ein Indiz dafür, daß sie damals selbst noch nicht der Meinung war, am Brenner dürfe auf keinen Fall erkennbar sein, daß es sich um ein Erzeugnis der Klägerin handelt."

Wenn ferner die Revision allgemein unter Berufung auf Treu und Glauben dem Vertrage eine Nebenpflicht der Klägerin auf Mitwirkung zur Beschaffung eines eigenen

Kennzeichens für die Beklagte entnehmen will, so geht auch das fehl. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum eine solche Verpflichtung nach Treu und Glauben verneint. Es konnte sich dabei entgegen der Auffassung der Revision auch darauf beziehen, daß die Beklagte noch im Herbst 1960 sich die Abnahmefrist vom 31. Dezember 1960 bis zum 31. Dezember 1961 verlängern ließ, obwohl sie ihre Wünsche hinsichtlich eines eigenen Baumuster-Kennzeichens nicht hatte durchsetzen können. Das Berufungsgericht hätte schließlich auch nicht, wie die Revision meint, deshalb zu einer anderen Auslegung kommen müssen, weil die Klägerin sich mit Schreiben vom 20. Februar 1961 bereit erklärt hatte, der Beklagten ein eigenes Baumuster-Kennzeichen unter bestimmten Voraussetzungen zu überlassen, wie der Vereinbarung einer Vertragsdauer von drei Jahren, einer verbindlichen Mengenabnahme und der Verpflichtung, selbst keine Ölbrenner herzustellen. Daraus braucht keineswegs entnommen zu werden, daß die von der Klägerin angegebenen Weigerungsgründe nur vorgeschützt waren. Bei längerer Vertragsdauer und bestimmten Bindungen der Beklagten konnte der Klägerin sehr wohl eine Gestattung wirtschaftlich sinnvoll erscheinen, während sie bei dem einmaligen Auftrag von 1000 Ölbrennern Bedenken hinsichtlich einer etwaigen Gefährdung ihrer Interessen haben durfte.

Wenn nach der bindenden Auslegung des Berufungsgerichts die Klägerin gerade nicht verpflichtet war, die Beklagte beim Erwerb eines eigenen Baumuster-Kennzeichens zu unterstützen, kommt es entgegen der Meinung der Revision auch nicht darauf an, ob ihr eine Mitwirkung zuzumuten gewesen wäre. Allenfalls hätte von Bedeutung sein können, ob es für die Beklagte unzumutbar gewesen wäre, von der Klägerin Ölbrenner mit deren Bau-

muster-Kennzeichen abzunehmen. Dazu hat die Beklagte jedoch in den Tatsachenrechtszügen nichts vorgetragen. Im Gegenteil hat das Berufungsgericht festgestellt, daß ein in diese Richtung gehender Handelsbrauch nicht bestanden habe, und daß ursprünglich überhaupt nur an Baumuster-Nummern für Hersteller gedacht worden ist. Im übrigen versteht die Revision die Aussage des Zeugen Bartsch gerade dahin, daß die Klägerin "neutrale" Lieferungen für andere Kunden mit ihrem Kennzeichen versehen habe. Diese anderen Kunden müssen sich also mit einem Baumuster-Kennzeichen der Klägerin abgefunden haben.

II. 1. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Alleinvertriebsrechtes wird im Revisionsverfahren nur noch auf folgenden Vorgang gestützt: Die Klägerin richtete am 10. Oktober 1959 an die Beklagte einen Brief, der auszugsweise wie folgt lautet:

"Aus den gestern und heute mit Ihnen geführten Verhandlungen haben wir den Eindruck gewonnen, daß es Ihnen darauf ankommt, die lt. Vertrag zu liefernden Ölbrenner möglichst ungestört durch Angebote Dritter, sei es auch durch uns, verkaufen zu können. Wir haben Ihnen ausführlich dargelegt, warum wir ein Interesse daran haben, unsere Ölbrenner zur Gewährleistung einer einheitlichen Marktwerbung im gesamten Bundesgebiet anzubieten und verkaufen zu können. Unsere Vorstellung ist es, in nicht zu ferner Zukunft die von uns hergestellten Ölbrenner über regionale Verkaufsvertretungen, (Werksvertretungen) absetzen zu können, welche sämtliche Wiederverkäufer in dem jeweiligen Gebiet erfassen und bearbeiten und auch an diese verkaufen. Wir sind bereit, Ihnen die Anwartschaft auf eine solche Vertretung für den Raum der Postleitzahlgebiete 20a und 20b zu geben. Aus diesem Grunde sichern wir Ihnen zu, daß wir während der Laufzeit des mit Ihnen geschlossenen Vertrages keine anderweitigen Vereinbarungen über die Vergabe einer Vertretung treffen werden, ohne nicht vorher mit

Ihnen entsprechende Verhandlungen zu führen. Wenn sich die mit dem vereinbarten Liefervertrag verbundenen Verkaufserwartungen, die wir für den Raum 20a und 20b haben, erfüllen, so glauben wir schon jetzt sagen zu dürfen, daß wir Ihnen die Vertretung mit Vorrang überlassen ... Wir werden auch keinem anderen Käufer die Preise unserer Abschlußgruppe 500 einräumen. Sollte im einzelnen Falle ein Interessent für entsprechende Brenner Mengen, wofür die Preise der Abschlußgruppe 500 gewährt werden müßten, auftreten, so verpflichten wir uns, Sie davon in Kenntnis zu setzen, und wir werden Sie zu einer Erörterung der damit auftretenden Probleme einladen. Sofern Sie hierbei in irgend einer Weise unsere Interessen unterstützen können, so werden wir dies entsprechend berücksichtigen. Die Vergabe einer Vertretung für unsere neuen Brenner Typ O [REDACTED] möchten wir nach gleichen Gesichtspunkten behandeln. Auch hierbei sichern wir Ihnen zu, daß wir bereit sind, Ihnen die Vertretung zu übertragen, wenn das jetzige Vertragsverhältnis uns nicht zu gegenteiligen Entscheidungen veranlaßt. Im Augenblick sind wir noch nicht in der Lage, wegen dieses Brennertyps feste Zusagen zu machen, weil wir ganz allgemein über den Vertrieb dieses Brenners noch Überlegungen anstellen müssen ..."

Mit Schreiben vom 3. August 1960 beanstandete die Klägerin, daß die Beklagte die bestellten Brenner nicht im vertraglich-vorgesehenen Umfange abnehme. In dem Schreiben heißt es dann weiter:

"Schon früher stellten wir fest, daß Sie wohl auch darauf ausgingen, uns zu Zugeständnissen bewegen zu wollen, wonach wir den Raum Niedersachsen, insbesondere die Postleitzahlgebiete 20a und 20b nicht mehr bearbeiten sollten, worunter Sie auch die Unterlassung jeglicher, selbst preisneutraler Werbung verstehen wollten. Auf diese Wünsche sind wir - wenn auch widerstrebend - eingegangen. Mehrfach haben Sie dann - allerdings völlig unverbindlich - geäußert, Sie wollten nunmehr im Raume Hannover ... auch offen für uns, bzw. unsere Marke auftreten. Daß der ganze Raum Niedersachsen oder größere Gebiete davon - auch nicht die Leitzahlgebiete 20a und 20b als Vertretungsgebiet nicht mehr in Frage kamen, ist von uns unmißverständlich erklärt worden. Unsere Zusicherung, vor Vergabe einer festen

Vertretung für Niedersachsen mit Ihnen ins Benehmen zu treten war - siehe unsere schriftlichen Erklärungen - an die Erfüllung des Liefervertrages gebunden. Mindestens hätten Sie durch angemessene Teilabnahme nachweisen müssen, Ihrerseits die von uns bezeichneten Voraussetzungen für die Vergabe unserer Vertretung an Sie erfüllen zu können, wobei wir immer gesagt haben, auch den (nachgewiesenen) guten Willen für die Tat nehmen zu wollen.

Doch ganz unabhängig von all diesen verschiedenen Möglichkeiten, zu einer für beide Teile befriedigenden Zusammenarbeit zu gelangen, hätte es über einen längeren Zeitraum nur Ihrer Erklärung bedurft, um daraus eine feste und offene Vertretung zu machen Gegenüber Prokurist H. [REDACTED] hatten Sie für die unmittelbar folgenden Tage eine endgültige Erklärung angekündigt, womit Sie unsere Vertretung offen übernehmen wollten. Bis zu den jetzt geführten Telefongesprächen, die übrigens von uns ausgingen, haben wir aber von Ihnen nichts mehr gehört. Wir haben Ihr Schweigen als Absage aufgefaßt und nunmehr mit der Firma He [REDACTED] in Hildesheim einen Vertretungsvertrag für die Postleitgebiete 20a und 20b von Niedersachsen geschlossen ..."

Die Beklagte glaubt, ihr sei mit dem Schreiben der Klägerin vom 10. Oktober 1959 ein Alleinvertriebsrecht für Niedersachsen eingeräumt worden, zumindest habe die Klägerin die Verpflichtung verletzt, die Gebietsvertretung nicht zu vergeben, ohne vorher mit ihr, der Beklagten, verhandelt zu haben. Die Klägerin macht als Schaden den Betrag geltend, den sie als Gewinn erzielt hätte, wenn die Klägerin ihr die Alleinvertretung für Niedersachsen anstelle der Firma He [REDACTED] übertragen hätte.

2. Das Berufungsgericht tritt der Auffassung des Landgerichts bei, daß die Klägerin nicht schon durch das Schreiben vom 10. Oktober 1959 der Beklagten die Vertretung für die Postleitgebiete 20 a und 20 b übertragen habe. Das Landgericht hat ausgeführt, dieses Schreiben enthalte nur Versprechungen, die immer wieder an die

Bedingung geknüpft worden seien: "Wenn sich die mit dem vereinbarten Liefervertrag verbundenen Verkaufserwartungen erfüllten" und "wenn das jetzige Vertragsverhältnis uns nicht zu gegenteiligen Entscheidungen veranlaßt". Das Berufungsgericht würdigt darüber hinaus das Schreiben dahin, der Beklagten sei nur in Aussicht gestellt worden, daß sie die Vertretung für das angegebene Gebiet erhalten werde. Das Berufungsgericht meint weiter, es könne offenbleiben, ob sich die Klägerin der Beklagten gegenüber wenigstens wirksam verpflichtet habe, die Vertretung für den angeführten Bezirk nicht ohne vorherige Verhandlungen mit ihr, der Beklagten, anderweitig zu vergeben. Denn es sei nicht ersichtlich, daß die Verhandlungen mit der Beklagten zu einem Abschluß in dem von der Beklagten gewünschten Sinne geführt hätten. Jedenfalls sei aber die Bedingung, von der die Klägerin die Verhandlungszusicherung abhängig gemacht habe, nämlich die Erfüllung der mit dem Bezugsvertrag verbundenen Verkaufserwartung, nicht eingetreten. Unstreitig habe die Beklagte vom 29. September 1959 bis zum Zeitpunkt des Runderlasses des Niedersächsischen Finanzministers und des Niedersächsischen Ministers des Innern vom 22. Juni 1960 von den bestellten 1000 Brennern höchstens 100 abgenommen. Der Vertretungsvertrag mit der Firma He [REDACTED] verstoße auch nicht gegen die Kundenschutzzusage vom 26. April 1960. Die Beklagte habe nicht dargetan, daß sie mit der Firma H [REDACTED] in der Weise in Geschäftsverbindung gestanden habe, wie es als Voraussetzung für den Kundenschutz vereinbart gewesen sei, und daß die Beklagte für die Firma H [REDACTED] ausdrücklich Kundenschutz begehrt habe.

3. Diese Auffassung greift die Revision ohne Erfolg an. Die Auslegung, daß das Schreiben vom 10 Oktober

1959 noch nicht die Übertragung der Vertretung zum Inhalt gehabt, sondern sie lediglich in Aussicht gestellt habe, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Wenn die Revision meint, die Auslegung sei mit dem Wortlaut des Schreibens unvereinbar, so kann ihr nicht gefolgt werden.

Entgegen der Auffassung der Revision konnte das Berufungsgericht auch dahingestellt sein lassen, ob die Klägerin sich verpflichtet hatte, mit der Beklagten zu verhandeln, bevor sie die Vertretung einem anderen übergibt. Die Revision ist ersichtlich der Ansicht, die Klägerin habe der Beklagten die Vorhand eingeräumt etwa in dem Sinne, daß sie sich verpflichtet habe, den Abschluß des Vertretervertrages in erster Linie der Beklagten anzubieten. Dann könnte allerdings für die Beklagte das Recht begründet worden sein, daß die Klägerin ihr ein Angebot mache, das die Beklagte hätte annehmen können. So ist die tatrichterliche und für das Revisionsgericht bindende Auslegung des Berufungsgerichts aber nicht zu verstehen. Das Berufungsgericht meint lediglich, die Klägerin könne sich verpflichtet haben, mit der Beklagten zu verhandeln, bevor sie einen Entschluß über die Vergebung der Vertretung faßte. Ob sie den Vertrag schloß, stand in ihrem freien Belieben. Dabei durfte sie sich möglicherweise nicht von unsachlichen Gründen leiten lassen. In dieser Hinsicht stellt das Berufungsgericht aber fest, daß die Erwartungen, die die Klägerin an den Vertrag vom 29. September 1959 geknüpft hatte, sich nicht erfüllt hatten. Die Beklagte hatte unstreitig nicht die vereinbarte Zahl von Brennern abgenommen. Dabei brauchte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision nicht der Frage nachzugehen, worauf im einzelnen die Verzögerung zurückzuführen war. Wie die Revision selbst hervorhebt und sich

aus dem Schreiben der Klägerin vom 3. August 1960 ergibt, bestanden zwischen den Parteien jedenfalls erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Abwicklung des Vertrages. Wenn unter diesen Umständen die Klägerin davon Abstand nahm, mit der Beklagten einen Vertretervertrag zu schließen, so hat sie ihren Entschluß nicht aus willkürlichen und unbilligen Gründen gefaßt. Auf jeden Fall hält aber die Erwägung des Berufungsgerichts der rechtlichen Nachprüfung stand, es sei nicht ersichtlich, daß die Verhandlungen mit der Beklagten zum Abschluß eines Vertretungsvertrages geführt hätten. Fehlt die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe seine Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO verletzt, weil es nicht geprüft habe, ob die von der Klägerin mit der Firma H. [REDACTED] vereinbarten Vertragsbedingungen auch von der Beklagten angenommen worden wären. Daß die Beklagte zur Begründung ihres Schadensersatzanspruches darlegen mußte, sie würde, wenn die Klägerin mit ihr und mit der Firma H. [REDACTED] verhandelt hätte, den Vertrag anstelle der Firma Hempelmann geschlossen haben, ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Behauptungs- und Beweislast. Daß es der Beklagten gelungen wäre, mit der Klägerin einen Vertrag zu schließen, lag angesichts der Meinungsverschiedenheiten der Parteien keineswegs auf der Hand. Eine Verpflichtung des Berufungsgerichts, die anwaltlich vertretene Beklagte in dieser Hinsicht zu belehren, bestand nicht.

III. Die Revision der Beklagten war daher auf ihre Kosten (§ 97 ZPO) zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann