

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

2097 068

BGB §§ 687, 242 B, Ba, 259

- 1.) Hat ein inländischer Lieferant für das Gebiet eines ausländischen Staats einen Alleinverkaufs- und Alleinvertretervertrag geschlossen, so ist er in der Regel nicht verpflichtet, einem inländischen Kunden zu untersagen, die bezogenen Waren an dessen Tochterunternehmen weiterzuliefern, das in dem betreffenden Ausland ansässig ist.
- 2.) Auch wenn eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung darauf beruht, daß der Verpflichtete ein Alleinverkaufsrecht verletzt hat, brauchen Angaben, deren Ausnutzung zu Wettbewerbszwecken nahe liegt, nur insoweit gemacht zu werden, als sie zur Erreichung des Vertragszweckes erforderlich sind (Ergänzung zu BGHZ 10, 385).
- 3.) Ein das Verlangen nach Offenbarungseidesleistung rechtfertigender Grund zu der Annahme, daß die in einer Auskunft enthaltenen Angaben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, besteht nicht schon deshalb, weil der Auskunftspflichtige die zur Auskunftspflicht führende Vertragsverletzung schuldhaft begangen hat oder ursprünglich eine Auskunftserteilung verweigert hatte.

BGH, Urt. v. 23. März 1966 - VIII ZR 295/63 OLG Frankfurt (Main)
 LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 295/63

URTEIL

Verkündet am
23. März 1966
Klett, Justiz-
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma F[REDACTED] Società anonima a responsabilità limitata
in Liquidation, M[REDACTED], Via del Fu[REDACTED], vertreten durch
ihren Liquidator Alfred Sch[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma F[REDACTED] Fabrik für Press-Stoffe und Automobil-
Zubehör GmbH in Fr[REDACTED]/M[REDACTED], Neue Ma[REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihre gemeinschaftlich vertretungsbe-
rechtigten Geschäftsführer Alexander Mau[REDACTED] und Dr. Ing.
Heinz S[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 22. Oktober 1963 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung italienischen Rechts, übernahm im Sommer 1953 den Alleinverkauf und die Alleinvertretung der Erzeugnisse der Beklagten für Italien. Die Beklagte fertigt Preßstoffe und Automobilzubehör, insbesondere Bremsbeläge und -bänder, an. Nachdem die Klägerin in den Jahren 1953 und 1954 als Alleinvertreterin der Beklagten tätig gewesen war, vereinbarten die Parteien die Verlängerung des Vertragsverhältnisses um jeweils ein Jahr, falls nicht spätestens 3 Monate vor Abschluß jedes Jahres das Vertreterverhältnis von einer der Parteien gekündigt werde. Mit Schreiben vom 18. Januar 1956 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. Dezember 1956.

Seit Anfang des Jahres 1956, nach Ausspruch der Kündigung, lieferte die Beklagte ihre Erzeugnisse auch an die



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Firma H. [REDACTED] in M. [REDACTED]. Die Klägerin, die sich seit dem 1. Oktober 1956 in Liquidation befindet, nimmt die Beklagte auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung darüber in Anspruch, an welche in Italien ansässigen Firmen, in welcher Menge und zu welchen Verkaufspreisen sie in der Zeit vom 1. August 1953 bis 31. Dezember 1956 ihre Erzeugnisse geliefert hat. Die Klägerin verlangt ferner Leistung des Offenbarungseides und Schadensersatz. Die Beklagte hat mit der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 36.097,70 DM und 94,60 DM Wechselspesen für gelieferte Waren begehrt. Diese Warenforderung ist an sich unstreitig; die Klägerin glaubt aber, sie könne wegen Mängel der Waren die Wandlung geltend machen und Schadensersatz verlangen. Sie rechnet ferner gegen die Forderung der Beklagten mit ihrer Schadensersatzforderung wegen Verletzung des Alleinvertriebsrechts auf.

Das Landgericht hat die Klage auf Auskunftserteilung in der Hauptsache für erledigt erklärt, die Klage im übrigen abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte 5.390,96 DM nebst Zinsen und 94,60 DM Wechselspesen zu zahlen.

Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin mit der Berufung weiterhin die Auskunftserteilung und Rechnungslegung begehrt. Ferner verlangt sie Zahlung von 81.884,46 DM nebst Zinsen wegen der Verletzung des Alleinvertriebsrechtes und die Verurteilung der Beklagten, allen weiteren durch die Vertragsverletzung entstandenen Schaden, der sich nach der zu erteilenden Auskunft errechnet, zu ersetzen, sowie die vollständige Abweisung der Widerklage.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge des zweiten Rechtszuges weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:A. Auskunftserteilung

I. Die Beklagte hat im ersten Rechtszuge erklärt, sie habe in der Zeit vom 1. August 1953 bis zum 31. Dezember 1956 außer der Klägerin lediglich die Firma Rudolf H. in M. mit ihren Erzeugnissen beliefert, allerdings erst nach Ausspruch der Kündigung vom 18. Januar 1956. An die Firma H. habe sie vom 3. Februar bis 8. August 1956 Waren im Werte von insgesamt 73.955,65 DM geliefert, weiter in der Zeit vom 10. August bis 31. Dezember 1956 Waren im Werte von insgesamt 130.755,96 DM. Weitere Lieferungen an H. oder dritte Personen seien in der Zeit vom 1. August 1953 bis 31. Dezember 1956 für den italienischen Raum nicht erfolgt. Auf eine Beanstandung der Klägerin hin hat die Beklagte ferner erklärt, bis zum 31. Dezember 1956 habe sie in Höhe von weiteren 5.663,- DM Aufträge der Firma H. entgegengenommen, die aber nicht mehr bis zum 31. Dezember 1956 erledigt worden seien.

Das Berufungsgericht führt aus, der Alleinvertretungsvertrag, der erst am 31. Dezember 1956 ein Ende gefunden hat, habe die Beklagte gehindert, andere Unternehmen in Italien als die Klägerin mit ihren Erzeugnissen zu beliefern. Soweit der Klägerin ein Schaden entstanden sei, sei die Beklagte zur Auskunft verpflichtet. Ihrer Auskunftspflicht habe sie jedoch genügt. Das Landgericht habe rechtsirrig den Anspruch der Klägerin auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung in der Hauptsache für erledigt erklärt. Dem Antrag der Beklagten, die Hauptsache für erledigt zu erklären, hätte angesichts des Widerspruchs der Klägerin nicht stattgegeben werden dürfen. Vielmehr

hätte das Berufungsgericht den Klageanspruch auf Auskunft und Rechnungslegung als unbegründet abweisen müssen. Wegen des Verbotes der Schlechterstellung des Rechtsmittelklägers habe jedoch, weil die Beklagte keine Anschlußberufung eingelegt habe, die Entscheidung des Landgerichts nicht abgeändert werden können.

II. Die Revision, die die Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung weiterhin begehrt, kann keinen Erfolg haben.

1. a) Die Revision glaubt einmal, daß die Beklagte ihre Verpflichtung zur Auskunftserteilung deshalb nicht vollständig erfüllt habe, weil sie, wie sie selbst zugibt, in ihre Auskunft nicht solche Waren aufgenommen hat, die sie an außerhalb Italiens ansässige Unternehmen geliefert hat, die diese Unternehmen dann aber an ihre Vertretungen in Italien ausgeführt haben. Es handelt sich dabei im wesentlichen um deutsche Automobilfabriken mit italienischen Vertretungen, so etwa das Volkswagenwerk mit der Vertragsfirma A. [REDACTED] und die Mercedes-Werke mit ihren italienischen Vertretungen.

Das Berufungsgericht meint, nach dem Inhalt des Alleinvertretungsvertrages sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, die Belieferung außerhalb Italiens ansässiger Unternehmer, die ihrerseits die fremdbezogenen Waren an ihre Vertretungen in Italien ausführten, zu unterlassen. Das ergebe sich schon durch Auslegung der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen. Die Annahme, daß die Beklagte der Klägerin, die seinerzeit erst ein im Aufbau befindliches Unternehmen gewesen sei, die Alleinvertretung angeboten hätte, wenn sie damit die Verpflichtung eingegangen wäre, auch ihren inländischen Abnehmern die Ausfuhr der von ihr bezogenen Erzeugnissen nach Italien zu verbieten,

liege außerhalb jeder vernünftigen Erfahrung. Denn die Beklagte habe, wie sie unbestritten vorgetragen habe, an deutsche Automobilfabriken Erzeugnisse in ganz erheblichem Umfange geliefert und hätte diese Lieferungen gefährdet, wenn sie ihren Großkunden Ausfuhrvorschriften auferlegt hätte. Der Verkauf von Erzeugnissen der Beklagten durch Vertretungen deutscher Automobilfabriken stelle eine Vertretung der Beklagten und einen Verkauf für die Beklagte nicht dar, wenn diese Erzeugnisse den Vertretungen von ihren Mutterfirmen geliefert worden sind. Auch die Klägerin habe das ihr eingeräumte Alleinvertretungsrecht nur so verstehen können, daß sie damit die Möglichkeit erhielt in Italien allein für die Beklagte tätig zu werden. Daß Lieferungen an die Vertretungen deutscher Automobilhersteller durch ihre Mutterfirmen von dem Alleinvertretungsvertrag nicht erfaßt worden seien, ergebe sich angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung auch bei objektiver Auslegung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte. Die Beklagte habe unwidersprochen vorgetragen, daß es einer allgemeinen Übung der Automobilfabriken entspreche, wenn diese ihre Vertretungen mit fremdbezogenen Materialien belieferten. Daß die Parteien etwas anderes vereinbart hätten, ergebe sich auch nicht aus den Schreiben der Klägerin.

b) Diese Auffassung greift die Revision vergeblich an.

Dafür, daß das Berufungsgericht den Begriff des Alleinvertriebsrechts verkannt habe, liegen keine Anhaltspunkte vor.

Die auf Verletzung der §§ 157 BGB, 286 ZPO gestützten Rügen der Revision laufen auf einen in der Revisionsinstanz

unzulässigen Angriff auf die Auslegung eines Individualvertrages hinaus. Davon, daß das Berufungsgericht die Grundsätze des Anscheinsbeweises angewendet habe oder bei der Auslegung unzulässigerweise von Billigkeitserwägungen ausgegangen sei, kann keine Rede sein.

Der vom Berufungsgericht verwertete Umstand, daß die Vertretungen deutscher Automobilhersteller die Möglichkeit hatten, Materialien auch von anderer Seite als von ihrem Werk, also auch von der Klägerin, zu beziehen, und daß die Klägerin mit diesen Vertretungen verhandelt hat, steht entgegen der Auffassung der Revision mit der Feststellung nicht im Widerspruch, daß es einer allgemeinen Übung der deutschen Werke entspreche, ihre Vertretungen selbst mit Materialien zu beliefern. Im übrigen bezeichnet das Berufungsgericht diesen Sachverhalt als unbestritten. Eine Berichtigung hat die Klägerin nicht beantragt. Das Berufungsgericht durfte deshalb davon ausgehen, daß die Beklagte, wie der Klägerin erkennbar gewesen sei, ihre guten Geschäftsbeziehungen zu den Mutterfirmen aufs Spiel gesetzt hätte, wenn sie diesen hätte verbieten wollen, ihre Vertretungen in Italien mit Erzeugnissen der Klägerin zu beliefern. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, die Beklagte würde, wenn sie vor die Wahl gestellt gewesen wäre, sich entweder der Klägerin gegenüber zu verpflichten, auch ihren inländischen Abnehmern die Ausfuhr der von der Klägerin bezogenen Erzeugnisse nach Italien zu verbieten, oder von einem Vertragsschluß mit der Klägerin abzusehen, der Klägerin das Alleinvertriebsrecht nicht übertragen haben, enthält keinen Denkfehler, und zwar auch dann nicht, wenn die Beklagte auf die Verbindung mit der Klägerin Wert gelegt haben sollte.

Entgegen der Auffassung der Revision ist auch kein Platz für eine entsprechende Anwendung des § 87 Abs.2 HGB, wonach der Bezirksvertreter Provision auch für Geschäfte zu beanspruchen hat, die ohne seine Mitwirkung mit Personen seines Bezirkes oder seines Kundenkreises während des Vertragsverhältnisses abgeschlossen sind. Wie der erkennende Senat im Urteil vom 18. November 1963 (VIII ZR 33/62 - BGHWarn 1963 Nr. 245 = LM BGB § 687 Nr.8) ausgesprochen hat, sind diejenigen Vorschriften des Handelsvertreterrechts, die dem Handelsvertreter eine gerechte Entlohnung für seine Tätigkeit sichern sollen und seinem Schutz dienen, auf den Eigenhändler nur dann entsprechend anwendbar, wenn bei dem Eigenhändler das Innenverhältnis zum Erzeuger so ausgestaltet ist und die Gesamtumstände im Verhältnis zwischen ihm und dem Erzeuger so liegen, daß der Eigenhändler wirtschaftlich dem Erscheinungsbild des Handelsvertreters entspricht und ihm auch rechtlich nahe kommt und wenn der gesetzgeberische Grundgedanke der Bestimmung des Handelsvertreterrechts auf den Eigenhändler zutrifft. Im vorliegenden Fall liegt nichts dafür vor, daß bei der Klägerin die genannten Voraussetzungen gegeben sind.

2. a) Die Revision meint weiter, die Beklagte sei verpflichtet, bei der Auskunftserteilung die einzelnen Lieferungen nach Menge, Art, Umfang aufzugliedern und die Zahlungs- und Lieferungsbedingungen zu offenbaren. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte treffe nicht die Verpflichtung, solche Angaben zu machen. Im Hinblick auf die Behauptung der Klägerin, ihr Schaden besteho darin, daß sie die Erzeugnisse, die die Beklagte an andere Firmen nach Italien geliefert habe, ihrerseits nicht habe absetzen können und einen entsprechenden

Gewinn nicht erzielt habe, sei eine weitergehende Auskunftserteilung und Rechnungslegung nicht erforderlich. Es sei auch von der Klägerin nicht dargelegt, daß ihr nur auf Grund von Einzelangaben eine Nachprüfung der Angaben der Beklagten möglich sei. Im übrigen könne die Beklagte auch die von ihr geforderten Angaben aus Wettbewerbsgründen verweigern. Es sei nicht auszuschließen und entspreche der Lebenserfahrung, daß die Gesellschafter der Klägerin, vor allem ihr früherer Geschäftsführer Dagrada, da sie einige Jahre den Handel mit Bremsbelägen betrieben haben, sich unter Ausnutzung ihrer vorhandenen Fachkenntnisse wieder auf diesem Geschäftsgebiet betätigen. Die Mitteilung, in welchen Mengen die Firma H. [REDACTED] Waren von bestimmten Dimensionen und Typen bezogen habe, könnte ihnen wertvolle Aufschlüsse über die Bedürfnisse des italienischen Marktes verschaffen, die sie zu Ungunsten der Firma H. [REDACTED] und damit auch der Beklagten benutzen könnten.

b) Was die Revision demgegenüber vorträgt, kann ihr nicht zum Erfolg verhelfen.

Ihr ist zwar zuzugeben, daß die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe selbst in dem Berufungsantrag ihren Schaden auf Grund der Angaben der Beklagten errechnen können, woraus folge, daß sie bei der von ihr angestellten Schadensberechnung zusätzlicher Angaben nicht bedürfe, angreifbar ist. Der von der Klägerin errechnete Schaden soll nur der Mindestbetrag sein, den sie aus den allgemeinen Angaben der Beklagten feststellen zu können glaubt. Sie meint ersichtlich, wenn die Beklagte ins einzelne gehende Angaben mache, würde es ihr möglich sein, einen höheren Schaden nachzuweisen. Das

Verlangen der Klägerin nach aufgegliederten und spezifizierten Angaben muß aber an der weiteren Erwägung des Berufungsgerichts scheitern, daß die geforderten Angaben die Nachprüfung jedenfalls in keiner Weise erleichtern würden. Die Klägerin geht davon aus, daß alle von der Firma H. [REDACTED] belieferten Kunden sich veranlaßt gesehen hätten, die Erzeugnisse der Beklagten bei der Klägerin zu kaufen, falls nicht die Beklagte sie durch die Firma H. [REDACTED] abgesetzt hätte, und daß sie, die Klägerin, deshalb den gleichen Gewinn gezogen hätte, wie die Firma H. [REDACTED]. Das ist aber keineswegs gesagt. Das Berufungsgericht nimmt in anderem Zusammenhang mit Recht an, ob oder zu welchem Teil die Klägerin die von der Beklagten an die Firma H. [REDACTED] gelieferten Waren hätte verkaufen können, könne nach der Sachlage im einzelnen nicht festgestellt werden. Es erwägt dabei, daß die Klägerin, um Waren im Werte der an die Firma H. [REDACTED] gelieferten abzusetzen, ihren gesamten Verkaufsapparat unter beträchtlichen Aufwendungen hätte erweitern müssen. Daß sie das getan hätte, hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen. Es ist auch niemals behauptet worden, daß die Beklagte auf dem Gebiete der Bremsbeläge etwa eine Monopolstellung habe, so daß die italienischen Kraftfahrzeugunternehmen, die Bremsbeläge benötigen, gezwungen wären, entweder bei der Klägerin oder der Firma H. [REDACTED] zu kaufen. Ob und wieviel Waren ein Großhändler absetzt, hängt, wie auf der Hand liegt, weitgehend von seiner Tüchtigkeit, seiner Verkaufsorganisation und anderen Umständen ab. Daher kann bei Verletzung eines Alleinverkaufsrechtes der vom Schädiger erzielte Gewinn nur ein unter mehreren Faktoren für die Ermittlung des dem Verletzten erwachsenen Schadens sein (Urteil des erkennenden Senats vom 2. April 1957 - VIII ZR 60/56 - LM BGB § 687 Nr. 2 = NJW 1957, 1026).

Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht der Auffassung sein, auch eine ins einzelne gehende Auskunftserteilung sei für die Ermittlung des Schadens der Klägerin nicht erforderlich.

Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin in der Klageschrift übergangen, die Beklagte müsse auch über die Höhe der von ihr in Rechnung gestellten Verkaufspreise Auskunft geben, weil sie durch die Firma H. [REDACTED] oder auf andere Weise in Italien Erzeugnisse, wie die Klägerin anzunehmen berechtigt sei, zu niedrigeren Preisen verkauft und dadurch den Markt gestört habe. Wenn das Berufungsgericht meint, die Klägerin benötige die von der Beklagten verlangten Angaben nicht, weil es nur ihr, der Klägerin, möglich sei, in solchen Fällen zu errechnen, welche Absatzverluste sie gehabt habe, so ist das allerdings nicht recht verständlich. Unterstellt, daß die Beklagte durch niedrige Preise es der Firma H. [REDACTED] ermöglicht hätte, die Preise der Klägerin zu unterbieten, so könnte die Klägerin schwerlich feststellen, welche Kaufinteressenten bei ihr nicht gekauft haben und welcher Absatz ihr entgangen ist. Das Vorbringen der Klägerin enthält aber eine reine Vermutung; es ist völlig unsubstantiiert und daher unschlüssig. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß die Klägerin unter Beweisantritt näher dargelegt hat, wie und in welcher Weise die Beklagte unlauter den Markt gestört habe. Ob, wie das Berufungsgericht ferner meint, auf einen solchen Schaden die Klage nicht einmal gestützt ist, kann dahingestellt bleiben.

Die Revision kehrt auch den Standpunkt hervor, bei Zugrundelegung der der Firma H. [REDACTED] oder anderen Firmen angeblich eingeräumten billigeren Preise wäre die Gewinn-

spanne auch der Klägerin größer gewesen. Hierfür gilt einmal das schon Gesagte. Außerdem ist nichts dafür dargetan, daß die Beklagte, wenn sie nicht die Firma H■■■■■■, sondern die Klägerin beliefert hätte, dieser ebenfalls verbilligte Preise eingeräumt hätte.

Schließlich läßt die Erwägung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne, weil ihre Gesellschafter als Wettbewerber auftreten könnten, keine ins einzelne gehende Auskunft verlangen, einen Rechtsirrtum nicht erkennen. In Fällen, in denen der Auskunftsberechtigte und der Auskunftsverpflichtete in einem gewissen Wettbewerb miteinander stehen, bedarf es einer besonders sorgfältigen Prüfung, inwieweit der Verpflichtete auf dem Wege der Rechnungslegung geschäftliche Vorgänge zu offenbaren verpflichtet ist, deren mißbräuchliche Ausnutzung durch den Berechtigten nach Lage der Sache möglich ist. Der Auskunftspflichtige braucht deshalb Angaben, deren Ausnutzung zu vertragsfremden Zwecken, insbesondere zu solchen des Wettbewerbs, nach den Umständen naheliegt, nur insoweit zu machen, als sie zur Erreichung des Vertragszweckes unbedingt erforderlich sind (BGHZ 10, 385). Daß die Beklagte den Wettbewerb der Gesellschafter der Klägerin zu befürchten habe, hat das Berufungsgericht unangreifbar festgestellt.

3. Kann die Klägerin keine Auskunft mehr verlangen, so hätte zwar das Landgericht insoweit die Klage abweisen müssen. Die Rüge, das Berufungsgericht hätte die Entscheidung des Landgerichts, daß die Hauptsache erledigt sei, nicht bestätigen dürfen, geht jedoch ins Leere, weil die Klägerin durch das Urteil des Landgerichts nicht beschwert war und, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, eine Abänderung des Urteils des Landgerichts für sie eine unzulässige Schlechterstellung bedeutet hätte.

B. Offenbarungseid

I. Das Berufungsgericht führt aus, hinsichtlich der von der Beklagten erteilten Auskunft bestehe eine Eidespflicht nicht. Die Klägerin habe nicht dargelegt, daß Grund zu der Annahme bestehe, die Angaben der Beklagten ermangelten der erforderlichen Sorgfalt und seien unvollständig. Die Klägerin behaupte nicht, daß die Beklagte mehr Waren als angegeben an die Firma H. [REDACTED] geliefert habe. Sie trage lediglich vor, die Beklagte habe auch noch andere Firmen in Italien beliefert und diese Lieferungen nicht genannt. Die Klägerin habe jedoch keine solche Firma angeben können.

II. Dem ist beizutreten. Zu Unrecht meint die Revision, die Beklagte sei schon deshalb zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet, weil sie den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag gebrochen und ihr die Lieferungen an die Firma H. [REDACTED] verheimlicht habe. Der Umstand, daß der Verletzer schuldhaft gehandelt hat, begründet im allgemeinen überhaupt erst die Auskunftspflicht. Wäre anzunehmen, daß schon die schuldhafte Vertragsverletzung auch die Offenbarungseidspflicht herbeiführe, so müßte grundsätzlich jede Auskunft mit dem Offenbarungseid bekräftigt werden. Das ist aber offensichtlich nicht der Sinn der §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 BGB. Ebensowenig ist die Beklagte zum Offenbarungseid verpflichtet, weil sie vor Klageerhebung die Auskunftserteilung verweigert hatte. Es kann keine Rede davon sein, daß die Angaben eines Verletzers schon deshalb den Verdacht, sie seien nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht, rechtfertigen, weil der Verletzer ursprünglich die Auskunftserteilung verweigert hatte.

C. Schadensersatz

1. Der Umsatz der Beklagten mit der Klägerin		
betrug	im Jahre 1953	8.436,48 DM
	1954	14.925,57 DM
	1955	17.917,56 DM
	1956	62.250,92 DM.

Bei Vertragsende hatte die Klägerin Waren der Beklagten im Werte von 69.413,02 DM auf Lager, von denen sie in der Zwischenzeit Waren im Werte von etwa 500.000 Lire verkaufen konnte. Ihrer bezifferten Schadensersatzforderung legt die Klägerin die Angaben der Beklagten zugrunde, sie habe an die Firma H. [REDACTED] im Jahre 1956 für 204.711,61 DM Waren geliefert. Die Klägerin geht, wie schon erwähnt, davon aus, es wäre ihr, wenn die Beklagte den Alleinvertretungsvertrag eingehalten hätte, möglich gewesen, ebenfalls Waren in diesem Umfang abzusetzen. Sie behauptet, sie hätte einen Reingewinn von 40 % des Umsatzes erzielt und berechnet ihren Schaden danach auf mindestens 81.884,46 DM.

II. Das Berufungsgericht ermittelt den der Klägerin entstandenen Schaden im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO und nimmt danach an, der Klägerin sei ein den vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 30.706,74 DM übersteigender Schaden nicht entstanden. Es führt im einzelnen aus, ob oder zu welchem Teil die Klägerin die von der Beklagten an die Firma H. [REDACTED] gelieferten Waren hätte verkaufen können, lasse sich im einzelnen nicht feststellen. Auch könne nur geschätzt werden, welchen Gewinn die Klägerin aus einem Verkauf mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gehabt hätte. Das Berufungsgericht legt seiner Schätzung die von dem Sachverständigen Dr. Am. [REDACTED] ermittelten

Warenbruttogewinne zu grunde. Es meint aber, lediglich aus den Rohgewinnaufschlägen auf den Wareneinsatz lasse sich der wirklich entgangene Gewinn nicht errechnen. Von dem Warenbruttogewinn seien die Generalunkosten abzusetzen. Der Warenverkauf sei, abgesehen von den Kosten des Erwerbs der Waren, naturgemäß mit weiteren Aufwendungen verbunden. Eine sichere Berechnung dieser Aufwendungen sei nach der Bekundung des Sachverständigen kaum möglich. Bei seiner Schätzung ist das Berufungsgericht von den im Gutachten als Generalunkosten ausgewiesenen Beträgen ausgegangen. Es entnimmt ihnen, daß die Generalunkosten nicht gleich geblieben, sondern wesentlich durch die Höhe des Absatzes beeinflußt gewesen seien. Es beständen, so führt das Berufungsgericht aus, begründete Anhaltspunkte dafür, daß bei einem um den Wert der an die Firma H. [REDACTED] gelieferten Waren erhöhten Absatz die Generalunkosten der Klägerin weiter gestiegen wären. Gewisse Vertriebskosten wie Transportkosten, Umsatzsteuer und Vertreterprovisionen würden sich im wesentlichen im gleichen Verhältnis mit dem erhöhten Absatz angehoben haben. Die Klägerin, die in der Zeit von Sommer 1953 bis 31. Dezember 1956 unstreitig lediglich Waren im Werte von etwa 34.000 DM verkauft habe, hätte, wenn sie die an die Firma H. [REDACTED] gelieferten Waren hätte absetzen wollen, ihren gesamten Verkaufsapparat so erweitern müssen, daß nach aller Erfahrung ihre Aufwendungen in beträchtlichem Maße mit dem erhöhten Absatz gestiegen wären. Sie hätte ferner eine solche Warenmenge, wie sie an die Firma H. [REDACTED] geliefert worden ist, nur dann absetzen können, wenn sie in weitem Umfange an Großabnehmer verkauft hätte, denen sie naturgemäß aber höhere Rabatte als Kleinabnehmern

hätte gewähren müssen. Auch aus diesem Grunde ließen sich aus den vom Sachverständigen und der Klägerin anhand des Stückverkaufes im einzelnen aufgezeichneten Rohgewinnzuschlägen keine Schlußfolgerungen auf den der Klägerin entgangenen Gewinn ziehen. Immerhin ließen sich aber anhand des Gutachtens des Sachverständigen Dr. Am [REDACTED] Anhaltspunkte über den von der Klägerin erzielbaren Reingewinn herleiten. Der Sachverständige bezeichne das Jahr 1955 noch als den am ehesten dafür geeigneten Zeitraum, ein richtiges Bild der Geschäftsverhältnisse der Klägerin zu geben. In diesem Jahr habe die Klägerin etwa 81 % der eingekauften oder am Anfang des Jahres vorhandenen Waren verkauft. Werde der erzielte Warenrohgewinn von 1.752.531 Lire um 81 % der Generalunkosten, also um 1.392.793 Lire vermindert, so ergebe sich ein Gewinn von etwa 359.798 Lire, der etwa 12,55 % des Wareneinsatzes entspreche. Der von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 18. September 1963 aufgemachten Berechnung ihres Durchschnittsnettogewinns mit 36 % könne nicht gefolgt werden. Die in dieser Berechnung eingesetzten Beträge für Generalunkosten stimmten mit den Beträgen, die der Sachverständige aus der eigenen Gewinn- und Verlustrechnung der Klägerin entnommen habe, nicht überein. Die im Schriftsatz vom 18. September 1963 neu aufgestellten Behauptungen der Klägerin über die Höhe ihrer Gesamtkosten müßten nach § 279 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden, weil die weitere Aufklärung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Klägerin aus grober Nachlässigkeit ihre Behauptungen nicht schon früher in den Rechtsstreit eingeführt habe. Selbst wenn die Klägerin aber einen etwas über 15 % des Einkaufspreises liegenden Gewinn erzielt hätte, stehe ihr dennoch

ein über den Betrag von 30.706,74 DM hinausgehender Anspruch auf Schadensersatz nicht zu. Es sei nämlich nicht wahrscheinlich, daß die Klägerin in dem gleichen Umfang, in dem die Firma H. [REDACTED] Waren bezogen habe, ihrerseits Waren hätte beziehen und absetzen können. Es sei vielmehr anzunehmen, daß die Klägerin nur einen geringeren Teil dieser Waren mit Gewinn hätte verkaufen können. Dabei sei zu berücksichtigen, daß die Klägerin selbst vor dem Rechtsstreit ihren Nettogewinn mit nur 1 % bezeichnet habe. Möge die Klägerin auch übertrieben haben, um günstigere Einkaufspreise zu erzielen, so erscheine es doch ausgeschlossen, daß sie es bei einem Nettogewinn von 40 % gewagt hätte, ihre Lage als so schlecht hinzustellen. Aus den eigenen Angaben der Klägerin werde gefolgert, daß ihr Nettoverdienst jedenfalls nicht über 15 % gelegen habe.

III. Diese Schadensermittlung greift die Revision vergeblich an. Sie meint, das Berufungsgericht sei, nachdem der Sachverständige nur die Bruttogewinne festgestellt habe, verpflichtet gewesen, eine Ergänzung des Gutachtens über den Reingewinn herbeizuführen, weil dem Berufungsgericht eine entsprechende Sachkenntnis gefehlt habe. Die Schätzung des Reingewinns mit 15 % sei eine unzulässige Schätzung ins Blaue. Das trifft indessen nicht zu. Eine Grundlage für seine Schätzung hat das Berufungsgericht bereits in den Feststellungen des Sachverständigen über den Rohgewinn gefunden. Von einer erneuten Vernehmung des Sachverständigen konnte das Berufungsgericht nach § 287 Abs. 1 ZPO absehen. Dabei hat es keineswegs sein freies Ermessen mißbraucht. Es durfte davon ausgehen, daß auch eine weitere Beweisaufnahme über die Höhe des möglichen Reingewinnes keine

Klärung bringen werde, weil nicht festzustellen sei, ob und wie weit es der Klägerin möglich gewesen wäre, die Waren selbst abzusetzen, die die Firma H. [REDACTED] verkauft hat. Es enthält auch keinen Denkfehler, wenn das Berufungsgericht die Behauptung der Klägerin als irrig ansieht, bei steigendem Umsatz erhöhten sich die Generalunkosten nicht. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch ohne Verfahrensvorstoß die Behauptungen der Klägerin im Schriftsatz vom 18. September 1963 wegen Verspätung zurückgewiesen. War das Berufungsgericht nicht gehalten, den Sachverständigen nochmals zu vernehmen, so hätte eine Beweisaufnahme über die Höhe der Gesamtkosten die Erledigung des Rechtsstreits verzögert. Im übrigen hat das Berufungsgericht die Grundlagen seiner Schätzung eingehend dargelegt und unter Berücksichtigung der eigenen Angaben der Klägerin alle vorgebrachten Umstände sorgfältig abgewogen.

D. Kaufpreisansprüche der Beklagten

I. Die Klägerin hat unstreitig von der Beklagten Waren im Werte von 36.097,70 DM empfangen und nicht bezahlt. Aus den Lieferungen sind der Beklagten ferner unstreitige Wechselunkosten von 94,60 DM entstanden. Die Klägerin hat im ersten Rechtszuge vorgetragen, die Gegenforderung der Beklagten solle nicht bestritten werden, sie rechne jedoch mit ihrer Schadensersatzforderung auf. Im zweiten Rechtszuge hat sie erklärt, ihr Zugeständnis werde widerrufen, weil ihrem Liquidator nicht bekannt gewesen sei, daß die Forderung wegen geltend gemachter Wandlung nicht bestehe.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Klägerin, nachdem sie vor dem Landgericht die Forderung der Beklagten nicht bestritten hat, noch das Bestehen in Abrede stellen könne. Es nimmt an, daß die Kaufpreisansprüche der Beklagten in jedem Falle begründet seien. Die Beklagte könne daher in Höhe von 30.706,74 DM aufrechnen und den Restbetrag von 5.390,96 DM mit der Widerklage beanspruchen.

II. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

Bei den von der Klägerin geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen handelt es sich um folgende Lieferungen:

- a) Position 1 - 14 Bl. 1 der Rechnung vom 30.6.1956
Faktura Nr. 705 im Wert von 8.349,-- DM
- b) Position 4 - 8 Bl. 2 der Faktura Nr. 705 im Wert
von 6.188,-- DM
- c) Position 1 der Rechnung vom 30.6.1956
Faktura Nr. 706 im Werte von 576,-- DM
- d) Position 15 - 17 der Rechnung vom 24.5.1956
Faktura Nr. 1976 im Wert von 2.960 DM
- e) Lieferungen der Rechnung vom 29.3.1956
in Höhe von 10.793,48 DM
- f) Position 18 - 21 der Rechnung vom 28.4.1954
und Position 1 - 4 der Rechnung vom 21.5.1954
über je 1.052,55 DM.

1. Das Berufungsgericht führt aus, bei obengenannten Lieferungen a) und c) handele es sich um Bremsbeläge vom Typ W, bei der Lieferung b) vom Typ H. Die Klägerin habe in ihren Schreiben vom 28. August und 12. September 1956 lediglich Mängel des Typs W geltend gemacht. Ob sie dabei

auch Mängel der obengenannten Lieferung c) gerügt habe, sei allerdings nicht ersichtlich, weil sich die dem Schreiben der Klägerin vom 28. August 1956 beigelegte Liste nicht bei den Akten befinde. Angebliche Mängel der Lieferung b) habe sie nicht entsprechend § 377 HGB unverzüglich untersucht und gerügt. Die Revision, die sich lediglich auf den Wortlaut der Schreiben vom 28. August und 12. September 1956 bezieht, erhebt hiergegen keine ausdrücklichen Einwendungen. Das Wandlungsbegehren hinsichtlich der Lieferungen b) und c) scheitert mithin schon am Nachweis einer rechtzeitigen Rüge.

2. Zu den obengenannten Lieferungen a), b) und c) führt das Berufungsgericht weiter aus, die Klägerin habe nicht den Beweis geführt, daß die Waren mangelhaft gewesen seien oder daß die Beklagte Mängel anerkannt habe. Insbesondere sei es zwischen den Parteien nicht zu einer Einigung über die Wandelung des Kaufes oder eine Nachlieferung im Sinne des § 480 BGB gekommen. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Die Beklagte habe zu beweisen, daß sie ihre Leistung vertragsgemäß erbracht habe.

Das trifft nicht zu. Es ist zwar richtig, daß der Verkäufer, wenn er aus einem Kaufvertrage Rechte herleitet, insbesondere den Kaufpreis verlangt, auch beweisen muß, die von ihm angebotene Leistung sei vertragsgemäß. Erhebt gegenüber der Kaufpreisklage der Käufer die Einrede des nichterfüllten Vertrages, so ist der Verkäufer zum Beweise der Erfüllung gezwungen. So liegt der Fall hier nicht. Die Klägerin verlangt nicht Erfüllung und verweigert nicht die Zahlung des Kaufpreises, bis ihr mangelfreie Ware geliefert werde. Sie macht vielmehr geltend, der Kauf sei rückgängig gemacht worden. Der Beweis,

daß ihm ein Wandlungsrecht zustehe, liegt dem Käufer ob. Er macht ein besonderes Recht geltend, das seine Grundlage in der Fehlerhaftigkeit der Sache hat. Den Beweis für diesen Rechtsgrund muß derjenige führen, der das Recht für sich in Anspruch nimmt (Urteil des erkennenden Senats vom 11. März 1964 - VIII ZR 90/62 - BGHWarn 1964 Nr. 87; LM BGB § 326 (H) Nr. 8; BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 30).

3. Die obengenannten Lieferungen d) und e) sind, wie das Berufungsgericht darlegt, nicht Gegenstand der Widerklage. Die Klägerin mache, so führt es weiter aus, auch nicht geltend, sie habe diese Rechnungen bezahlt, es stehe ihr ein Rückforderungsanspruch zu, noch habe sie insofern mit Ansprüchen aufgerechnet. In dieser Hinsicht erhebt die Revision keine Einwendungen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne im vorliegenden Rechtsstreit aus den angeblichen Mängeln keine Rechte gegenüber den Kaufpreisansprüchen der Beklagten herleiten.

4. Soweit die Klägerin mit einem Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises aus den oben zu f) genannten Lieferungen aufrechnet, hat das Berufungsgericht diese Einwendung nach § 529 Abs. 5 ZPO nicht zugelassen. Es führt aus, die von der Klägerin vorgelegten Schreiben ergäben weder, daß die Klägerin die Mängel rechtzeitig gerügt habe, noch, daß die Beklagte sich mit der Rückgängigmachung der Kaufverträge einverstanden erklärt habe. Unter diesen Umständen würde es erforderlich sein, die von der Klägerin angebotenen Beweise zu erheben. Da aber der Rechtsstreit im übrigen entscheidungsreif sei, sei, abgesehen davon, daß die Beklagte sich mit der Aufrechnung nicht einverstanden erklärt habe, die Geltendmachung der Aufrechnung in diesem Rechtsstreit nicht sachdienlich.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte zur Feststellung der Höhe des von der Klägerin geltendgemachten Schadensersatzanspruches einen Sachverständigen vernehmen müssen, der Rechtsstreit sei also nicht entscheidungsreif gewesen, geht ins Leere. Zu der Vernehmung eines Sachverständigen war das Berufungsgericht, wie oben ausgeführt wurde, nicht genötigt. Im übrigen würde es immer noch an der erforderlichen Einwilligung des Gegners in die Aufrechnung fehlen.

E.

Die Revision der Klägerin erweist sich demnach als unbegründet. Die Kosten des Rechtsmittels sind der Klägerin nach § 97 ZPO aufzuerlegen.

Dr. Haidinger	Bundesrichter Dr. Gelhaar	Dr. Dorschel
	ist beurlaubt und verhindert	
	zu unterschreiben.	

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann