

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 62/72

URTEIL

Verkündet am

4. Juli 1973

Scheibl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

Alfred H [REDACTED], Inhaber der Firma V [REDACTED], Kunststoff-
fabrik in O [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Dr. S. J [REDACTED], [REDACTED] W [REDACTED] Avenue, W [REDACTED]
[REDACTED]/USA,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Mormann, Dr. Pfretzschner und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 5. Zivilsenat in Freiburg - vom 23. Februar 1972 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 16. Mai 1957 räumte der Beklagte dem Kläger auf zunächst 5 Jahre das Alleinvertriebsrecht für Supramid-Nahtmaterial und für andere Supramid-Erzeugnisse, die in der Medizin Verwendung finden, für die Länder USA, Kanada, Mexiko, Indien sowie für Mittel- und Südamerika ein. Über die Kündigungsmöglichkeiten heißt es im Vertrag:

"Der Vertrag verlängert sich stillschweigend jeweils um weitere 5 Jahre, wenn er nicht von Dr. J. [REDACTED] (Kläger) oder V. [REDACTED] Kunststoffwerk (Beklagter) spätestens 6 Monate vor Ablauf schriftlich oder telegrafisch gekündigt wird.

V. [REDACTED] Kunststoffwerk ist zu dieser Kündigung nur dann berechtigt, wenn Dr. J. [REDACTED] dem Supramid Extra-Faden und anderen Supramid-Produkten, für welche ihm das Alleinverkaufsrecht übertragen wurde, nicht seine volle Aufmerksamkeit geschenkt hat.

Ein Kündigungsgrund liegt ebenfalls vor, wenn ein Vertragspartner seinen Pflichten nicht nachkommt, und zwar nach einer ihm gesetzten angemessenen Frist weiter in Verzug bleibt."

Bezüglich der Pflichten des Klägers bestimmt der Vertrag:

"Dr. J. [REDACTED] geht während der Laufzeit des Vertrages folgende Verpflichtungen ein:

1. Erzeugnisse gleicher Art und gleichen Anwendungsgebietes wird Dr. J. [REDACTED] während der Laufzeit des Vertrages von Dritten nicht beziehen, selbst herstellen, propagieren oder liefern. Eine Ausnahme ist Vetafil Bengen Nahtmaterial für Tiermedizin.

Dr. J. [REDACTED] ist berechtigt, Vetafil Bengen von der Firma B. [REDACTED] zu beziehen und zu verkaufen, und zwar bis zum Ablauf seines Vertrages mit der Firma B. [REDACTED] GmbH aus H. [REDACTED] am 1. Dezember 1960.

2. Die in dem Vertrag bezeichneten Supramid-Erzeugnisse und etwaige neue Artikel mit Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns mit größtem Nachdruck vertreiben:"

Nach Vertragsabschluß begann der Kläger, Prospekte des Beklagten in die englische Sprache zu übersetzen. Er veröffentlichte Berichte in englischsprachigen Fachzeitschriften, entwarf geeignete Packungen für den amerikanischen Markt und verfaßte die gesetzlich vorgeschriebenen Etiketten. Er regte ferner die Herstellung von sterilen Packungen mit atraumatischen Nadeln an und organisierte, nachdem der Beklagte hierzu nicht in der Lage war, selbst die Produktion. Außerdem regte er die Herstellung von Supramid-Röhrchen,



Hernia-Netzen aus Supramid, Supramid-Folien sowie Supramid-Teilchen für die Mittelohrchirurgie an. Für die Supramid-Teilchen verkaufte der Beklagte dem Kläger das Rohmaterial und überließ die Produktion gleichfalls ihm; die übrigen vom Kläger angeregten Produkte produzierte er selbst.

In den USA hatte der Kläger 16 Vertreterfirmen eingesetzt. Für Kanada hatte der Kläger die Firma H [REDACTED] gewonnen, die die Vertretung jedoch wieder zurückgab, weil die Firma Br [REDACTED] aus M [REDACTED] dort ebenfalls Supramid verkaufte, das diese Firma direkt von dem Beklagten bezieht. In Mexiko hat der Kläger nach ergebnislosen Verhandlungen u.a. mit der Firma T [REDACTED] keine Vertretung, desgleichen nicht in Mittel- und Südamerika sowie Indien.

Auf Betreiben des Klägers wurde das Wortzeichen "Supramid Extra" als Warenzeichen eingetragen und der Kläger als "registered user" beim amerikanischen Schatzamt registriert.

Von 1957 bis 1966 betrug der Umsatz des Klägers etwa 5 % des Gesamtumsatzes des Beklagten an Supramid. In den ersten 5 Jahren bezog der Kläger durchschnittlich für 2 400 \$ pro Jahr Waren vom Beklagten und in den zweiten 5 Jahren für jährlich 7 000 \$. Insgesamt hat der Kläger bis 1966 für über 200 000 DM Supramid vom Beklagten bezogen. Im gleichen Zeitraum bezog er von der Firma B [REDACTED] Vetafil, das für Zwecke der Tiermedizin Verwendung findet und ebenfalls vom Beklagten hergestellt wird, im Werte von über 150 000 \$.

Am 3. November 1966 kündigte der Beklagte den Vertrag vom 16. Mai 1957 zum 15. Mai 1967 mit der Begründung, daß die Entwicklung der Umsätze von Supramid-Fäden in den USA während der vergangenen 10 Jahre die Erwartungen nicht erfüllt habe. Der Kläger hält die Kündigung für unberechtigt und hat beantragt festzustellen, daß der Vertrag von 1957 durch die Kündigung vom 3. November 1966 in den Ländern USA, Kanada und Mexiko nicht aufgelöst ist. Der Beklagte hat Klageabweisung verlangt. Er wirft dem Kläger vor, entgegen den im Vertrag übernommenen Pflichten dem Vertrieb der Supramid-Erzeugnisse nicht die "volle Aufmerksamkeit geschenkt" und den Verkauf nicht "mit größtem Nachdruck betrieben" zu haben. Dies zeige schon der geringe Umsatz der Jahre 1957 bis 1966, was für ihn - Beklagten - beträchtliche Verluste zur Folge gehabt habe. Die von beiden Parteien erwarteten und vom Kläger unter Hinweis auf gute Beziehungen zu Großabnehmern bei Vertragsschluß versprochenen "Riesenumsätze" seien ausgeblieben. Indien, Mittel- und Südamerika habe der Kläger überhaupt nicht bearbeitet. An Großumsätzen mit Großabnehmern sei der Kläger überhaupt nicht interessiert, da er die Ware selber konfektioniere und dadurch ein gutes Geschäft mache.

Dem ist der Kläger mit dem Hinweis entgegengetreten, daß auch er selber in den ersten 10 Jahren infolge der hohen Einführungskosten beträchtliche Verluste erlitten habe, die er nur durch die Fortsetzung des Vertrages im Laufe der Zeit wieder hereinbekommen könne. Der US-Markt für medizinisches Nahtmaterial, schon nach der Art des hier in Rede stehenden Artikels nicht unbe-

grenzt erweiterungsfähig, sei durch die Firma E [REDACTED] zu 90 % besetzt gewesen, man habe also nicht in eine Marktlücke stoßen können. Dies sei beiden Parteien bei Vertragsabschluß bekannt gewesen. Zudem habe damals schon der US-Markt ganz überwiegend sterile Packungen verlangt, was die vom Kläger übernommene Konfektionierung und die teilweise Übernahme der Produktion des angelieferten Materials durch den Kläger erkläre. Was Indien, Mittel- und Südamerika betreffe, so habe er, Kläger, schon 1961 dem Beklagten vorgeschlagen, diese Länder der schon am Markt befindlichen Firma Br [REDACTED] zu überlassen; der Beklagte habe dies widerspruchlos hingenommen.

Land- und Oberlandesgericht haben dem Feststellungsbegehren des Klägers stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Die Rechtsbeziehungen der Parteien bestimmen sich nach deutschem Recht: Der Vertrag vom 16. Mai 1957 ist in deutscher Sprache abgefaßt, die Parteien haben vorher und nachher ihre Korrespondenz in deutscher Sprache geführt, der Kläger hat ein deutsches Gericht angerufen, und der Beklagte hat im gesamten Prozeßverlauf nie bestritten, daß deutsches Recht anzuwenden ist.

II. Entgegen der Auffassung der Revision liegt eine Rechtsstreitigkeit, auf die das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anzuwenden wäre, nicht vor. Der Vertrag der Parteien von 1957 enthält nur für das Ausland die Einräumung eines Alleinvertriebsrechtes an den Kläger. Der Vertrag wirkt sich somit nicht als Wettbewerbsbeschränkung im Geltungsbereich des GWB aus, wie es § 98 Abs. 2 des genannten Gesetzes als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit verlangt. Auch die Vorschriften über Exportkartelle (§ 6 Abs. 1 GWB) und über Patentlizenzen (§ 20 Abs. 2 Nr. 5 GWB) machen deutlich, daß das GWB keine Anwendung findet auf Vereinbarungen, welche sich auf die Regelung des Wettbewerbes auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches des GWB beschränken (vgl. Mayer-Wegelin bei Müller-Henneberg und Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1958 Anm. 8 zu § 98 und Müller/Gries/Gießler, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Kartellgesetz - 2. Aufl. 1967, Rdn 4 zu § 98). Die Revision weist nun allerdings darauf hin, der Beklagte sei durch den Vertrag von 1957 gehindert, den Alleinvertrieb für die dem Kläger überlassenen Märkte einem weiteren Eigenhändler zu übertragen. Da für eine solche Übertragung auch ein im Inland ansässiger Eigenhändler in Betracht komme, liege jedenfalls eine "potentiell wirksame" Wettbewerbsbeschränkung vor. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, denn was in einem zweiten Vertrag einem zweiten Eigenhändler vom Beklagten eingeräumt werden könnte - die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens hier einmal unterstellt - bleibt inhaltlich Regelung des Wettbewerbes ausschließlich auf Märkten außerhalb

2

des Geltungsbereiches des GWB, wo immer der zweite Eigenhändler Wohnsitz und gewerbliche Niederlassung haben mag.

Finden somit die materiell-rechtlichen Vorschriften des GWB auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, so fehlt es auch an einer Zuständigkeit der im GWB bestimmten besonderen gerichtlichen Spruchgremien (vgl. §§ 87, 89, 92, 93 GWB sowie die in der VO der Baden-Württembergischen Landesregierung vom 17. März 1958 - GBl f. Baden-Württemberg 1958 S. 102 - bestimmten Gerichte). Ebenso wie das in erster Instanz tätig gewesene Landgericht Offenburg war somit auch der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe als Berufungsgericht befugt, in der vorliegenden Sache zu entscheiden.

III. Die Angriffe der Revision in der Sache selbst sind unbegründet.

1. Entgegen der Auffassung der Revision beweist der bisher verhältnismäßig geringe Umsatz an Supramid-Erzeugnissen in den USA für sich allein noch nicht, daß der Kläger dem Vertrieb dieser Erzeugnisse nicht seine volle Aufmerksamkeit geschenkt und daß er den Verkauf nicht mit größtem Nachdruck betrieben hätte. Die Grundsätze über die Verteilung der Beweislast, welche die Rechtsprechung für die Fälle der sog. Produzentenhaftung entwickelt hat, sind entgegen der Meinung der Revision hier nicht anwendbar. Die Revision kennt nämlich, daß im vorliegenden Falle eine Vertei-

lung der Beweislast nach Gefahrenkreisen nicht in Betracht kommen kann, weil Mängel der Ware nicht geltend gemacht werden und eine Verursachung von Schäden auf Grund schlechter Ware nicht behauptet wird. Die Beweislast für eine Pflichtverletzung des Klägers liegt deshalb voll beim Beklagten.

Im Berufungsurteil ist rechtlich einwandfrei ausgeführt, daß der Kläger mit Supramid nicht in eine Marktlücke stoßen konnte, sondern daß er als Neuling in einen bereits zu 90 % von der US-Firma E [REDACTED] beherrschten Markt eindringen und dort Fuß fassen mußte. Daß er sich in dieser Richtung nach Kräften bemüht hat, zeigt nicht nur die umfangreiche zu den Gerichtsakten gereichte Geschäftskorrespondenz der Jahre 1957 bis 1967, sondern auch die in den Jahren 1962 bis 1967 praktisch erzielte Verdreifachung des Umsatzes gegenüber den vorangehenden 5 Jahren. Dies wurde erreicht trotz der beim Beklagten bestehenden Herstellungsschwierigkeiten. Die Anregungen des Klägers an den Beklagten, sich den Verhältnissen des US-Marktes anzupassen, insbesondere sterile Packungen herzustellen, und die in diesem Zusammenhang vom Kläger vorgenommene Übernahme der Produktion für bestimmte Artikel einschließlich der Konfektionierung der angelieferten Ware waren sinnvolle Maßnahmen, um überhaupt ins Geschäft zu kommen und in den USA am Markt zu bleiben. Soweit die Revision darauf hinweist, Supramid sei schon seit 1947 patentiert und im Jahre 1957 auch in den USA bekannt gewesen, besagt dies nicht, daß es einer Einführungsarbeit des Klägers nicht mehr bedurft hätte: Geschützt war damals zwar das Verfahren zur Herstel-

lung des Stoffes Supramid, die Aufgabe und Arbeit des Klägers bestand aber darin, den US-Markt für die Anwendung dieses Erzeugnisses speziell für den Bereich der Humanmedizin zu gewinnen. Der Auffassung der Revision, wenn bei einem vorzüglichen Erzeugnis der erzielte Umsatz gering bleibe, müsse dies in Mängeln des Vertriebes seinen Grund haben, kann nicht gefolgt werden, denn der Markt kann zur Aufnahme eines Erzeugnisses nicht gezwungen werden, so vorzüglich dies Erzeugnis auch sein mag. Wie schon im Urteil des Landgerichts ausgeführt wurde, neigen Großunternehmen, die mit ihren eigenen Erzeugnissen den Markt bereits beherrschen, oft sogar aus einer Scheu zur Umstellung und im Interesse einer Vermeidung hoher Einführungskosten dazu, den Markt nicht mit neuen und vielleicht besseren Erzeugnissen zu versorgen, die ihnen angeboten werden. Dies macht die Schwierigkeiten verständlich, bezüglich der Supramid-Erzeugnisse mit dem Großunternehmen E[REDACTED] ins Geschäft zu kommen.

2. Dem Kläger kann auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er in Kanada und Mexiko nicht zum Erfolg gekommen ist und daß er in anderen Gebieten (Indien, Mittel- und Südamerika) nicht tätig wurde: Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat der Kläger versucht, auch in Kanada und Mexiko Fuß zu fassen, allerdings ohne Erfolg; in Kanada scheiterten seine Bemühungen an der vom Beklagten geduldeten Konkurrenz der Firma Braun, die dort schon am Markt war, in Mexiko weigerte sich schließlich die Firma T[REDACTED], die Vertretung zu übernehmen. In Indien, Mittel- und Südamerika wurde der Kläger zwar nicht tätig, er hatte jedoch

bereits in einem Schreiben von 1961 den Beklagten darauf hingewiesen, daß auch dort die Firma Br[REDACTED] bereits am Markt war und hatte Überlassung dieser Gebiete an die Firma Br[REDACTED] empfohlen; dem hatte der Beklagte nicht widersprochen, so daß er sich jetzt nicht darauf berufen kann, der Kläger habe die genannten Gebiete nicht bearbeitet.

3. Was die vom Kläger geltend gemachten eigenen Einführungskosten und die bisher für ihn aus dem Supramid-Geschäft entstandenen Verluste betrifft, die er durch Fortsetzung des Vertragsverhältnisses auf die Dauer wieder hereinbringen will, so kann dahinstehen, ob diese Kosten betragsmäßig in voller Höhe begründet sind. Der Kläger verlangt nämlich nicht Ersatz dieser seiner Aufwendungen, sondern er wendet sich insoweit nur gegen das Vorbringen des Beklagten, ihm, dem Beklagten, sei eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger wegen der bisherigen Unergierigkeit des Geschäftes unzumutbar. Von letzterem kann keine Rede sein, denn ein Verstoß des Klägers gegen übernommene Vertragspflichten ist ebensowenig ersichtlich wie eine etwaige Besserung der Ertragslage für den Beklagten, wenn das Supramid-Geschäft in andere Hände gelegt würde, es sei denn, daß der Beklagte letzthin die direkte Belieferung des amerikanischen Marktes unter Übergehung des Klägers anstrebt. Letzteres wäre jedoch ein Verstoß des Klägers gegen die von ihm im Vertrag von 1957 übernommenen Pflichten. Es ist mithin kein Grund für die vorzeitige Auflösung des Vertragsverhältnisses.

4. Insoweit macht freilich die Revision noch geltend, der Beklagte sei durch den Vertrag von 1957 geknebelt worden, denn dieser Vertrag enthalte für den Beklagten engere Kündigungsmöglichkeiten als für den Kläger. Ein Verstoß gegen § 138 BGB ist jedoch nicht erkennbar. Die Unterschiedlichkeit der Kündigungsgründe hat vielmehr sachlich durchaus ihre Berechtigung, weil der Kläger unter Einsatz beträchtlicher eigener Kapitalmittel die ihm überlassenen Märkte erst erschließen sollte. Erst dann konnte er überhaupt damit rechnen, durch entsprechende Umsätze seine Aufwendungen wieder hereinzubringen. Dies allein schon rechtfertigt den ihm zuerkannten weitgehenden Schutz gegenüber einer Kündigung des Beklagten.

5. Die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ungeachtet der bisher verhältnismäßig geringen Umsätze und ungeachtet der für beide Parteien bisher eingetretenen Verluste stellt den Beklagten auch nicht schutzlos und beweislos gegenüber etwaigen Pflichtverletzungen des Klägers, wie die Revision meint. Der Beklagte ist nur in die Notwendigkeit versetzt, echte Pflichtverletzungen des Klägers darzutun und zu beweisen; der Hinweis auf den bisher wenig erfolgreichen Verlauf der geschäftlichen Entwicklung genügt nicht. Der Antrag des Beklagten, einen Exportsachverständigen zu vernehmen, ist nicht geeignet, für den hier zur Klärung anstehenden konkreten Fall die Sachdarstellung des Beklagten zu erhärten.

6. Zudem sieht aber auch der Vertrag von 1957 eine Anpassung an veränderte Verhältnisse vor, mithin ei-

nen Weg, der - ungeachtet der vielen erfolglosen Bemühungen um einen Ausgleich - bisher vom Beklagten nicht ernstlich beschritten wurde. Soweit die Revision vorbringt, der Beklagte erstrebe keine volle Auflösung des Vertrages, er wolle "nur" das Alleinvertriebsrecht des Klägers beseitigen oder aber dem Kläger die Übernahme einer Umsatzgarantie ansinnen, ist dieser Einwand schon aus prozessualen Gründen unbeachtlich, weil der Beklagte nur Abweisung der Feststellungsklage beantragt hat und sein angeführtes Vorbringen hierfür nicht schlüssig ist.

7. Nach allem erweist sich die vom Beklagten ausgesprochene Kündigung als rechtlich unwirksam. Da das Berufungsgericht dies ohne Rechtsfehler festgestellt hat, war die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Der Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Dr. Haidinger

Claßen

Mormann

Dr. Pfretzschner

Braxmaier