

BUNDESGERICHTSHOF

2089 038

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 294/67

URTEIL

Verkündet am

16. September 1969
Kriegl,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

- 1.) des Kaufmanns Hannsjürgen S c h [REDACTED],
- 2.) seiner Ehefrau, der Kauffrau Margarethe
S c h [REDACTED], geb. Kn [REDACTED],
beide in E [REDACTED]-Br [REDACTED], T [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagte, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Bennes M [REDACTED], S.A. (Société
Anonyme), St. E [REDACTED] (Fr [REDACTED]), Rue P [REDACTED]
C [REDACTED], gesetzl. vertreten durch ihren Präsi-
denten Jean d'As [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. September 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels sowie der Bundesrichter Dr. Bode, Dr. Weber, Prof.Dr. Nüßgens und Sonnabend

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Dezember 1966 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision fallen den Klägern zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger verlangen Schadensersatz wegen angeblich entgangenen Gewinns aus einer Bestellung vom 7. Juli 1964, mit der sie bei der Beklagten die Lieferung von sieben Bennes- (=Mulden) Kippern in Auftrag gegeben hatten. Die Beklagte hat die Bestellung nicht ausgeführt. Sie bestreitet, die Bestellung bindend angenommen zu haben, jedenfalls habe sie die Belieferung der Kläger mit Grund verweigert.

Im einzelnen liegt dem Streit der Parteien folgender Sachverhalt zu Grunde:

- 3 -

Die Beklagte hatte mehrfach für Deutschland bestimmte Mulden-Kipper bei der Firma Sp[REDACTED], Fahrzeugbau in H[REDACTED] bei Ra[REDACTED] (nahe Dü[REDACTED]) auf die Fahrgestelle aufbauen lassen. Als diese Firma Ende 1963 in Zahlungsschwierigkeiten geriet, hatte die Beklagte von ihr noch rd. 10.000 DM zu fordern. Sie kam im Winter 1963/64 mit der Firma Kn[REDACTED] in D[REDACTED] in Verbindung, die ebenfalls mit der Firma Sp[REDACTED] zusammengearbeitet hatte und deren Geschäftsführer der Erstkläger (demnächst: der Kläger) war. Dieser schlug der Beklagten vor, in D[REDACTED] eine neue Firma zu gründen, die als Tochterfirma der Beklagten unter deren Namen Montage und Vertrieb der Kipper in Deutschland übernehmen sollte. Der Kläger und die Beklagte faßten die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in D[REDACTED] ins Auge; jeder von ihnen sollte 10.000 DM der Stammeinlage übernehmen, wobei die Beklagte diese allerdings nicht bar einzahlen, sondern ihre Forderungen gegen die Firma Sp[REDACTED] einbringen wollte. Demgemäß übersandte sie Anfang 1964 dem Kläger einen Entwurf eines Gesellschaftsvertrages, nach dem sie zusammen mit der Firma Sp[REDACTED]-Fahrzeugbau GmbH die "M[REDACTED] Kipper GmbH" mit Sitz in D[REDACTED] gründen wollte; alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Sp[REDACTED]-Fahrzeugbau GmbH sollte der Kläger sein. Zunächst sollte dieser allerdings ermitteln, ob die Gründung der "Deutschen M[REDACTED] Kipper" nach Lage des deutschen Absatzmarktes lohnend sein würde. Daher ermächtigte die Beklagte ihn im Januar 1964, in den kommenden drei Monaten die notwendigen Schritte zu unternehmen, um das "Stadium der Studiumsaktivität" in das Stadium "für Planung, Fabrikation und Verkauf" überzuleiten. Zu



seiner Unterstützung stellte sie ihren Direktions-Assistenten K[REDACTED] nach D[REDACTED] in das Büro des Klägers ab. Außerdem übergab sie ihm zahlreiche Konstruktionspläne und stellte für die "Deutsche M[REDACTED] Kipper" eine Preisliste auf. Diese übersandte sie dem Kläger, der auf Grund der ihm hierin eingeräumten Preise, die nicht weit über den Selbstkosten der Beklagten lagen, deren Kipper verkaufen sollte.

In den folgenden Monaten lieferte die Beklagte an die Firma "Bennes M[REDACTED] Kipper" in Düsseldorf wiederholt die vom Kläger bei ihr bestellten Fabrikationsteile. Dieser hatte inzwischen bereits Firmenbogen drucken lassen mit der Aufschrift "M[REDACTED] Kipper", die in Druckanordnung und Farbe den von der Beklagten verwandten Bogen ähnlich waren und in denen er seine Firma "M[REDACTED] Kipper GmbH" in D[REDACTED]-Ob[REDACTED] und als "Deutsche Niederlassung der Société Anonyme Francaise des Bennes M[REDACTED], St. E[REDACTED]/L[REDACTED] (Fr[REDACTED])" bezeichnete. Diese Gesch  ftsbogen verwandte er auch bei seiner Korrespondenz mit der Beklagten, vor allem bei seinen Bestellungen.

Nachdem die zur Prüfung der Marktlage in Aussicht genommenen drei Monate abgelaufen waren, besprach der Kläger die Fortführung der geplanten Zusammenarbeit mit der Beklagten in St. E[REDACTED].   ber diese Besprechung schrieb er am 26. Mai 1964 u.a. wie folgt:

"Es war vereinbart, die obige Firma (nämlich: M. Kipper GmbH) in der Form zu gründen, daß die Firma Bennes M. SA, Saint E. und Herr Hans Jürgen Sch. (Fa. Fritz Kn.) an der Firma zu je 50 % beteiligt sind. Die vorgenannte Firma ist bisher weder handelsregisterlich eingetragen noch ist ein Vertrag in notarieller Form unterschrieben worden. Deshalb haften die beiden Gesellschafter gemäß einer juristischen Form einer OHG. In der Besprechung haben Sie Herrn Sch. dargelegt, daß sie auf Grund der bestehenden Umstände eine Bindung nicht eingehen können. Es ist deshalb zwischen uns vereinbart worden, daß der Unterzeichnete als alleiniger Gesellschafter der obigen Firma diese weiterführt. Sie werden deshalb mit Ausgaben der Firma künftig nicht belastet werden, haben jedoch an den Einnahmen der Firma keinen Anteil. Im Sinne dieser Vereinbarung wird die Probezeit zunächst bis Ende Juli 1964 erweitert. Zu dem Termin wollten wir dann eine weitere Besprechung abhalten. Der Unterzeichnete erklärt sich demzufolge bereit, bis zum Beginn der Fa. M. Kipper GmbH diese geschäftlich als alleinverantwortlicher Gesellschafter zu führen, während die Fa. Bennes M. die Lieferungen zu den vereinbarten Bedingungen gemäß den Bestellungen durchführt."

Demgemäß bestellte der Kläger auch in der Folgezeit weiter bei der Beklagten Material - so auch am 7. Juli 1964 sieben komplette Ladevorrichtungen, und zwar nach den Typennummern der Preisliste, die die Beklagte ihm gegeben hatte. In dem Bestellschreiben des Klägers vom 7. Juli 1964 heißt es: "Sie haben uns als Lieferzeit den 15. September 1964 aufgegeben." Dieser Zeitpunkt war K. genannt worden, als er wegen der Bestellung mit der Beklagten telefonierte hatte.

11

Als Ende Juli 1964 auch die verlängerte Probezeit ablief, ohne daß die Beklagte sich zur Gründung der deutschen Gesellschaft entschlossen hatte, bot ihr der Kläger mit Schreiben vom 24. Juli 1964 an, ihr ihre Forderung gegen die Firma Spenner zum vollen Gegenwert abzukufen, womit die Beklagte sich wenige Tage später einverstanden erklärte. Am 7. August 1964 gründete der Kläger, ohne allerdings die Beklagte zu beteiligen oder vorher zu fragen, durch notariellen Vertrag mit seiner Ehefrau, der Zweitklägerin, die ursprünglich zwischen ihm und der Beklagten geplante Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma "M[REDACTED]-Kipper GmbH", wobei er und seine Ehefrau je 10.000 DM Stammeinlage übernahmen. Am 13. August 1964 schrieb er der Beklagten wie folgt (in deutscher Übersetzung):

- "1. Wir haben bezahlt, was Ihnen zustand - Sie haben nichts zu erhalten, weder von der Firma Kn[REDACTED] noch von der Firma M[REDACTED]-Kipper. Die Letztgenannte wurde inzwischen offiziell bei der deutschen Handelskammer eingetragen.
2. Ihre Rechte auf die Firma Sp[REDACTED] sind nichts wert. Wenn ich diese Rechte persönlich kaufen wollte, handelte es sich da nur um eine Höflichkeitshandlung. Ich bin dazu bereit, wenn wir zu einer passenden Mitarbeit kommen. Trotz einer negativen Antwort Ihrerseits, bin ich bereit - wenn Sie damit einverstanden sind - Ihnen ein Drittel dieses Betrages zu bezahlen.
3. Ein Zusammenarbeits-Vertrag zwischen uns existiert nicht. In der gegenwärtigen Zusammenarbeit haben wir immer den zweiten Schritt vor dem ersten getan. Die Meinungsverschiedenheiten zwischen uns stammen nur aus dieser Tatsache. Ich bin der Meinung, daß eine genaue Richtigstellung von erster Bedeutung ist.

4. Herr K[REDACTED] erklärte mir, daß ohne positive Entscheidung in Bezug auf Absatz 2 die Lieferungen nicht stattfinden werden. Ich bin der Meinung, daß der Absatz 3 vorerst zu klären wäre.
8. Ausnahmsweise bitte ich Sie, wenn möglich, noch heute eine Entscheidung zu treffen, oder sonst baldmöglichst. Meiner Meinung nach müssen Sie größtes Interesse an der endgültigen Regelung der Lage M[REDACTED]-Kipper haben. Unsere Vertreter befinden sich noch auf Geschäftsreise, um Kontakte mit Kunden aufzunehmen und gegebenenfalls Aufträge einzuholen. Im Falle einer negativen Antwort würde dies die bestehenden Schwierigkeiten noch verschlimmern."

Darauf antwortete die Beklagte am 14. August 1964:

"Wegen Verwirrung der Lage ziehen wir es vor, unsere vollkommene Freiheit wieder zu nehmen. Verzichten also auf die 2/3 unserer Rechte auf Sp[REDACTED], wie vorgeschlagen."

Der Kläger antwortete noch am selben Tage:

- "1. Ich bin mit der Lösung unserer Interessen einverstanden.
2. Nach der Urlaubszeit der Firma Sp[REDACTED] am 24.8.1964 werde ich Ihnen einen Scheck für den Ankauf Ihrer Rechte entsprechend 1/3 des Wertes zuschicken.
.....
4. Ab Montag werden meine Vertreter keine Kontakte mehr nehmen, um M[REDACTED]-Material zu verkaufen."

Am selben Tage, dem 14. August 1964, unterrichtete K[REDACTED] die Beklagte durch ein Fernschreiben davon, daß

"Sch[redacted] unter dem Namen M[redacted] Kipper verkauft hat, eine Gesellschaft, in der seine Frau und er die einzigen Aktionäre sind. Es wäre also nötig, diese Gesellschaft aufzulösen, denn sie hat keinen Gegenstand mehr und sie wurde ohne Ihre Zustimmung gegründet.
Andere Möglichkeit: Die Bennes M[redacted] wird die Gesellschaft M[redacted] Kipper übernehmen und alles wird geregelt sein."

K[redacted] fuhr anschließend zur Beklagten nach St.E[redacted].
Von dort sandte er dem Kläger ein Fernschreiben:

"Nach Aussprache mit Herrn d'A[redacted] teile ich Ihnen folgendes mit. Die Pläne für Ho[redacted] werden heute per Eilboten abgeschickt. Ihre Bestellung vom 7.7.1964 wird ausgeliefert. Bedingung Accreditif. Die notwendigen Pläne für die Herstellung dieser Geräte werden Ihnen zugeschickt..."

Der Kläger antwortete sofort u.a.

"Bestätige den Erhalt Ihres Fernschreibens vom 17.8. und freue mich, daß wir wegen der ausstehenden Lieferungen keine Schwierigkeiten bekommen und daß die Pläne für Ho[redacted] noch heute abgeschickt werden.
Ich glaube, daß die Lieferzeit für die Fa. Ho[redacted] zumindest in etwa eingehalten werden kann. Des weiteren habe ich zur Kenntnis genommen, daß Sie für die Auslieferung ein Akkreditiv verlangen. Ich kann Ihnen dieses im Augenblick noch nicht zusagen, doch glaube ich sicher, daß wir darauf eingehen werden oder eine andere Lösung vorschlagen, die für die Fa. Bennes M[redacted] die gleiche Sicherung ergibt."

Ihrem Antwort-Fernschreiben vom selben Tage fügte die Beklagte folgendes P.S. an:

"Sollten Sie Änderungen betreffs Ihrer Bestellung vom 7.7.1964 wünschen, bitten wir Sie, uns dies spätestens bis zum 20.8.1964 mitzuteilen."

Am 19. August 1964 sandte die Beklagte dem Kläger ein weiteres Fernschreiben, das sich wiederum mit den von ihm am 7. Juli 1964 bestellten Artikeln befaßt und diese im einzelnen aufführt. In ihm heißt es:

"Betreff Ihre Bestellung vom 7.7.1964. Überprüfen Sie bitte noch einmal die genaue Aufstellung:

.....

Unserer Ansicht nach wurde nichts vergessen, bitte bestätigen Sie diese neue Aufstellung..."

Der Kläger antwortete:

"Bezugnehmend auf Ihr FS von heute bestätigen wir wie gewünscht die Aufstellung unserer noch ausstehenden Lieferungen."

Am 26. August 1964 schrieb der Kläger - wie bisher unter der Firma "M. Kipper" -

"In dem Fernschreib-Verkehr am 13., 14. und 17.8.1964 zwischen Ihrem sehr geehrten Herrn d'A. und mir wurde festgelegt, wie die Zusammenarbeit und die Abwicklung der bestehenden Aufträge vor sich gehen soll.

.....

Im übrigen scheint mir, daß Herr K. Ihnen die Situation nicht richtig geschildert hat oder auf Grund seiner Fähigkeiten nicht in der Lage war, diese richtig zu übersehen. Er stellte so zum Beispiel das Ansinnen an mich, die Firma M. Kipper GmbH löschen zu lassen.....

Zur Klärung der Streitigkeiten schickte die Beklagte nunmehr den Leiter ihrer Auslandsabteilung Ma.

am 2. September 1964 zum Kläger. An dieser Aussprache nahm auch K. teil. Ma. verlangte vom Kläger u.a., er solle die mit seiner Frau eingegangene Gesellschaft sofort auflösen und es unterlassen, sich einer Firma mit dem Namen der Beklagten zu bedienen. Der Kläger lehnte dies ab, weil er diesen Namen unter großem Kostenaufwand in Deutschland eingeführt habe und zumindest die laufenden Geschäfte unter diesem Namen noch abwickeln müsse. Daraufhin erklärte Ma., die Beklagte werde die am 7. Juli 1964 bestellten Anlagen nicht liefern. Mit Schreiben vom folgenden Tage lehnte die Firma "M. Kipper GmbH" im Hinblick auf diese Leistungsverweigerung die Annahme der Anlagen ab. Die Beklagte antwortete am 7. September 1964, sie sei zu einer gütlichen Regelung bereit, doch verlange sie jedenfalls die sofortige Auflösung der von den Klägern eingegangenen Gesellschaft und Herausgabe sämtlicher dem Kläger überlassenen Unterlagen; auch wünschte sie, daß ihr der Kläger die Hälfte des Restwertes eines Wohnwagens, den sie ihm zur Verfügung gestellt hatte, erstatte, sowie Zahlung von 6.000 DM. Die Kläger sind auf diese Forderung der Beklagten nicht eingegangen; die Beklagte ist bei ihrer Weigerung, die Bestellung vom 7. Juli 1964 auszuführen, geblieben.

Die Kläger haben die von ihnen gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht eintragen lassen. Sie haben im Laufe des Rechtsstreits den von ihnen gestellten Eintragungseintrag zurückgenommen.

Die Kläger stehen auf dem Standpunkt, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, noch ihre Bestellung vom

7. Juli 1964 auszuführen. Zu Unrecht habe sie dies davon abhängig gemacht, daß sie, die Kläger, den Namen "M[REDACTED]" nicht mehr weiter benutzten. Sie haben behauptet, die sieben Kipper schon am 8. Juli 1964 an drei Firmen in Ha[REDACTED] weiterverkauft zu haben, wobei sie je Stück mindestens 5.000 DM verdient haben wollen.

Mit ihrer Klage haben sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 35.000 DM nebst Zinsen als entgangenen Gewinn verlangt.

Die Beklagte hat bestritten, die Bestellung vom 7. Juli 1964 in einer sie bindenden Weise angenommen zu haben. Hierzu hat sie darauf hingewiesen, daß sie dem Kläger keine Auftragsbestätigung geschickt habe, obschon dies an sich ihre Lieferbedingungen vorsehen. Jedenfalls habe sie die Lieferung wegen des vertrags- und treuwidrigen Verhaltens des Klägers verweigern dürfen. Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Kläger gesamtschuldnerisch zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, den Namen "M[REDACTED]" in irgendeiner Form, insbesondere unter der Form "M[REDACTED] Kipper GmbH." im Geschäftsverkehr zu benutzen,
2. an sie 29.780 DM nebst Zinsen zu zahlen,
3. die dem Kläger überlassenen Konstruktionspläne herauszugeben.

Die Kläger haben gebeten, die Widerklage abzuweisen. Sie haben ihre Pflicht, die Konstruktionspläne zurückzugeben, an sich nicht bestritten, wollen dies jedoch erst dann tun, wenn die Beklagte die von ihnen eingeklagten 35.000 DM bezahlt hat.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen und den Widerklageanträgen zu 1.) und 3.) stattgegeben. Die Entscheidung über den Widerklageantrag zu 2.) hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Mit ihrer Berufung haben sich die Kläger gegen die Abweisung der Klage und gegen ihre Verurteilung zur Rückgabe der Konstruktionspläne gewandt. Ihre Verurteilung, die Benutzung des Namens "M[REDACTED]" zu unterlassen, haben sie nicht angegriffen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgen sie ihre im Berufungsrechtszug gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob zwischen der Beklagten und dem klagenden Ehemann auf Grund seiner Bestellung vom 7. Juli 1964 ein die Beklagte bindender Kaufvertrag zustandegekommen war. Nach seiner Ansicht haben die Kläger schon deshalb nicht das Recht, gemäß § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung dieses Kaufvertrages zu verlangen, weil sie selbst nicht vertragstreu gewesen seien. Zu dieser Überzeugung ist das Berufungsgericht auf Grund der Aussagen der von ihm vernommenen Zeugen K[REDACTED] und Ma[REDACTED] gelangt.

Die Feststellungen des Berufungsgerichts und die von ihm daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse halten der Nachprüfung stand.

I. Der vom Berufungsgericht unterstellte Kaufvertrag war zunächst nur zwischen dem Erstkläger und der Beklagten abgeschlossen. Offensichtlich ist jedoch der von der Zweitklägerin erhobene Schadensersatzanspruch derselbe, den der Erstkläger, ihr Ehemann, geltend macht. Ihr Anspruch beruht darauf, daß sie Mitgesellschafterin der in Aussicht genommenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung hatte werden sollen, zu deren Vermögen der Lieferungsanspruch aus der Bestellung vom 7. Juli 1964 gehören sollte. Da die GmbH nicht eingetragen worden, daher nicht wirksam geworden ist, steht ein etwaiger Erfüllungsanspruch aus dem Kaufvertrag den Klägern als den Gesellschaftern der Gründergesellschaft (vgl. BGHZ 13, 320; RGZ 151, 86, 91) zu. Somit kommt es auch für den von der Zweitklägerin erhobenen Schadensersatzanspruch darauf an, ob der klagende Ehemann einen wirksamen Erfüllungsanspruch in die Gesellschaft einbringen konnte und, da dies zugunsten der Revision zu unterstellen ist, ob die Kläger auf Grund der von der Beklagten Anfang September 1964 erklärten Erfüllungsverweigerung berechtigt waren, die Rechte aus § 326 BGB geltend zu machen. Da sich die Rechte und Pflichten der Beklagten nicht dadurch, daß der Erstkläger seine Rechte aus dem Kaufvertrag in die von ihm mit seiner Ehefrau gegründeten Gesellschaft eingebracht hat, verändert haben können, kommt es auch hinsichtlich der Zweitklägerin darauf an, ob der Erstkläger (demnächst: der Kläger) nach § 326 BGB Schadensersatz verlangen kann.

II. Das Berufungsgericht hat dem Kläger das Recht, nach § 326 BGB vorzugehen, abgesprochen, weil er den Vertrag, aus dem er seinen Schadensersatzanspruch herleitet, selbst verletzt habe und daher nicht berechtigt sei, der Beklagten eine Vertragsverletzung vorzuwerfen. Dieser sei es nicht mehr zuzumuten gewesen, den Kläger noch zu beliefern.

1. Gegen den rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts bestehen keine Bedenken. Schon das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, daß derjenige, der selbst vertragsuntreu ist, aus einer etwa auch vom anderen Teil begangenen Vertragsuntreue - hier die von der Beklagten erklärte endgültige Weigerung zu liefern - keine Rechte, jedenfalls kein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 326 BGB) herleiten kann (RGZ 149, 401, 404; 152, 119, 123). Auf diesem Standpunkt steht auch der Bundesgerichtshof (BGH Urteile vom 11. Oktober 1967 - VIII ZR 143/65 - LM § 321 BGB Nr. 3 = NJW 1968, 103 und vom 20. November 1967 - VIII ZR 115/65 - WM 1968, 94). Der von den Klägern erhobene Schadensersatzanspruch setzt nach § 326 BGB voraus, daß die Beklagte sich mit der Erfüllung des Kaufvertrages in Verzug befunden hat. Daran würde es aber fehlen, wenn sie berechtigt gewesen wäre, die Erfüllung ihrer Lieferpflicht davon abhängig zu machen, daß erst der Kläger den Verpflichtungen nachkam, die ihm aus dem zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnis oblagen. Zudem kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn jemand, der die ihm obliegende Vertragspflicht verletzt hat, von seinem Gegner Erfüllung des Vertrages oder, bei dessen Weigerung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt

(vgl. BGH Urteil vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 - LM § 326 C Nr. 1 a).

2. Es kommt somit darauf an, ob das Berufungsgericht ohne Verfahrensfehler einen Sachverhalt festgestellt hat, der der Beklagten das Recht gab, die Belieferung des Klägers zu verweigern oder - anders ausgedrückt - diesem das Recht nahm, die Beklagte nach § 326 BGB verantwortlich zu machen. Das ist entgegen den Rügen der Revision hier der Fall.

a) Die Beklagte hatte zunächst mit dem Kläger vereinbart, die von ihm als Geschäftsführer zu führende "M--Kipper GmbH" als deutsche Tochtergesellschaft zu gründen. Im Mai 1964 hatten sie von diesem Plan Abstand genommen: Der Kläger sollte von nun an, wiederum begrenzt auf eine Probezeit von drei Monaten, die von der Beklagten bezogenen Kipper auf eigene Rechnung und in eigenem Namen kaufen und verkaufen. Diese vom Berufungsgericht als "Rahmenvereinbarung" bezeichnete neue Abmachung der Parteien über die weitere Zusammenarbeit ähnelt einem sog. Eigenhändler-Vertrag, den der Hersteller einer Ware mit seinem "Generalvertreter" abschließt. Er ist der Grundvertrag für die durch die einzelnen Bestellungen des Händlers abgeschlossenen wiederholten Kaufverträge (vgl. BGHZ 19, 72, 75) und von beiden Teilen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben einzuhalten (vgl. BGH Urteile vom 12. April 1960 - VIII ZR 13/59 - LM § 242 Bb Nr. 36 und vom 19. Dezember 1966 - VIII ZR 138/64 - LM § 89 a HGB Nr. 8). Auch hier beruhte die Bestellung vom 7. Juli 1964

11

auf einem solchen Grundvertrag. Ende Juli 1964 war die Probezeit ausgelaufen; Mitte August 1964 war die Zusammenarbeit endgültig gescheitert, damit auch die Befugnis des Klägers, sich bei dem Vertrieb der von der Beklagten bezogenen Kipper deren Namens "M[REDACTED]" zu bedienen. Dennoch bestand er in der Besprechung, die er am 2. September 1964 mit Ma[REDACTED] und K[REDACTED] führte, nicht nur darauf, daß die Beklagte ihm noch die am 7. Juli 1964 bestellten Kipper liefere, sondern nahm auch das Recht in Anspruch, diese wie bisher unter der Firma "M[REDACTED] Kipper GmbH" zu verkaufen, nämlich durch die Gesellschaft, an der seine Frau, die Zweitklägerin und nicht die Beklagte beteiligt war. Die Kläger sind jedoch schon vom Landgericht verurteilt worden, die Benutzung des Namens "M[REDACTED]" zu unterlassen, vor allem in der Form "M[REDACTED] Kipper GmbH". Hiergegen haben sie kein Rechtsmittel eingelegt und auch in ihrer Revision nicht bestritten, daß sie kein Recht mehr hatten den Namen M[REDACTED] zu führen.

Die Kläger leugnen jedoch, daß ihre Pflicht, die Weiterbenutzung des Namens M[REDACTED] zu unterlassen, nicht nur gesetzlich begründet war (§ 37 HGB und § 12 BGB), sondern, wie das Berufungsgericht angenommen hat, auch aus ihren vertraglichen Beziehungen mit der Beklagten folge und zwar in der Art, daß diese berechtigt gewesen sei, sich gegenüber dem Ersatzverlangen des Klägers aus § 326 BGB auf deren eigene Vertragsuntreue zu berufen. Die Revision meint, die Pflicht, die Weiterbenutzung des Namens M[REDACTED] zu unterlassen, habe mit dem Kaufvertrag vom 7. Juli 1964 nichts zu tun. Das

Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei ausgeführt, daß hier ein enger Zusammenhang bestanden hat.

aa) Wie schon bemerkt, bildeten die Vereinbarungen, die die Parteien hinsichtlich ihrer Zusammenarbeit getroffen hatten, die Grundlage für die Bestellung vom 7. Juli 1964. Diese Bestellung kann nicht, wie dies die Revision will, isoliert betrachtet werden. Die Verknüpfung mit dem Zusammenarbeitsvertrag ist unverkennbar. Dieser erlaubte dem Kläger nur, den Namen "M [REDACTED] Kipper GmbH" für eine Firma zu benutzen, an der die Beklagte beteiligt sein sollte. Selbstverständlich galt die von ihr gewährte "Namenslizenz" (RG JW 1927, 117) nur für die Zeit, in der die Parteien zusammenarbeiteten. Mit dem Ende der Zusammenarbeit endete auch die Gestattung der Beklagten, die allein den Kläger entgegen § 37 HGB, § 12 BGB und § 16 UWG befugte, Namen und Firma der Beklagten zu benutzen.

Das Berufungsgericht legt den Zusammenarbeitsvertrag der Parteien dahin aus, daß aus ihm, als Nachwirkung der befristeten Gestattung, auch die vertragliche Pflicht des Klägers folge, nach dem Scheitern der Zusammenarbeit die Weiterführung des Namens zu unterlassen. Dieser Standpunkt des Berufungsgerichts kann, da es sich um die Auslegung eines Individual-Vertrages handelt, vom Revisionsgericht nur beschränkt nachgeprüft werden. Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts lassen sich rechtlich keine Einwendungen erheben; sie ist möglich, wenn nicht gar naheliegend. Das Berufungsgericht hat sodann geprüft, ob die Beklagte

dem Kläger immerhin gestattet habe, nach dem Scheitern der Zusammenarbeit sich ihres Namens noch für die Zeit zu bedienen, in der er die während der Zusammenarbeit begonnenen und noch laufenden Geschäfte abwickelte. Diese Frage hat das Berufungsgericht auf Grund ergänzender Auslegung der beiderseitigen Erklärungen unter Würdigung der beiderseitigen Interessen und der Grundsätze von Treu und Glauben verneint. Auch diese Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagte verlangte vom Kläger nichts Unzumutbares, wenn sie ihn darauf beschränkte, die am 7. Juli 1964 noch gekauften Kipper nunmehr unter seinem eigenen Namen weiterzuverkaufen, jedenfalls nicht mehr unter der Firma "M. Kipper GmbH". Nach Ansicht des Berufungsgerichts enthielt es einen durch nichts gerechtfertigten Verstoß gegen den Geist der früheren Abmachung, wenn der Kläger den Namen der Beklagten nunmehr in der Firma einer von ihm zusammen mit seiner Frau eingegangenen Gesellschaft benutzte. Gegen diese Beurteilung läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden. Ohnehin hatte die Beklagte den Kläger schon dadurch erheblich günstiger gestellt als ihre anderen Zwischenverkäufer, daß sie ihn praktisch zu ihren Selbstkosten belieferte und dies auch noch hinsichtlich der Bestellung vom 7. Juli 1964 hätte tun müssen, wenn ihr der Kläger nicht ein Recht zur Erfüllungsverweigerung gegeben hätte.

bb) Die von der Revision gegen die Auslegung des Berufungsgerichts erhobenen Rügen greifen nicht durch.

So meint die Revision, diese Auslegung lasse sich nicht mit dem Verhalten der Beklagten vereinbaren, das sie in ihren Fernschreiben vom 17. und 19. August 1964 gezeigt habe, in denen sie wegen der Bestellung vom 7. Juli 1964 rückgefragt hatte. Zu diesem Zeitpunkt sei sie nämlich schon von K [REDACTED] davon unterrichtet gewesen, daß der Kläger die "M [REDACTED] Kipper GmbH" zusammen mit seiner Frau gegründet habe und unter diesem Namen verkaufe. Dieser Umstand brauchte jedoch das Berufungsgericht nicht von der von ihm hier für richtig gehaltenen Auslegung abzuhalten. Es setzt sich ausdrücklich damit auseinander und meint, der Beklagten müsse eine gewisse Überlegungsfrist zugebilligt werden, bevor sie sich angesichts der durch das einseitige Vorgehen des Klägers entstandenen überraschenden und schwierigen Lage zu endgültigen Maßnahmen entschloß. Diese Erwägung des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Die Revision hält die Auslegung des Berufungsgerichts auch deshalb für unrichtig, weil sich die Beklagte selbst weder in der ersten noch in der zweiten Instanz darauf berufen habe, berechtigt gewesen zu sein, die Lieferung zu verweigern. Das ist indes nicht richtig. Zwar hat sich die Beklagte in erster Reihe damit verteidigt, sie habe die Bestellung vom 7. Juli 1964 nicht bindend angenommen. In ihrem Schriftsatz vom 11. Oktober 1966 hat sie aber hilfsweise geltend gemacht, sie könne doch, nachdem die Zusammenarbeit gescheitert sei, nicht mehr verpflichtet sein, die Kläger immer noch wie einen Eigenhändler zu beliefern.

Dies hat sie auch ausweislich des Tatbestandes im angefochtenen Urteil (BU S. 14) vor dem Berufungsgericht vorgetragen.

b) Es muß also mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen werden, daß der Kläger auf Grund des Zusammenarbeits-Vertrages verpflichtet war, die Weiterführung des Namens M■■■■ zu unterlassen. Infolgedessen kommt es darauf an, ob auch der Standpunkt des Berufungsgerichts rechtsirrtumsfrei ist, daß zwischen dieser Pflicht und dem Kaufvertrag vom 7. Juli 1964 ein solcher Zusammenhang bestanden hat, daß die oben dargelegten Grundsätze auch hier anwendbar sind, wonach der nach § 326 BGB vorgehende Vertragsteil nicht selbst vertragsuntreu sein darf.

Auch insoweit hält das angefochtene Urteil der Nachprüfung stand.

Das Berufungsgericht nimmt an, die Pflicht, die Weiterführung des Namens M■■■■ zu unterlassen, sei auch eine Nebenpflicht des Kaufvertrages vom 7. Juli 1964 gewesen, eine Pflicht, die dem Kläger neben seiner Hauptpflicht, die Kipper abzunehmen und zu bezahlen, obgelegen habe. Demgegenüber macht die Revision geltend, daß der Kläger beim Abschluß dieses Kaufvertrages noch das Recht gehabt habe, sich des Namens der Beklagten zu bedienen. Ob diese Rüge berechtigt ist, kann offen bleiben. Jedenfalls bestand zwischen der "Rahmen-Vereinbarung", die dem Kläger das befristete Recht zur Benutzung

der Firma der Beklagten gegeben hatte, und dem auf diesem Grundvertrag aufbauenden Kaufvertrag vom 7. Juli 1963 ein enger, nicht nur wirtschaftlicher, sondern auch rechtlicher Zusammenhang (vgl. § 273 BGB). Daher konnte die Nichterfüllung der Pflichten, die das Auslaufen der "Rahmen-Vereinbarung" dem Kläger auferlegte, nicht ohne Einfluß sein auf die Pflichten, die der Kaufvertrag vom 7. Juli 1964 der Beklagten auferlegte. Sie war berechtigt, mit ihrer Lieferung solange zurückzuhalten, bis der Kläger seinen Pflichten nachkam, kam daher nicht in Verzug, wie dies § 326 BGB voraussetzt (RGZ 68, 32, 33; 126, 280, 285). Diese Verknüpfung rechtfertigt es, daß das Berufungsgericht die zu § 326 BGB entwickelten Grundsätze auch im vorliegenden Fall zur Anwendung brachte. Sie sind nicht zuletzt aus den Grundsätzen von Treu und Glauben im redlichen Geschäftsverkehr entwickelt. Gerade aber Treu und Glauben verwehren es dem Kläger, die Beklagte an der Erfüllung des Kaufvertrages festzuhalten, nachdem er selbst den Grundvertrag, auf dem dieser Kaufvertrag aufgebaut ist, verletzt hat.

Die Revision meint, dem Kläger könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er nicht schon sogleich darauf verzichtet habe, die Firma der Beklagten fortzuführen, dies jedenfalls bis zum Absatz der am 7. Juli 1964 gekauften Kipper. Es ist aber schon fraglich, ob es überhaupt auf ein Verschulden ankommt. Jedenfalls muß dem Kläger von Anfang klar gewesen sein, daß er nicht das Recht haben konnte, hinter dem Rücken der Beklagten und ohne deren Beteiligung mit seiner Ehefrau die gemeinsam mit der Beklagten geplante deutsche Gesellschaft "M. [REDACTED] Kipper GmbH" zu gründen. Spätestens in der Besprechung,

die Ma [REDACTED] am 2. September 1964 mit ihm in D [REDACTED] führte, hätte er zusagen müssen, den Antrag, die soeben gegründete GmbH im Handelsregister eintragen zu lassen, zurückzunehmen und davon Abstand zu nehmen, weiterhin unter dem Namen der Beklagten aufzutreten.

III. Nach alledem hat das Berufungsgericht den Klägern den von ihnen geltend gemachten Schadensersatzanspruch rechtsfehlerfrei abgesprochen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß sie die der Beklagten gehörenden Konstruktionszeichnungen nicht zurückhalten können. Infolgedessen hat das Berufungsgericht der Widerklage mit Recht stattgegeben. Auch insoweit mußte somit die Revision der Kläger zurückgewiesen werden.

Engels

Nußgens

Dr. Bode

Sonnabend

Dr. Weber