

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.126/2001 /rnd

Urteil vom 7. Februar 2003
I. Zivilabteilung

Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Walter, Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch.
Gerichtsschreiberin Charif Feller.

X. _____ SA,
Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Sprecher, Bahnhofstrasse
13, 8001 Zürich,

gegen

Y. _____ AG,
Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwältin Eva Nill, Rudolf Diesel-Strasse 2,
8404 Winterthur.

Werkvertrag; UWG,

Berufung gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26.
Februar 2001.

Sachverhalt:

A.

Die X. _____ SA (Beklagte) und die Y. _____ AG (Klägerin) sind beide in der Baubranche mit
Schwergewicht auf Abwassertechnik tätig. Am 17. September 1997 unterzeichneten sie einen mit
"Vereinbarung über eine zeitlich limitierte Zusammenarbeit" betitelten Vertrag, worin sie "per sofort
eine zeitlich limitierte, provisorische Zusammenarbeit bis 31. März 1998" begründeten und des
Weiteren vereinbarten: "Über das Vorgehen nach dem 31. März 1998 entscheiden die Parteien per
diesem Datum."

Die Zusammenarbeit bestand im Wesentlichen darin, dass die Beklagte von der Klägerin deren so
genannte NILL-Produkte bezog, die sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung in der
Westschweiz und im Wallis zu selbst bestimmten Konditionen vertrieb. Die Klägerin hatte zudem die
Beklagte "bis Ende März 1998 mit einigen NILL-Prospektordnern" sowie mit
Demonstrationsprodukten zu beliefern, wogegen diese sich verpflichtete, keine ihr im Zusammenhang
mit der Vertragsabwicklung zugehenden Informationen Dritten zugänglich zu machen oder zum
eigenen Nutzen einzusetzen, sowie ihre Mitarbeiter zur Verschwiegenheit anzuhalten.

Nach dem 31. März 1998 führten die Parteien ihre geschäftlichen Kontakte weiter und traten auch in
Vertragsverhandlungen, erzielten aber keine Einigung über einen neuen Dauervertrag. Vielmehr
verschlechterten sich die Beziehungen, welche spätestens am 16. Dezember 1998 beendet wurden.
Die Beklagte teilte danach ihren Kunden mit, nicht mehr für die Klägerin tätig zu sein, und empfahl
ihnen, sich im Bedarfsfalle direkt an diese zu wenden.

B.

Mit Klage vom 14. April 1999 belangte die Klägerin die Beklagte vor dem Handelsgericht des Kantons
Zürich auf ausstehende Rechnungen von insgesamt Fr. 153'885.50 nebst Zins, Betreibungs- und
Weisungskosten.

Die Beklagte anerkannte diese Forderungen im Umfange von Fr. 145'052.75, stellte sie aber
Gegenforderungen von insgesamt (mindestens) Fr. 348'608.50 gegenüber und machte den Saldo von
"nicht unter Fr. 203'555.75" nebst Zinswiderklageweise geltend, ebenso eine Genugtuungsforderung
von Fr. 15'000.- wegen unlauteren Wettbewerbs. Weiter verlangte sie, soweit für das
Berufungsverfahren noch von Interesse, der Klägerin zu verbieten, einen Firmenkatalog (Hauszeitung)
mit dem Bild ihres Verwaltungsratsmitglieds A. _____ zu verbreiten oder sonstige Werbung zu
betreiben, die eine geschäftliche Beziehung zur Beklagten andeute, sowie herabsetzende

Äusserungen zu verbreiten, namentlich über ihre wirtschaftliche Situation.

Mit Beschluss und Urteil vom 26. Februar 2001 hiess das Handelsgericht die Klage im Betrage von Fr. 149'912.50 gut und wies die Widerklage ab, soweit es darauf eintrat.

Eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 22. Oktober 2002 ab, soweit es darauf eintrat.

C.

Die Beklagte ficht das handelsgerichtliche Urteil ebenfalls mit eidgenössischer Berufung an. Sie stellt folgende Anträge:

1. Es sei der Berufungsbeklagten für das ganze Gebiet der Schweiz zu verbieten, ihren Katalog mit dem Foto von Herrn A. _____, Verwaltungsratsmitglied der Berufungsklägerin, zu verbreiten oder sonstige Werbung zu betreiben, die eine geschäftliche Beziehung zur Berufungsklägerin andeutet.
2. Es sei der Berufungsbeklagten zu verbieten, die Berufungsklägerin bei Kunden herabzusetzen durch die unrichtige Behauptung, dass die Berufungsklägerin in finanziellen Schwierigkeiten oder nahe am Konkurs sei.
3. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 15'000 als Genugtuung zu bezahlen.
4. Es sei festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Alleinvertriebsvertrag zustande gekommen sei.
5. Eventualiter, im Falle der Ablehnung von Antrag 4: Es sei der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2001 aufzuheben und zur Durchführung eines Beweisverfahrens über das Vorliegen eines Alleinvertriebsvertrags zwischen den Parteien an die Vorinstanz zurückzuweisen.
6. Es sei der Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2001 aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Durchführung eines Beweisverfahrens über die Schadenersatzpflicht der Berufungsbeklagten."

Die Klägerin und das Handelsgericht haben auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Beklagte begehrt die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Alleinvertriebsvertrag zustande gekommen sei. Im kantonalen Verfahren wurde ein solches Feststellungsbegehren nicht gestellt. Es handelt sich daher um einen neuen Antrag, auf den nicht einzutreten ist (Art. 55 Abs. 1 lit. b OG; BGE 104 II 209 E. 1). Im Übrigen fehlte der Beklagten ein hinreichendes Feststellungsinteresse, kann sie doch ohne weiteres auf Leistung klagen und hat sie dies im kantonalen Verfahren auch getan (BGE 123 III 49 E. 1). Damit ist ebenfalls dem unselbständigen Eventualbegehren auf Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens über das Vorliegen eines Alleinvertriebsverfahrens der Boden entzogen. Zudem ist eine selbständige Bedeutung dieses eventualen zum prinzipalen Rückweisungsbegehren (Berufungsbegehren Ziff. 6) weder ersichtlich noch dargetan. Anscheinend geht es der Beklagten darum, dass das Bundesgericht sich bei der rechtlichen Beurteilung der Anspruchsgrundlagen in bestimmter Weise festlege. Dazu bedarf es keines gesonderten Begehrens; im Falle der Rückweisung ist die Vorinstanz ohnehin an die Rechtsauffassung des Bundesgerichts gebunden (Art. 66 OG).

2.

Die Klägerin verbreitete im Jahre 1999 einen Produktkatalog, in welchem u.a. eine Fotografie von A. _____, Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten und früherer Fussball-Internationaler enthalten ist. Die Fotografie erschien nach den Feststellungen der Vorinstanz ohne einen Namenshinweis im Zusammenhang mit einem Arbeitsgang zum Thema "Erfolgskontrolle". In der 20-seitigen Publikation nehme sie keinen prominenten Platz ein, und das Gesicht von A. _____ beanspruche lediglich eine Fläche von rund 1cm².

Die Vorinstanz hat mangels rechtsgenügender Bestreitung als erwiesen erachtet, dass A. _____ bei der Aufnahme der Fotografie damit einverstanden gewesen sei, dass dieses Bild allenfalls in der Hauszeitung (Katalog) der Klägerin erscheinen könne. Zudem hielt sie nicht für erstellt, dass mit der Verbreitung weiterer Publikationen der Klägerin zu rechnen sei, welche das Bild von A. _____ enthielten. Auf einen entsprechenden Unterlassungsanspruch der Beklagten trat sie daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht ein. Die Beklagte rügt eine Verletzung von Art 8 ZGB und die bundesrechtswidrige Verneinung einer Wiederholungsgefahr.

2.1 Die Anforderungen an die Substanziierung einer Bestreitung sind Gegenstand des kantonalen Prozessrechts, solange dieses damit nicht in Widerspruch zu Art. 8 ZGB gerät. Insbesondere darf die

Bestreitungslast nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Nicht bundesrechtswidrig ist dabei von vornherein das Erfordernis, eine Bestreitung so konkret zu halten, dass sich daraus bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen bestritten werden sollen. Das kantonale Recht kann fordern, substantiiert geltend zu machen, was bestritten ist; dagegen sind ihm bundesrechtliche Grenzen darin gesetzt, die beweisbefreite Partei ebenfalls zu veranlassen darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (BGE 117 II 113 mit Hinweisen).

Nach den Feststellungen des Handelsgerichts behauptete die Klägerin im kantonalen Verfahren, A._____ habe sich seinerzeit richtiggehend "auf die Foto gedrängt", um in die Kamera lächeln zu können, und habe keine Einwendungen erhoben, als er darauf hingewiesen worden sei, dass dieses Foto allenfalls in die Hauszeitung aufgenommen werde. Die Beklagte habe diesen Sachverhalt nicht substantiiert bestritten, sondern bloss ausgeführt, die Klägerin hätte auch ein anderes Foto verwenden können. Dass die Vorinstanz daraus schloss, es sei unbestritten geblieben, dass A._____ mit einer möglichen Verwendung seiner Fotografie in der Hauszeitung der Klägerin einverstanden war, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Das Handelsgericht hat keine bundesrechtswidrigen Anforderungen an die Bestreitungslast gesetzt, wenn es eine konkrete Bestreitung der einzelnen Sachverhaltselemente, die auf eine Einwilligung schliessen liessen, verlangte. Dass es sodann aus dem geschilderten Sachverhalt auf eine Einwilligung in die Publikation schloss, verletzt Bundesrecht nicht; mindestens durfte die Klägerin aus dem festgestellten Verhalten von A._____ nach Treu und Glauben auf eine solche Einwilligung schliessen. Damit scheidet zufolge Einwilligung

die Annahme einer unlauteren oder anderweitig rechtswidrigen Publikation aus und die Frage kann offen bleiben, inwieweit die Beklagte, auf welche in der Publikation nicht hingewiesen wird, überhaupt Rechte am Bild ihres Verwaltungsratsmitglieds geltend machen kann.

2.2 Ein Unterlassungsbegehren setzt ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse voraus, das besteht, wenn die widerrechtliche Handlung unmittelbar droht, d.h. das beanstandete Verhalten die künftige Rechtsverletzung ernsthaft befürchten lässt. Indiz für einen bevorstehenden Eingriff kann die Tatsache sein, dass analoge Eingriffe in der Vergangenheit stattgefunden haben (Wiederholungsgefahr) und eine Verwarnung keine Wirkung gezeigt hat oder zwecklos wäre (BGE 124 III 72 E. 2a mit Hinweis).

War die Aufnahme der Fotografie von A._____ in den Katalog des Jahres 1999 nach dem Gesagten rechtmässig, lässt sich eine Weiterverwendung dieser Publikation nicht als wiederholtes unlauteres oder anderweitig rechtswidriges Verhalten ausgeben. Ebenso wenig kann aus der früheren rechtmässigen Publikation für sich allein der Schluss gezogen werden, die Klägerin werde künftig und in Kenntnis der widerrufenen Einwilligung weitere Publikationen mit dem entsprechenden Bild erscheinen lassen. Mangels schlüssiger Indizien hat die Vorinstanz damit das erforderliche Rechtsschutzinteresse der Beklagten bundesrechtskonform verneint.

2.3 Welche anderen Werbemassnahmen der Klägerin zu befürchten sein sollen, die eine geschäftliche Beziehung zur Beklagten andeuten, ist der Berufungsschrift nicht zu entnehmen. Das Berufungsbegehren auf Unterlassung bestimmter Werbung durch die Klägerin (Berufungsbegehren Ziff. 1) ist damit insgesamt nicht zu schützen.

3.

Die Beklagte will der Klägerin verbieten lassen, sie bei Kunden durch die unrichtige Behauptung herabzusetzen, sie sei in finanziellen Schwierigkeiten oder nahe am Konkurs (Berufungsbegehren Ziff. 2).

Ein etwas weiter gehendes Unterlassungsbegehren hat das Handelsgericht als zu weit gefasst zurückgewiesen und mit einer Eventualbegründung mangels hinreichender Substanziierung zu den Umständen der relevierten Äusserungen abgewiesen. Die Beklagte rügt eine Verletzung von Art. 8 ZGB, weil prozesskonform vorgelegte oder angerufene Beweise nicht abgenommen worden seien.

Wie weit die anspruchsbegründenden Tatsachen inhaltlich zu substantiieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Bestreitet der Prozessgegner das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann dieser obliegen, die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b). Ein blosses Beweisanerbieten darf bundesrechtskonform als ungenügend erachtet werden, wenn die

darauf bezüglichen Sachvorbringen der Gegenpartei nicht erlauben, konkret zu bestreiten oder Gegenbeweise anzurufen. Das Beweisverfahren eröffnet keinen bundesrechtlichen Anspruch darauf, eine lückenhafte, ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen (Jürgen C. Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Bern 1989, S. 198).

Die Beklagte machte vor Handelsgericht ohne Darlegung der näheren Umstände geltend, die Klägerin habe sich gegenüber einem Mitarbeiter des Service des autoroutes des Kantons Waadt abfällig über ihre wirtschaftliche Situation geäußert. Die Klägerin bestritt, diesen Mitarbeiter jemals kontaktiert zu haben oder auch nur zu kennen. Die Beklagte weist nicht nach, auf diese Bestreitung hin ihre Sachvorbringen so ergänzt zu haben, dass sie hinsichtlich eines konkreten Vorfalles unter Beweis gestellt werden konnten. Damit durfte das Handelsgericht bundesrechtskonform das Vorbringen als nicht hinreichend substantiiert werten.

Die Beklagte hat eine herabsetzende Äusserung der Klägerin auch gegenüber einem Kunden behauptet, welcher den Sachverhalt in einem dem Gericht vorgelegten Schreiben ausdrücklich bestätigte und die Umstände des Kontakts mit der Klägerin darlegte. Damit hatte die Beklagte ihrer Substanziierungslast genügt. Das Handelsgericht erwog jedoch, der einmalige Vorfall würde bei unterstellter Wahrheit der Behauptung die Ausrichtung einer Genugtuung nicht rechtfertigen. Zum Unterlassungsbegehren äusserte es sich in diesem Zusammenhang nicht. Indessen ist im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ebenfalls festzuhalten, dass eine einmalige, im Zeitpunkt der gespannten Geschäftsbeziehungen der Parteien (1999) gefallene Äusserung nicht ausreicht, im massgebenden Urteilszeitpunkt (BGE 124 III 72 E. 2a mit Hinweis) eine Wiederholungsgefahr zu bejahen. Das Handelsgericht hat damit einen Unterlassungsanspruch der Beklagten auch insoweit bundesrechtskonform verneint.

4.

Die Beklagte beansprucht Schadenersatz aus Vertragsverletzung. Sie macht geltend, mit der Klägerin in einem Alleinvertriebsvertrag gestanden zu haben, aus dessen Verletzung ihr namhafter Schaden erwachsen sei. Vor Handelsgericht machte sie insgesamt sieben Schadenspositionen geltend, vor Bundesgericht werden noch deren drei begründet und mit Fr. 193'402.- (Position 1), mindestens Fr. 80'000.- (Position 2) sowie Fr. 94'207.50 (Position 5) beziffert.

Das Handelsgericht wies die Widerklage in den drei noch beanspruchten Positionen mangels hinreichender Substanziierung des Schadens oder mangels Rechtsgrunds der Forderungen ab. Die Beklagte ficht in ihrer Berufungsschrift prozesskonform alle diese Begründungen an. Die Berufung erweist sich dagegen bereits als unbegründet, wenn das angefochtene Urteil sich in den angefochtenen Punkten mit einer der jeweils alternativ gegebenen Begründungen halten lässt (BGE 122 III 43 E. 3 mit Hinweis).

Als Rechtsgrund ihrer Forderungen beansprucht die Beklagte bloss noch einen Alleinvertriebsvertrag. Die Erwägungen der Vorinstanz zu weiteren geprüften aber verworfenen Rechtsgrundlagen (Delikt, ungerechtfertigte Bereicherung, culpa in contrahendo) lässt sie unbeanstandet. Insoweit ist das angefochtene Urteil daher nicht zu überprüfen (Art. 55 Abs. 1 lit. b OG).

4.1 Der blosser Rückweisungsantrag genügt den Anforderungen von Art. 55 Abs. 1 lit. b OG, da das Bundesgericht, sollte es die Rechtsauffassung der Beklagten für begründet erachten, kein Endurteil fällen könnte, sondern die Sache zu weiteren Abklärungen zum Quantitativ des Schadens an die Vorinstanz zurückweisen müsste (BGE 125 III 412 E. 1b mit Hinweisen).

Im Sachurteilsverfahren kann das Bundesgericht eine Rückweisung nach Art. 64 Abs. 1 OG anordnen, wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht festgestellt worden sind, deren Abnahme im vorinstanzlichen Verfahren prozesskonform und erfolglos verlangt worden ist und die für die Überprüfung von Bundesrecht erforderlich sind, d.h. ohne die ein Berufungsurteil nicht gefällt werden kann (BGE 119 II 353 E. 5c/aa S. 357; 115 II 484 E. 2a; 93 II 213 E. 1 S. 216; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N. 2.1 bis 2.3 zu Art. 64 OG; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Rz. 127 S. 172). Auch die Rückweisung der Streitsache zur Ergänzung tatsächlicher Feststellungen steht damit im Dienste der Rechtsanwendung. Das Bundesgericht macht von ihr nur Gebrauch, wenn die Vorinstanz eines oder mehrere Elemente eines rechtserheblichen Tatbestandes in tatsächlicher Hinsicht nicht geprüft hat, weil es die einschlägige Norm verkannte oder unvollständig erfasste. Wo dagegen die Vorinstanz tatsächliche Feststellungen zu den massgebenden Tatbestandselementen getroffen hat, sind diese für das Bundesgericht im Berufungsverfahren verbindlich und der rechtlichen Beurteilung der Streitsache als vollständig und wahr

zu Grunde zu legen. Insbesondere ist die Berufung einer blossen Kritik an der Beweiswürdigung des Sachgerichts, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, verschlossen (BGE 115 II 484 E. 2a; 119 II 380 E. 3b; 120 II 97 E. 2b).

Die Beklagte gründet ihre Schadenersatzforderungen auf einen Alleinvertriebsvertrag. Die Vorinstanz hat geprüft, ob zwischen den Parteien ein solcher zustande gekommen sei, und hat die Frage verneint. Die Beklagte macht nicht geltend, das Handelsgericht sei von einem unrichtigen Begriff des Alleinvertriebsvertrags ausgegangen. Damit bleibt nach dem Gesagten kein Raum für eine Ergänzung des Sachverhalts zum Vertragstatbestand und ist einzig zu prüfen, ob ein entsprechender Konsens bundesrechtswidrig verneint wurde.

4.2 Geht es um Konsens oder Auslegung, ist Tatfrage, was die Parteien im Vertragsbezug gewusst, gedacht, gewollt und erklärt haben. Sie wird vom kantonalen Gericht für das Bundesgericht verbindlich beantwortet, es sei denn, seine Feststellungen beruhen auf offensichtlichen Versehen oder seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 128 III 70 E. 1a; 121 III 414 E. 2a S. 418 mit Hinweisen). Vom Bundesgericht im Berufungsverfahren zu prüfende Rechtsfrage ist demgegenüber, ob das Sachgericht nach Massgabe seiner tatsächlichen Feststellungen den Vertragstatbestand richtig beurteilte oder ob bei fehlender tatsächlicher aber mindestens einseitig als gegeben erachteter Willensübereinstimmung ein Vertrag durch normativen Konsens zustande kam, weil die von einer vertraglichen Bindung ausgehende Partei die Äusserungen oder das Verhalten der andern nach Treu und Glauben als Ausdruck eines Bindungswillens verstehen durfte. Auch dabei ist allerdings der Gesamtzusammenhang im Auge zu behalten, d.h. die einzelnen Äusserungen einer Verhandlungspartei dürfen nicht von ihrem Kontext losgelöst werden, sondern sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen. Zudem ist das Bundesgericht

an die Feststellungen des kantonalen Sachgerichts hinsichtlich der äusseren Umstände und des inneren Willens der Parteien gebunden (BGE 121 III 414 E. 2a S. 418; 123 III 165 E. 3a; 126 III 25 E. 3c).

Nach dem Grundsatz des Vorrangs der empirischen vor der normativen Vertragsauslegung (Art. 18 OR) ist eine objektivierte Vertragsauslegung ausgeschlossen, wenn in tatsächlicher Hinsicht feststeht, dass die Parteien ihre gegenseitigen Erklärungen entsprechend dem jeweils inneren Willen des Erklärenden verstanden haben. Insbesondere besteht kein Raum für eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip oder die Annahme eines normativen Konsenses, wenn in tatsächlicher Hinsicht feststeht, dass für beide Parteien eine Willensübereinstimmung erkennbar nicht erreicht wurde (BGE 128 III 70 E. 1a mit Hinweis).

4.3 Die Beklagte sucht über weite Strecken ihrer Berufungsschrift darzulegen, dass die Parteien sich tatsächlich auf einen Alleinvertriebsvertrag geeinigt hatten und die Vorinstanz diese Willensübereinstimmung zu Unrecht nicht festgestellt habe. Damit übt sie im Berufungsverfahren unzulässige Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz. Soweit sie sich in diesem Zusammenhang auf Aktenwidrigkeiten im Sinne offensichtlicher und im Berufungsverfahren zu korrigierender Versehen berufen sollte, legt sie nicht rechtsgenügend dar, welches Aktenstück das Handelsgericht aus Irrtum übersehen oder nicht in seiner wahren Gestalt zur Kenntnis genommen haben soll (vgl. BGE 115 II 399). Nicht zu hören ist die Beklagte sodann mit der Rüge, das Handelsgericht habe einzelne von ihr angebotene oder erbrachte Beweise nicht oder nicht richtig gewürdigt und damit Art. 8 ZGB verletzt. Das Bundesrecht schreibt dem kantonalen Sachgericht nicht vor, mit welchen Mitteln Beweis zu führen ist, und Art. 8 ZGB gibt der beweisbelasteten Partei nur solange Anspruch auf die Abnahme prozesskonform angebotener Beweise, als das Sachgericht nicht zu einem positiven Beweisergebnis gelangt und demzufolge nach der Beweislastregel im non liquet entscheidet. Wenn dagegen das Sachgericht eine Sachbehauptung für erstellt oder für widerlegt erachtet, wird die Beweislastregel gegenstandslos und ein Beweisführungsanspruch der Parteien bloss noch verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 114 II 289 E. 2a). Verfassungsverletzungen aber sind nicht mit Berufung zu rügen (Art. 43 Abs. 1 OG). Damit bleibt es bei der Feststellung der Vorinstanz, die Parteien hätten sich in tatsächlicher Hinsicht nicht über den Abschluss eines Alleinvertriebsvertrags geeinigt.

4.4 Zu prüfen bleibt noch die Rechtsfrage, ob die Beklagte aus den von der Vorinstanz festgestellten Äusserungen oder Verhaltensweisen der Klägerin nach Treu und Glauben auf deren Bindungswillen hinsichtlich eines Alleinvertriebsvertrags schliessen durfte.

4.4.1 Der Wortlaut der am 17. September 1997 unterzeichneten Vereinbarung der Parteien entspricht, wie das Handelsgericht bundesrechtskonform festgehalten hat, den Anforderungen an einen Alleinvertriebsvertrag nicht. Mit ihm wurde eine zeitlich limitierte, provisorische Zusammenarbeit der Parteien begründet (Ziff. 2), während welcher die Klägerin sich verpflichtet, der Beklagten ihre Produkte zu offerieren (Ziff. 3) und Prospektordner sowie Modelle zur Verfügung zu stellen (Ziff. 5),

wegen die Beklagte in der Vermarktung der Produkte frei war, sich jedoch verpflichtet, mit einer Ausnahme keine Konkurrenzprodukte anzubieten (Ziff. 4). Zudem vereinbarten die Parteien ausdrücklich eine Treupflicht hinsichtlich vertragsrelevanter Daten und Fakten (Ziff. 6 und 7). Dass der Beklagten ein Alleinvertriebsrecht für die Produkte der Klägerin eingeräumt worden wäre oder sie sich verpflichtet hätte, den Absatz der klägerischen Produkte planmässig zu fördern, wie dies dem Wesen eines Alleinvertriebsvertrags entspräche, ist dem Vertragstext in objektivierter Auslegung nicht zu entnehmen. Für eine davon abweichende tatsächliche Vertragsgestaltung aber ist die Beklagte, welche daraus Rechte ableiten will, beweispflichtig (BGE 121 III 118 E.

4b/aa; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, N. 33 und 42 zu Art. 18 OR; Kramer, Berner Kommentar, N. 13 und 102 zu Art. 18 OR; Wiegand, Basler Kommentar, N. 49 zu Art. 18 OR). Das Handelsgericht hat einen solch abweichenden Vertragswillen der Parteien im Rahmen seiner Beweiswürdigung für das Bundesgericht verbindlich verneint.

4.4.2 Ständen die Parteien während der fest vereinbarten Vertragsdauer nicht in den von der Beklagten beanspruchten Vertragsbeziehungen, konnten solche nach Ablauf dieser Dauer auch nicht stillschweigend fortgesetzt werden. Zu prüfen ist damit einzig, ob die Beklagte nach Ablauf der festen Vertragsdauer aus dem Verhalten der Klägerin in guten Treuen auf die Begründung eines Alleinvertriebsvertrags schliessen durfte.

Das Handelsgericht stellt dazu für das Bundesgericht verbindlich fest, dass die Parteien nach dem 31. März 1998, d.h. nach Ablauf der festen Vertragsdauer, Vertragsverhandlungen führten, sich aber nicht auf einen neuen Vertrag einigen konnten. Ein Vertragsentwurf, den die Klägerin der Beklagten am 2. Juli 1998 übergab und der als Offerte zu qualifizieren ist, wurde nicht angenommen. Vielmehr verschlechterten sich die Beziehungen der Parteien und endeten spätestens am 16. Dezember 1998. Im Lichte dieser Feststellungen aber durfte die Beklagte nicht davon ausgehen, die Klägerin habe mit ihr nach dem 31. März 1998 durch konkludentes Verhalten einen Alleinvertriebsvertrag geschlossen. Gegenteil ist in objektivierter Würdigung der Gesamtumstände davon auszugehen, dass die Beziehungen der Parteien sich nach dem 31. März 1998 in einem Verhandlungsverhältnis erschöpften, und greift angesichts des zugestellten aber nicht akzeptierten Vertragsentwurfs die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR, dass eine rechtliche Bindung dem Formvorbehalt unterstellt blieb. Dass sich aus gewissen Verhaltensweisen der Klägerin im Verhandlungsstadium allenfalls schliessen liess, auch sie strebe den Abschluss eines Alleinvertriebsvertrags an, ändert daran nichts.

Nach den gesamten, für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Umständen musste vielmehr auch die Beklagte davon ausgehen, zum definitiven Vertragsschluss bedürfe es nach Auffassung der Klägerin noch der vorbehaltenen Einigung. Damit ist in rechtlicher Hinsicht davon auszugehen, dass die Parteien nach dem 31. März 1998 ausschliesslich in einem Verhandlungsverhältnis standen, das nicht zum angestrebten Vertragsschluss führte. Aus diesem Verhandlungsverhältnis aber kann die Beklagte vertragsrechtlich nichts zu ihren Gunsten ableiten, und eine Haftung aus culpa in contrahendo wird in der Berufung nicht beansprucht. Den eingeklagten Schadenersatzansprüchen der Beklagten ist damit die Rechtsgrundlage entzogen.

4.5 Unter diesen Gegebenheiten erübrigt sich die Prüfung des von der Beklagten behaupteten Schadens. Gleichzeitig entfällt ebenfalls die Rechtsgrundlage für die von der Beklagten alternativ beanspruchten Gewinnherausgabe. Das angefochtene Urteil ist im Ergebnis weder im einen noch im andern Punkt bundesrechtlich zu beanstanden.

5.

Die verbleibende Genugtuungsforderung der Beklagten wird im Wesentlichen mit einem Verweis auf Vorbringen im kantonalen Verfahren begründet, was unzulässig ist (BGE 126 III 198 E. 1d). Sie ist im Übrigen zu Recht abgewiesen worden. Als unlautere Wettbewerbshandlung fiele nach dem Gesagten höchstens eine einmalige Äusserung der Klägerin zur wirtschaftlichen Situation der Beklagten in Betracht. Wie die Vorinstanz indessen zu Recht erkannt hat, gebietet es der darauf gestützten Forderung an der eine Genugtuung rechtfertigenden Schwere des Verschuldens (Art. 49 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 9 Abs. 3 UWG).

6.

Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kostenpflichtig. Der kostenrelevante Streitwert beläuft sich nach den vor Bundesgericht noch streitigen Positionen auf gegen Fr. 250'000.- (aufrecht erhaltene Widerklage von gegen Fr. 400'000.- abzüglich unbestrittene Klageforderung von rund Fr. 150'000.-). Der Klägerin, die sich nicht hat vernehmen lassen, gebührt praxisgemäss keine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.- wird der Beklagten auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 7. Februar 2003

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: