

Verkündet am 21. April 1960
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der O.W.G.-Chemie GmbH. in K[REDACTED]-H[REDACTED], K[REDACTED]weg
vertreten durch ihre Geschäftsführer Kaufmann Werner
S[REDACTED] und Frau Ruth S[REDACTED] in Ha[REDACTED], M[REDACTED]weg,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die N[REDACTED]-GmbH. in B[REDACTED], vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Gotthardt S[REDACTED] und Dr. Hag[REDACTED] in
L[REDACTED]/Oberhessen,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. April 1960 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundes-
richter Dr. Fischer, Dr. Nörr, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Schles-
wig vom 21. März 1958 aufgehoben. Die Sache wird
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die früher die Firma "O [REDACTED] Werks-
gemeinschaft Gesellschaft mit beschränkter Haftung" (OWG)
führte, hat der Beklagten durch notariellen Vertrag vom
12. Dezember 1951 ihren pharmazeutischen Betrieb in
K [REDACTED] verkauft und übertragen. Der Vertrag enthält u.a.
folgende Vereinbarungen:

...

6. Die OWG räumt der OWG-Chemie GmbH (das ist die
Beklagte) ein ausschließliches und zeitlich un-
beschränktes Benutzungs- und Nutzungsrecht an
den sämtlichen Entwicklungs- und Forschungsar-
beiten ihres unter Ziff. I genannten Geschäfts-
betriebes ein. ...

Die OWG stellt der OWG-Chemie GmbH ferner eine
Zusammenstellung ihrer sämtlichen Lieferanten-
verbindungen und Veterinärkunden sowie die da-
mit in Zusammenhang stehenden Unterlagen zur
Verfügung.

Die OWG-Chemie GmbH zahlt der OWG für die Ein-
räumung dieses Benutzungs- und Nutzungsrechts
eine laufende Lizenzgebühr, die wie folgt
festgesetzt wird:

Die OWG-Chemie GmbH zahlt für diese ihr über-
lassenen Nutzungsrechte Lizenzgebühren, die
nach Wahl der OWG-Chemie GmbH entweder
2 1/2 % vom Umsatz oder 49 % desjenigen Ertra-
ges der OWG-Chemie GmbH ausmachen sollen, der
nach Abzug der Geschäftsunkosten unter Berück-
sichtigung der normalen steuerlich zulässigen
Abschreibungen übrigbleibt. Die Lizenzgebühr
wird erstmals für das Kalenderjahr 1952 ent-
richtet und ist für die Dauer von 10 Jahren zu
leisten. Die Lizenzgebühr soll einen Höchstbe-
trag von 500.000 DM nicht überschreiten, so
daß - sobald dieser Betrag erreicht ist - alle
weiteren Lizenzzahlungen entfallen. Die OWG-
Chemie GmbH wird das Wahlrecht zwischen Umsatz-
lizenz und ertragsabhängiger Lizenz innerhalb
von drei Monaten seit dem Abschluß dieses Ver-
trages ausüben. Wird das Wahlrecht nicht frist-

gerecht ausgeübt, so geht es auf die OWG über. Die einmal getroffene Wahl kann nur im Wege wechselseitiger Verständigung abgeändert werden.

7. Ergeben sich Meinungsverschiedenheiten

- a) wegen der Berechnung der Lizenz gemäß Ziff.6 und der Aufstellung der ihr zugrunde liegenden Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnung,
- b) über eine etwaige Erhöhung des restlichen Kaufpreises für Maschinen ..., so werden zunächst die Partner alles daransetzen, um in freundschaftlicher Verständigung zu einer einheitlichen Regelung zu kommen. Soweit dies nicht möglich ist, werden die offenen Fragen der Deutschen Revisions- und Treuhand AG vorgelegt, die mit Bindung für beide Parteien gem. § 319 BGB nach billigem Ermessen die Bestimmung treffen soll. ...

Die Beklagte hat sich innerhalb der im Vertrag vorgesehenen Frist für die Zahlung von 49 % des Ertrages entschieden. Ihre Umsätze beliefen sich in den Geschäftsjahren 1952 bis 1954 auf insgesamt etwa 4.400.000 DM. Ihre Bilanzen weisen für diese Jahre Verluste in Höhe von insgesamt etwa 8.800 DM aus. Sie hat bisher keine Lizenzzahlungen entrichtet. Die Deutsche Revisions- und Treuhand AG hat den Auftrag der Klägerin, nach Nummer 7 des Vertrags zu entscheiden, abgelehnt.

Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage Zahlung von 10.000 DM nebst Zinsen. Sie behauptet, die Beklagte habe Gewinne erzielt, die eine Lizenzzahlung in dieser Höhe rechtfertigten. Die Bilanzen und die Gewinn- und Verlustrechnungen der Beklagten wiesen die tatsächlich erzielten Beträge nicht zutreffend aus. Im übrigen habe die Beklagte im Geschäftsverkehr mit dem Einzelhandelsunternehmen ihres Geschäftsführers Schur und mit der "Hauptkontor für A [REDACTED] und A [REDACTED] bedarf GmbH", deren sämt-



liche Anteile ebenfalls dem Geschäftsführer Schur gehörten, Gewinnverlagerungen vorgenommen, um sich der Zahlung von Lizenzen an die Klägerin zu entziehen. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und sich für die Ordnungsmäßigkeit der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen insbesondere auf das Ergebnis einer Betriebsprüfung des Finanzamts berufen.

Das Landgericht hat die Beklagte in Höhe eines Betrages von 668,85 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klage hinsichtlich der Hauptforderung im vollen Umfang stattgegeben. Die Beklagte verfolgt mit der Revision ihren Antrag auf Klageabweisung weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht legt den Vertrag der Parteien dahin aus, die Bilanzen und die Gewinn- und Verlustrechnungen hätten nicht die einzige Grundlage für die Errechnung des für die Lizenzzahlungen maßgeblichen Ertrags des Unternehmens der Beklagten sein sollen. Die Beklagte sei verpflichtet gewesen, der Klägerin die Nachprüfung der Richtigkeit der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen durch Gewährung der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und in diejenigen Geschäftsunterlagen zu ermöglichen, die die Grundlage für die Errechnung der einzelnen Bilanzposten und der Posten der Gewinn- und Verlustrechnungen bildeten. Ein solches Prüfungsrecht sei die unentbehrliche Ergänzung des Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von 49 % des erzielten Ertrages. Die Beklagte habe der Klägerin die Einsichtnahme verweigert, obwohl die Klä-

gerin insbesondere im Hinblick auf die Höhe der erzielten Umsätze und die bei Vertragsabschluß zutrage getretenen Vorstellungen der Parteien über die Höhe der in Frage kommenden Lizenzzahlungen (Begrenzung auf höchstens 500.000 DM) Anlaß zur Nachprüfung gehabt habe. Die Bereitwilligkeit der Beklagten, sich wegen aller konkreten Fragen, die die Klägerin nach Auffassung des Gerichts zu stellen berechtigt sei, der Prüfung durch einen gerichtlichen Sachverständigen zu unterwerfen, genüge nicht. Die Beklagte verstoße durch ihre Weigerung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben. Dies lasse die Ausübung des Wahlrechts nach Nr. 6 des Vertrags und die Wahrnehmung der daraus sich ergebenden Rechtsstellung als unzulässig erscheinen mit der Folge, daß die Beklagte der Klägerin die vertraglich vereinbarte Umsatzlizenz in Höhe von 2 1/2 % zu zahlen habe. Unter diesem Gesichtspunkt sei die Klage begründet.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an. Sie meint, bei vertragswidrigem Verhalten der Beklagten habe der Klägerin höchstens ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages oder auf Schadensersatz zugestanden. Es könne sich daraus aber kein Anspruch der Klägerin auf eine vertragsfremde Leistung ergeben, wie das Berufungsgericht sie der Klägerin zugesprochen habe. Im übrigen habe die Beklagte aber auch nicht gegen ihre vertraglichen Pflichten verstoßen. Obwohl sie dazu nicht verpflichtet gewesen sei, habe sie der Klägerin ein weitgehendes Prüfungs- und Einsichtsrecht gewährt. Das Berufungsgericht habe auch nicht dargelegt, daß die angenommene Weigerung der Beklagten **s c h u l d h a f t** gewesen sei.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar steht auch die Ausübung eines Wahlrechts wie des in Nr. 6 des Vertrages vereinbarten unter dem durch das Berufungsgericht angewandten, das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben aber nicht, daß die Beklagte sich mit diesem Grundsatz dadurch in Widerspruch gesetzt hätte, daß sie sich für die Zahlung einer Ertragslizenz statt für die einer Umsatzlizenz entschied und damit von einem ihr durch den Vertrag ausdrücklich eingeräumten Recht Gebrauch machte. Es spricht nichts dafür, daß das Wahlrecht zur Zeit der Ausübung durch die Beklagte in einem anderen Licht zu sehen gewesen wäre, als die Parteien es bei Vertragsabschluß gesehen haben. Es sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, die nach Treu und Glauben geboten hätten, daß die Beklagte die Berechnung der Lizenz nach dem Umsatz statt nach dem Ertrag wählte. Entgegen dem Vorbringen der Klägerin hat das Berufungsgericht auch weder festgestellt, daß die Beklagte die Ertragslizenz von vornherein in der Absicht gewählt habe, sich durch Steuerung des Ertrags und Manipulierung der Bilanzen einer Lizenzzahlung zu entziehen, noch daß objektiv eine derartige Handlungsweise der Beklagten vorgelegen habe.

Das Berufungsgericht legt der Beklagten lediglich zur Last, sie habe n a c h der Ausübung des Wahlrechts entgegen ihren vertraglichen Verpflichtungen der Klägerin die Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen und deren Nachprüfung verweigert. Es braucht hier nicht erörtert zu werden, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß der Klägerin ein solches Recht aus dem Vertrag zustand, da die Klägerin insoweit weder Leistung noch

Schadensersatz verlangt. Entscheidend ist hier, ob eine etwaige Nichtbeachtung eines solchen Rechts durch die Beklagte deren Entscheidung für die Zahlung einer Ertragslizenz hinfällig machte und eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung einer Umsatzzlizenz auslöste. Diese Frage ist zu verneinen. Die Parteien haben auf rechtlich bedenkenfreie Weise das Wahlrecht der Beklagten in ihren Vertrag aufgenommen, und die Beklagte hat sich ohne Rechtsverstoß fristgerecht für eine der beiden zur Wahl gestellten Berechnungsarten entschieden. Gleichviel, inwieweit auf ein Wahlrecht der hier vorliegenden Art die §§ 262 ff BGB anwendbar sind, entbehrt die Annahme, daß die Klägerin danach noch auf die andere Berechnungsart hätte zurückgreifen können oder daß das Gericht den Vertrag entsprechend umgestalten könnte, der rechtlichen Grundlage, die sich insbesondere auch nicht aus den durch das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang erwähnten Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs gewinnen läßt. Zudem hatten die Parteien in Nummer 6 des Vertrages ausdrücklich vereinbart, daß die einmal getroffene Wahl nur im Wege wechselseitiger Verständigung solle abgeändert werden können. War die Beklagte infolge ihrer Entscheidung nach dem Vertrag zur Gewährung der Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen verpflichtet und verweigerte sie die Erfüllung eines dahingehenden Anspruchs der Klägerin, so stand es dieser frei, auf Erfüllung dieses Anspruchs zu klagen und eine gerichtliche Klärung auch ihrer sonstigen Ansprüche herbeizuführen. Die damit für die Klägerin möglicherweise verbundenen Schwierigkeiten rechtfertigen es aber nicht, sie so zu stellen, als schulde die Beklagte die Zahlung einer Umsatzzlizenz, mag diese auch hinsichtlich der Feststellung ihrer Höhe geringere Schwierigkeiten für die Klägerin

bieten als eine ertragsabhängige Lizenz.

III. Die Klägerin meint, das Berufungsgericht habe in Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Höhe der geschuldeten Zahlungen nach billigem Ermessen selbst bestimmen können, da die Beklagte die durch sie zu erbringende Leistung nicht nach billigem Ermessen bestimmt habe. Davon habe das Berufungsgericht Gebrauch gemacht, indem es den anderen nach dem Vertrag in Aussicht genommenen Berechnungsmaßstab der Umsatzlizenz angewandt habe. Diese Auffassung geht fehl. Die der Beklagten zustehende Wahl zwischen zwei im Vertrag bezeichneten Berechnungsmaßstäben ist keine Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB. Eine solche würde einen durch Festlegung der äußeren Grenzen abgesteckten Ermessensspielraum voraussetzen, der in der Einräumung der Wahl zwischen lediglich zwei Möglichkeiten nicht erblickt werden kann (vgl. dazu Neumann-Duesberg, JZ 1952, 705). Davon abgesehen ergibt das angefochtene Urteil auch keine Anhaltspunkte dafür, daß das Berufungsgericht eine Entscheidung nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB unter Berücksichtigung der dafür maßgebenden Gesichtspunkte hätte treffen wollen. Daß Nummer 7 des Vertrags für den Fall von Meinungsverschiedenheiten "wegen der Berechnung der Lizenz gemäß Ziff. 6 und der Aufstellung der ihr zugrunde liegenden Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnung" eine Entscheidung der Deutschen Revisions- und Treuhand AG vorsah, die mit Bindung für beide Parteien "gemäß § 319 BGB nach billigem Ermessen" getroffen werden sollte, hat nichts mit der hier erörterten Frage zu tun, inwieweit schon in der Wahl zwischen den beiden vertraglich vereinbarten Berechnungsmaßstäben eine Entscheidung nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB liegt.

IV. Das Urteil des Berufungsgerichts war nach alledem aufzuheben, ohne daß auf die weiteren Rügen der Revision eingegangen zu werden braucht, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten zum Teil übergegangen. Das Berufungsgericht wird in der erneuten Verhandlung zu prüfen haben, ob die Klage nicht auch dann begründet ist, wenn die der Klägerin zustehende Lizenz nach dem Ertrag und nicht nach dem Umsatz berechnet wird. Dazu bedarf es zunächst der dem Berufungsgericht als Tatsacheninstanz obliegenden Auslegung des Vertrages hinsichtlich der Frage, was die Parteien unter "Ertrag" verstanden haben, "der nach Abzug der Geschäftsunkosten unter Berücksichtigung der normalen steuerlich zulässigen Abschreibungen übrig bleibt." Das Berufungsgericht hat zwar im Rahmen seiner Erwägungen über ein Prüfungsrecht der Klägerin ausgeführt, die Bilanzen und die Gewinn - und Verlustrechnungen der Beklagten hätten nach dem Vertrag nicht die einzige Grundlage der Errechnung des Ertrags sein sollen. Es hat aber nicht darüber hinaus positiv gesagt, was außerdem dieser Errechnung zugrunde gelegt werden müsse, ob insbesondere bestimmte durch die Beklagte vorgenommene Rückstellungen und Abschreibungen, um deren Zulässigkeit die Parteien streiten, bei der Errechnung des Ertrags außer Betracht zu bleiben haben oder nicht. Das Berufungsgericht wird schließlich auch zu prüfen haben, inwieweit im Hinblick auf Nummer 7 des Vertrages nach der Weigerung der Deutschen Revisions- und Treuhand AG, die ihr angetragene Entscheidung zu treffen, hinsichtlich der Berechnung der ertragsabhängigen Lizenz Raum für eine Bestimmung durch Urteil nach § 319 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz BGB ist. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung

und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision vorzubehalten war.

Dr.Nastelski Dr.Fischer Dr.Nörr Liesecke Hill