

Für das Nachschlagewerk !

Nicht für die Amtliche Sammlung !

2534 048

Gesetz: BGB § 324

Rechtssatz: Auch ohne ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme einer Garantie kann ein Vertrag dahin auszulegen sein, daß ein Vertragsteil das Risiko für bestimmte Leistungshindernisse übernimmt, die dem andern Teil die Erfüllung nachträglich unmöglich machen, daß er also diese Umstände im Sinne des § 324 BGB zu vertreten hat.

Aktenzeichen: II ZR 141/54

Urteil des BGH vom 16. Februar 1956 - OLG Karlsruhe (Freiburg)

II ZR 141/54

Verkündet

am 16. Februar 1956

Jodas, 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 St[REDACTED]-Werke GmbH in W[REDACTED], Kreis S[REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäfts-
führer, Direktor Karl Ru[REDACTED] in W[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Ingenieur und Inhaber einer Werkstätte für
Feinmechanik Robert F[REDACTED] in M[REDACTED],
H[REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbe-
klagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbe-
klagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. Februar 1956 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Delbrück, Dr. Haidinger,
Dr. Fischer und Dr. Winkelmann für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
Oberlandesgerichts Karlsruhe, 4. Zivilsenat in
Freiburg, vom 15. April 1954 wird auf Kosten der
Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

-2-

Tatbestand:

I. 1.) Die Firma B. & R. GmbH in Ma. hatte sich im Jahre 1932 mit anderen Firmen zum Zwecke der Weiterentwicklung eines einheitlichen Wasserzählers zu einer Wasserzähler-Vertriebs-Gesellschaft (abgekürzt WVG) zusammengeschlossen. Als Ergebnis der gemeinschaftlichen Arbeiten wurde ein sogen. Einheitszähler herausgebracht. Dieser Zähler wurde weder durch Patent noch durch Gebrauchsmuster geschützt. Die WVG wurde 1944/45 aufgelöst. Unter Zugrundelegung des Einheitszählers baut und vertreibt die Firma B. & R. auch heute Wasserzähler, für die gleichfalls keine gesetzlichen Schutzrechte bestanden und bestehen.

Die Klägerin befaßt sich seit Juni 1949 ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Wasserzählern nach dem Typ des Einheitszählers. Diese unterscheiden sich äußerlich in der Farbe und in den Aufschriften von dem Wasserzähler der Firmen B. & R., aber nicht in der - genormten - Form; in den im Innern befindlichen Triebwerken stimmen die Wasserzähler im wesentlichen überein, so daß die von der Klägerin verwendeten Innenteile als Ersatzteile für die Zähler der Firma B. & R. dienen können. Die Triebwerke werden von der Klägerin nicht selbst hergestellt, sondern sie wurden zunächst von der Firma Emilian We. in Fu. für die Klägerin angefertigt.

2.) Auf Grund einer mündlichen Vereinbarung der Parteien vom 30. September 1949 bestellte die Klägerin beim Beklagten am 1. Oktober 1949 schriftlich 1.000 Zählwerke nach übergebenen Mustern und Zeichnungen zum Preise von 4,69 DM je Stück, der nach einer späteren Vereinbarung auf 5,49 DM je Stück erhöht wurde. Hiervon soll-



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

ten 50 Stück bis 15. November 1949 als Ausfallmuster vorweg geliefert werden, von deren Ausfall wurde die endgültige Auftragsbestätigung abhängig gemacht, der Rest sollte bis zum 15. Dezember 1949 geliefert werden.

Die Klägerin lieferte dem Beklagten verschiedene Zubehörteile zum unstreitigen Preise von 1.045,65 DM, dessen Zahlung sie mit der Klage fordert. Der Beklagte kaufte weitere Zubehörteile für zusammen 7.584,23 DM und begann mit der Arbeit. Bei den ersten Ausfallmustern ergaben sich Beanstandungen, die die Klägerin in einem Schreiben vom 26. Mai 1950 näher bezeichnete, indem sie gleichzeitig um neue Muster bat.

Am 17. April 1950 machte der Beklagte an die Firma Hermann E. in Ka. auf deren Aufforderung ein Angebot über die Triebwerke mit Preis und Lieferzeit und sandte dieser Firma am 2. Mai 1950 ein Musterzählwerk ein. Mit Schreiben vom 9. Juni 1950 bezeichnete Rechtsanwalt Dr. D. als Vertreter der Firma B. & R. die Herstellung des Wasserzählertriebwerks durch den Beklagten als sittenwidrigen, sklavischen Nachbau des von dieser Firma mit entwickelten und seit längerer Zeit gebauten Triebwerks des sogen. Einheitszählers und forderte den Beklagten zur sofortigen Einstellung der Herstellung des Triebwerkes unter Androhung zivilrechtlicher und strafrechtlicher Schritte, zur Auskunftserteilung und zur Rechnungslegung auf. Der Beklagte setzte die Klägerin hiervon schriftlich in Kenntnis, behielt sich Schadensersatzansprüche vor und stellte die Anfertigung ein. In einem anschließenden Schriftwechsel zwischen den Parteien bekundete die Klägerin ihr Interesse an der weiteren Herstellung der Zählwerke und an der Auseinandersetzung mit der Firma B. & R. GmbH; sie

trat auch mit Rechtsanwalt Dr. Br. in M., dem Vertreter des Beklagten, in unmittelbare Verbindung.

Im Dezember 1950 wurde dem Beklagten die Klage der Firma B. & R. auf Unterlassung, Auskunfterteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht zugestellt. Am 6. Februar 1951 schrieb die Klägerin an Rechtsanwalt Dr. Br.:

- "1. Wir möchten nicht versäumen, nochmals zu sagen, daß Herr F. einmal im Beisein unseres Dipl.Ing. Ei. und des Unterzeichneten und zum zweiten Male bei der Besprechung, die in Ihrem Zimmer zwischen Ihnen, Herrn F. und dem Unterzeichneten stattfand, ausgeführt hat, daß er weder an uns noch an jemand anderes Zählwerke oder Wassermesser verkauft hat.
2. Auf Grund dieser Tatsache möchten wir den zwischen B. & R. und F. schwebenden Prozeß dahin abgeändert haben, daß - weil kein Umsatz stattgefunden hat - entweder Klageabweisung oder Klagezurücknahme durch die Firma B. & R. erfolgt.
3. Die Situation hat sich - zum größten Teil durch die Hinauszögerung des Herrn F. - dahingehend geändert, daß wir heute an der Belieferung durch Herrn F. kein Interesse mehr haben.

Wir wären Ihnen sehr dankbar, wenn unter diesen Gesichtspunkten der Prozeß so rasch wie möglich zu Ende gebracht würde."

Am 20. Februar 1951 schrieb die Klägerin an den Beklagten, sie wolle mit seinem Prozeß nichts zu tun haben. Zugleich gab sie dem Beklagten, mit dem sie schon vorher wegen der Rücksendung des von ihr gelieferten Materials für die Triebwerke und wegen der Lieferung einer Anzahl Systemsätze korrespondiert hatte, anheim, ihr 15 Satz Einzelteile zu senden, damit sie prüfen könne, ob sie diese abnehmen und selbst zu Zählwerken zusammenbauen

körne. Der Beklagte sandte eine Anzahl Systemsätze an die Klägerin. Diese kam jedoch zu der Ansicht, daß sie die Einzelteile nicht übernehmen könne. Das halbverarbeitete Material verblieb beim Beklagten.

3.) Im Verlaufe des Rechtsstreits fanden zwischen B. & R. und dem Beklagten ergebnislose Vergleichsverhandlungen statt, über die auch die Klägerin und ihre Anwälte unterrichtet wurden. Diese teilten dem Anwalt des Beklagten am 10. April 1951 mit, sie stimmten dessen Auffassung über die Unannehmbarkeit des gegnerischen Vergleichsangebots bei.

Am 5. Februar 1952 erließ das Landgericht gegen den Beklagten ein Urteil nach dem Klageantrag. Dieses Urteil übersandte Rechtsanwalt Dr. Br. den Anwälten der Klägerin mit der Bitte um Stellungnahme wegen der Berufung. Da keine Antwort einging, nahm der Beklagte die vorsorglich eingelegte Berufung mit Schriftsatz vom 9. April 1952 zurück. Er hat für den Rechtsstreit insgesamt 1.616,79 DM aufgewendet.

II. Wegen dieser Vorgänge verweigert der Beklagte die Bezahlung der Klageforderung. Er hat mit seiner Widerklage die Zahlung seiner Anschaffungskosten mit Zinsen in Höhe von 9.358,16 DM und der Prozeßkosten in Höhe von 1.616,79 DM, zusammen 10.974,95 DM, gefordert. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 3.062,70 DM entsprochen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin hiergegen zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung des Beklagten die Urteils- summe zur Widerklage auf 6.061,14 DM erhöht.

Mit der Revision beantragt die Klägerin vollständige Abweisung der Widerklage und Verurteilung des Beklag-

ten nach dem Klageantrag. Dieser beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die von der Klägerin geltend gemachte Forderung ist als solche unstreitig. Es ist daher nur darüber zu entscheiden, ob und inwieweit die Ansprüche des Beklagten begründet sind, die er teils durch Aufrechnung, teils mit der Widerklage geltend macht.

I. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts wußte der Beklagte bei Abschluß des Vertrages, daß die von ihm nach dem übergebenen Muster herzustellenden Triebwerke nicht von der Klägerin selbst entwickelt waren, sondern einen Nachbau darstellten. Er wußte aber nicht, wer der Hersteller des nachzubauenden Werkes war, interessierte sich für diese Frage nicht und hätte den Vertrag mit der Klägerin in derselben Form auch dann abgeschlossen, wenn die Klägerin ihm die Firma B. & R. als diesen Hersteller genannt hätte. Auf Grund dieser Feststellungen verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum eine Verpflichtung der Klägerin, dem Beklagten diese Firma zu benennen.

Sodann prüft das Berufungsgericht folgerichtig die Frage, ob die Klägerin es schuldhaft unterlassen hat, den Beklagten über die Rechtslage aufzuklären, die sich aus dem den Gegenstand des Vertrages bildenden sklavischen Nachbau des Triebwerkes ergab. Dabei stellt es mit Recht die Frage in den Vordergrund, ob der Nachbau gegenüber der Firma B. & R. unerlaubt war. Diese Frage verneint das Berufungsgericht im Gegensatz zu der Meinung, die das Landgericht in seinen Urteilen im Vorprozeß und im gegenwärtigen Rechtsstreit vertreten hat. Es folgert dar-

aus, daß der Klägerin auch rechtlich keine Aufklärungspflicht oblag und daß sie daher eine solche auch nicht verletzt hat.

II. Die Erfüllung des Vertrages ist dem Beklagten nach Meinung des Berufungsgerichts durch das Eingreifen der Firma B. & R. unmöglich gemacht worden. Er kann daher seinen Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung nur dann behalten haben, wenn diese Unmöglichkeit von der Klägerin zu vertreten ist (§ 324 BGB), vorbehaltlich einer besonderen Prüfung für den Fall, daß auch er selbst die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

1.) Die Revision sieht einen Widerspruch darin, daß das Berufungsgericht einerseits meint, die Herstellung der Triebwerke durch den Beklagten sei zulässig gewesen, andererseits aber doch eine Unmöglichkeit der Erfüllung wegen rechtlichen Unvermögens des Beklagten bejaht. Der Revision ist zuzugeben, daß das Eingreifen der Firma B. & R. den Beklagten nur dann an der Erfüllung des Vertrages hindern konnte, wenn er rechtlich zum Nachgeben verpflichtet war. Die Revision verkennt nicht, daß diese Rechtslage jedenfalls mit der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts im Vorprozeß eintrat, selbst wenn dieses Urteil sachlich unrichtig war. Hätte der Beklagte der Klägerin im Vorprozeß wirksam den Streit verkündet oder wäre die Klägerin dem Beklagten damals ohne Streitverkündung beigetreten, so müßte sie das damals ergangene Urteil auch jetzt gegen sich gelten lassen (§§ 68, 74 Abs 2 ZPO). Diese Voraussetzung ist nicht gegeben, denn die Beklagte hat der Klägerin damals die Streitverkündung zwar angedroht, sie hat aber die Drohung nicht verwirklicht. Es bedarf keiner Prüfung, ob der Grund darin lag, daß die Kläge-

rin auf die Ankündigung der Streitverkündung erwidert hatte, es sei ihr unklar, auf welcher Basis das geschehen solle, oder umgekehrt darin, daß die Klägerin dem Beklagten und dessen Rechtsanwalt mehrfach Ratschläge für die Führung des Rechtsstreits gab, oder ob etwa nur eine Nachlässigkeit vorlag. Es bedarf weiterhin keiner Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen die sich aus §§ 68, 74 Abs 3 ZPO ergebenden Wirkungen einer Streitverkündung - etwa auf Grund eines Vertrages oder schlechthin nach § 242 BGB - auch ohne die Zustellung eines Schriftsatzes (§ 73 ZPO) eintreten können; der Beklagte hat keine Tatsachen vorgetragen, die eine solche Bindung der Klägerin an das genannte Urteil rechtfertigen könnten.

Dadurch, daß die Klägerin an das damalige Urteil nicht gebunden ist, wird aber nichts daran geändert, daß der Beklagte jedenfalls von der Rechtskraft des Urteils an den Vertrag aus Rechtsgründen nicht mehr erfüllen konnte.

Das Berufungsurteil bietet keinen Anhalt für die Auslegung, daß eine solche Unmöglichkeit schon vor der Rechtskraft dieses Urteils eingetreten wäre oder daß das Berufungsgericht dieses Urteil für zutreffend, die Herstellung der Triebwerke durch den Beklagten also für unzulässig hielte. Der von der Revision gerügte Widerspruch ist also in Wahrheit nicht vorhanden.

2.) Von seinem Standpunkt aus, der Beklagte habe durch die Ausführung des ihm von der Klägerin erteilten Auftrags keine Rechte der Firma B. & R. verletzt, verneint das Berufungsgericht folgerichtig eine Verpflichtung der Klägerin, den Beklagten über die Rechtslage aufzuklären, und damit ein Verschulden beim Vertragsschluß. Es kommt gleichwohl zu dem Ergebnis, daß die Klägerin auch

ohne Verschulden die eingetretene Unmöglichkeit im Sinne des § 324 BGB zu vertreten habe, und zwar auf Grund eines Garantieversprechens, das es stillschweigend in dem Werklieferungsvertrag enthalten sieht. Es legt den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag unter Heranziehung des § 157 BGB dahin aus, daß er einen solchen Garantievertrag einschließe, durch den der Besteller unabhängig von einem Verschulden die durch die Herstellung des Werkes etwa entstehende Gefahr eines hiergegen gerichteten rechtlichen Eingreifens Dritter im eigenen Interesse übernehme. Dabei stellt es die Branchekunde der Klägerin der Unkenntnis des Beklagten gegenüber, hebt hervor, die Klägerin sei an dem Unterbleiben störender Interventionen bei der Herstellung selbst in erster Linie interessiert gewesen, und verwertet "für diese Beurteilung der Interessenlage und damit auch der Vertragsauslegung" auch das Verhalten der Klägerin bei den Auseinandersetzungen des Beklagten mit der Firma B. & R., insbesondere während des Vorprozesses. Hiergegen richtet die Revision sowohl verfahrensrechtliche wie sachlichrechtliche Angriffe, die aber wenigstens zu einem Teil auf einer Mißdeutung des Berufungsurteils beruhen.

a) Das Berufungsgericht gewinnt sein Ergebnis aus einer auf § 157 BGB gestützten Auslegung des Vertrages und nicht aus der Feststellung eines selbständigen neben dem Werklieferungsvertrag stehenden Garantievertrages. Ein solches rechtlich selbständiges Garantieverprechen hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung für möglich gehalten (RGZ 61, 157 160; 71, 173; 72, 138 140; 82, 337 339; 90, 145; 92, 121; 103, 231 236; 137, 83; 138, 354 357; 140, 216; besonders 146, 120 123). Es hat (RGZ 138, 354 357; 146, 120 124) auch die Möglichkeit anerkannt, eine solche Gewährung als stillschweigend vereinbart anzusehen, obwohl in allen

erwähnten Fällen eine ausdrückliche Erklärung festgestellt worden war. Die Revision irrt aber in der Annahme, daß das Berufungsgericht einen stillschweigend abgeschlossenen Garantievertrag bejaht hätte. Es bedarf daher nicht der von der Revision geforderten Nachprüfung, ob der Verhandlungsgrundsatz verletzt ist, denn das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision meint, aus den vom Beklagten gemachten Rechtsausführungen (über die rechtlichen Auswirkungen des Vertrages) Tatsachenbehauptungen abgeleitet, die der Beklagte nicht aufgestellt hatte (RGZ 151, 93 97/98; 154, 58 63/64), sondern es hat unstreitige oder in anderem Zusammenhang vorgetragene Tatsachen zur Auslegung des Vertrages herangezogen.

b) Für die Auslegung bedurfte es auch nicht, wie die Revision meint, der Feststellung eines wenigstens stillschweigenden Angebots und seiner Annahme oder auch nur der Feststellung, daß sich die Parteien einer Gefahr bewußt geworden sind, für deren Folgen die Garantie übernommen werden sollte. Die Revision verweist zu Unrecht auf die Rechtsprechung über die Voraussetzungen eines stillschweigenden Haftungsverzichts oder des Handelns auf eigene Gefahr bei einem auf einem Kraftfahrzeug mitgenommenen Fahrgast (insbes Urteil des III. Zivilsenats vom 17. Mai 1951 - III ZR 57/51 - Lind Möhr Nr 1 zu § 254 (Da) BGB). In jenem Falle stand nicht die Auslegung eines - bei der Gefälligkeitsgefahr überhaupt fehlenden - Vertrages zur Entscheidung, sondern der Abschluß eines zusätzlichen oder überhaupt selbständigen Vertrages über den Verzicht. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die auf § 139 ZPO gestützte Rüge der Revision unbegründet, die Klägerin sei mit diesem "niemals erörterten Gesichtspunkt", diesem "völlig überraschenden Einfall" vom Berufungsgericht "überfallen" worden. Es kommt nicht darauf an, ob die Vertreter

der Klägerin bei Abschluß des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend ein Garantieverprechen vereinbart haben oder ob bei den internen Erwägungen die Möglichkeit eines Eingreifens Dritter erörtert worden ist, sondern nur darauf, was sich aus dem abgeschlossenen Werklieferungsvertrag für diesen von den Parteien nicht vorausgesehenen und nicht geregelten Fall ergibt.

c) Zu Unrecht rügt die Revision, eine Auslegung sei deshalb unzulässig, weil ein auszulegendes Verhalten der Parteien nicht festgestellt sei. Gegenstand der Auslegung war nicht ein Verhalten oder eine Willenserklärung der Parteien (§ 133 BGB), sondern ein Vertrag (§ 157 BGB), dessen Wortlaut nicht streitig ist und keiner Feststellung bedurfte.

d) Das Berufungsgericht hat auch nicht, wie die Revision meint, anerkannte Auslegungsregeln verletzt. Es geht weder davon aus, daß ein Garantieverprechen ein üblicher Bestandteil eines Werklieferungsvertrages sei, noch von einem Handelsbrauch oder von einer allgemeinen Übung, sondern von verschiedenen Umständen des Einzelfalles, die diesen von der allgemeinen Regel abheben.

Der kurze Hinweis, die Klägerin sei branchekundig gewesen, der Beklagte aber nicht, steht zwar an der Spitze der Erwägungen des Berufungsgerichts. Aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch, daß er für die Auslegung nicht entscheidend war. Die Feststellung der Branchekunde der Klägerin ist aber auch nicht deshalb aktenwidrig, weil diese vorgetragen hat, sie habe Wasserzähler erst seit Juni 1949 vertrieben. Auch in den vier Monaten, die seitdem vergangen waren, konnte die Klägerin sich eine gewisse Branchekunde angeeignet haben, die diejenige des Beklagten erheblich überwog. Es liegt deshalb auch ein

Verstoß gegen § 139 ZPO weder darin, daß der Klägerin keine Gelegenheit zu einem Beweisantritt über den Zeitpunkt des Beginns und über die Art ihrer Fabrikation in der Zeit vor dem Vertragsschluß gegeben worden sei, noch auch darin, daß sie verhindert gewesen sei, Beweis dafür anzutreten, daß der Beklagte am 30. September 1949 schon mit "ausreichenden Kenntnissen der Branche" angekommen sei. Es ist nichts dafür vorgetragen worden, daß er von der Branche mehr als die technische Seite gekannt hätte oder daß er gerade mit Triebwerken für Wasserzähler irgendwelche Erfahrungen gesammelt gehabt hätte.

Der weiteren Erwägung, die Klägerin habe erkannt, daß sich der Beklagte auf die Möglichkeit eines ungestörten Nachbaus der ihm übergebenen Mustertriebwerke verlassen habe, steht es nicht entgegen, daß an die Möglichkeit einer solchen Störung beim Vertragsabschluß niemand dachte. Ebenso unerheblich ist die Kenntnis des Beklagten davon, daß das ihm übergebene Muster nicht von der Klägerin, sondern von einer anderen Firma hergestellt war. Das brauchte ihn deshalb nicht zu interessieren, weil er davon ausgehen durfte, die Klägerin sei zur Verwendung dieses Musters berechtigt.

3.) Es bedarf keiner Entscheidung, ob im Streitfall die Klägerin eine selbständige oder unselbständige Garantie in dem Sinne übernommen hatte, wie eine solche vom Reichsgericht in den angeführten Entscheidungen und hier auch vom Berufungsgericht bejaht worden ist. Ohne Rücksicht auf eine solche Garantie und die sich aus ihr nach §§ 325, 326 BGB etwa ergebenden Schadensersatzverpflichtungen kann ein Vertrag dahin auszulegen sein, daß ein Vertragsteil das Risiko für bestimmte Leistungshindernisse übernimmt, die dem andern Teil die Erfüllung nach-

träglich unmöglich machen, daß er also diese Umstände im Sinne des § 324 BGB zu vertreten hat. Da die vom Berufungsgericht abgelehnten Schadensersatzansprüche des Beklagten nicht mehr Gegenstand des Rechtsstreits sind, so genügt für die Entscheidung des Rechtsstreits die Feststellung, daß der Vertrag eine solche Risikoübernahme für die Klägerin jedenfalls insoweit enthielt, als die Leistungshindernisse auf rechtlichen Einwendungen Dritter beruhten. Die Klägerin trug die Gefahr dafür, daß ein Dritter den Beklagten mit Recht daran hinderte, den Vertrag ihr gegenüber zu erfüllen. Daraus ergab sich für die Klägerin die weitere Verpflichtung, den Beklagten von derartigen Ansprüchen Dritter freizuhalten und auch das Risiko eines mit einem Dritten zu führenden Rechtsstreits und bei ungünstigem Ausgang dessen Kosten zu tragen. Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob dieser ungünstige Ausgang auf einer Fehlentscheidung beruht, wie sie das Berufungsgericht in der Entscheidung des Landgerichts im Vorprozeß sieht, oder nicht.

III. Die Klägerin hat sich für den Fall, daß ihre Einwendungen gegen die Bejahung einer Garantie - richtiger: einer Übernahme des Risikos - nicht durchdringen sollten, auf ein mitwirkendes Verschulden des Beklagten berufen, das für den Ausgang des Vorprozesses und damit für den Eintritt der Unmöglichkeit ebenfalls ursächlich gewesen wäre. Es bedarf keiner Entscheidung, ob und mit welcher Wirkung im Falle des § 324 BGB eine Anwendung des in § 254 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedankens möglich ist. Auch wenn man in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 71, 187 [191]; 94, 140 [142]; JW 1937, 3029 Nr 14) den Fall ebenso behandeln würde, wie wenn ein Verschulden des einen Teils der von dem anderen Teil kraft Gesetzes zu tragenden Betriebsgefahr gegenüber-

steht (vgl BGHZ 2, 355; 6, 319), so bedürfte es der Feststellung, daß ein bestimmtes Verhalten des Beklagten schuldhaft und ursächlich war, und der weiteren Prüfung, ob sich bei einer Abwägung der Ursächlichkeit nach den Grundsätzen des § 254 BGB ein Anteil zu Lasten des Beklagten ergeben würde. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen, darin liegt aber jedenfalls im Ergebnis kein Rechtsirrtum, der die Entscheidung zum Nachteil der Klägerin beeinflußt hätte.

1.) Die Revision will ohne nähere Darlegung ein solches Verschulden des Beklagten darin sehen, daß er nach dem 3. April 1950 kein Ausfallmuster mehr an die Klägerin geliefert habe. Nach dem Tatbestand hat die Klägerin ihre Beanstandungen gegen die ersten Ausfallmuster erst im Schreiben vom 26. Mai 1950 näher bezeichnet; es ist nichts dafür dargetan, daß und wodurch der Beklagte nach Empfang dieses Schreibens mit der Herstellung weiterer Ausfallmuster in Verzug geraten wäre, daß insbesondere eine etwa eingetretene Verzögerung irgend einen Einfluß auf das Eingreifen der Firma B. & R. hätte haben können.

2.) Ein weiteres Verschulden hat die Klägerin darin sehen wollen, daß der Beklagte an die Firma E. ein Musterstück gesandt und mit dieser Verhandlungen über eine Lieferung angebahnt hat. Daß dies für den Eintritt der Unmöglichkeit mit ursächlich gewesen ist, stellt das Berufungsgericht mit Bindung für das Revisionsgericht tatsächlich fest. Gleichwohl verwehrt das Berufungsgericht es der Klägerin, sich auf diesen Umstand zu berufen, weil der Beklagte gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, die Tatsache des Einbaus der Triebwerke in deren Wasserzähler geheim zu halten, ihn also gegenüber der Klägerin kein Verschulden treffe. Das Berufungsgericht

hat dabei nicht geprüft, ob sich nicht außer der durch § 18 UnlWG geschützten Geheimhaltungspflicht für den Beklagten aus dem Werklieferungsvertrage unmittelbar ein Verbot ergab, die von der Klägerin gelieferten Zeichnungen oder Modelle oder die nach ihnen hergestellten Stücke zu Angeboten oder Lieferungen an andere Kunden zu benutzen. Es bedarf jedoch nicht der Entscheidung, ob der Beklagte wirklich keinen gegen § 18 UnlWG verstoßenden Vertrauensbruch oder eine sonstige Vertragsverletzung gegenüber der Klägerin begangen hat. Auch wenn eine solche Verletzung und entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ein Verschulden bejaht wird, so würde sich für das Revisionsgericht, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht erforderlich sind, die Aufgabe ergeben, die nach § 254 BGB etwa mögliche Abwägung selbst durchzuführen. Insoweit wäre es erforderlich, auf die Rechtslage des Beklagten gegenüber der Firma B. & R. im Vorprozeß einzugehen.

a) Das Berufungsgericht stellt fest, daß das von der Firma B. & R. entwickelte Triebwerk des Einheitszählers einen technischen Fortschritt gegenüber den vorher verwendeten Triebwerken dargestellt hat. Andererseits stellt es fest, daß die vom Beklagten herzustellenden Triebwerke nur für den Einbau in die von der Klägerin hergestellten Wasserzähler und zum gleichzeitigen Vertrieb mit diesen bestimmt waren und daß die Wasserzähler der Klägerin sich durch Beschriftung und Farbe äußerlich deutlich von den Wasserzählern der anderen Firmen unterscheiden, insbesondere der Firmenaufdruck der Klägerin auf dem aufklappbaren Deckel des Zählers so klar aufgeprägt ist, daß die beteiligten Abnehmerkreise den Lieferanten ohne Schwierigkeit erkennen können.

Das Berufungsgericht billigt die Vermutung des Beklagten, daß die Firma E [REDACTED] von der Firma B [REDACTED] & R [REDACTED] zur Beschaffung eines vom Beklagten hergestellten Triebwerkes vorgeschickt worden ist und das Triebwerk an die Firma Bopp & Reuther weitergeleitet hat.

b) Wie das Reichsgericht wiederholt (zB RGZ 144, 45) ausgeführt hat, kann auch ohne das Vorhandensein eines Patent- oder Gebrauchsmusterschutzes der sog sklavisches Nachbau technischer Erzeugnisse als Verstoß gegen die guten Sitten nach §§ 1 UnlWG, 826 BGB unzulässig sein. Ein solcher Verstoß ist aber in Rechtsprechung und Lehre an enge Voraussetzungen geknüpft, er ist selbst bei einem maßstäblich genauen Nachbau nur dann zu bejahen, wenn besondere Umstände hinzutreten (RGZ 146, 247 /2507). Das wäre zB dann der Fall, wenn es sich um eigenartige überdurchschnittliche Erzeugnisse handelt, die im Verkehr bekannt sind und wenn der Mitbewerber die mit dem Erzeugnis verbundene Güte- und Herkunftsvorstellung des Publikums ausnutzt, ohne sich um die Gefahr von Verwechslungen zu kümmern oder die ihm zumutbaren Maßnahmen zur Verhütung einer Täuschung des Publikums zu treffen (Urteile des I. Zivilsenats vom 30. Oktober 1953 /I ZR 201/52 - Rad-schutzkappen -, GRUR 1954, 337 ff⁷ und vom 19. April 1955 /I ZR 172/53 - Reisemappe - erwähnt bei Spengler Wi & We 1955, 599 ff, 604⁷).

Hier wie in aller Regel auch sonst im Wettbewerbsrecht kann unter dem getäuschten Publikum nur der Kreis der Letztabnehmer verstanden werden. Zur Lieferung an diesen und damit für den "Verkehr" im Sinne des Wettbewerbsrechts waren aber nicht die Triebwerke als solche bestimmt, sondern die fertigen Wasserzähler, die die Klägerin unter deren Verwendung herstellen wollte. Die Klägerin selbst konnte durch die vom Beklagten hergestellten Triebwerke

auch schon deshalb nicht getäuscht werden, weil sie den Beklagten als deren Hersteller genau kannte. Ob die Klägerin berechtigt war, diese Triebwerke zur Herstellung ihres Wasserzählers zu benutzen und diese zu vertreiben, ist für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits unerheblich. Bei der Entscheidung dieser Frage käme es aber darauf an, ob der "flüchtige Durchschnittbeschauer" nach dem Gesamteindruck des Zählers - also nicht des Triebwerks - annehmen konnte, er sei von einer anderen Firma als der Klägerin hergestellt. Es liegt kein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts darin, wenn es auf Grund seiner Feststellungen eine solche Verwechslungsgefahr verneint. Dabei kommt es nicht auf den vom Berufungsgericht zusätzlich verwerteten Umstand an, daß die im Triebwerk vorhandenen Hartgummiräder bei der Klägerin (und auch bei dem Beklagten) vor einer Zahl das Zeichen "St" tragen, bei der Firma B. & R. aber ein "B". Dieser Unterschied ist für den Verkehr nur dann erkennbar, wenn Zähler und Triebwerk auseinandergenommen und die einzelnen Räder genau betrachtet werden.

Dafür, daß der Nachbau der Triebwerke aus einem anderen Grunde sittenwidrig wäre, etwa weil eine der Parteien sich die technischen Vorlagen durch einen Vertrauensbruch beschafft hätte, ist kein Anhaltspunkt gegeben.

4.) Das Berufungsgericht ist daher mit Recht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Firma B. & R. dem Beklagten die Herstellung der Triebwerke für die Klägerin nicht verbieten konnte.

Hätte nun die von dem Beklagten aufgenommene Verbindung mit der Firma E. tatsächlich für die Firma Bopp & Reuther ein Recht zum Eingreifen gegeben, also die

Rechtslage zum Nachteil des Beklagten geändert, so wäre sie die einzige Ursache für das ausgesprochene Verbot und die dadurch geschaffene Unmöglichkeit der Vertragserfüllung geworden, die von der Garantie der Klägerin gedeckten Umstände wären dafür überhaupt nicht mehr ursächlich und die Klägerin hätte die eingetretene Unmöglichkeit nicht zu vertreten. So liegt es aber in Wahrheit nicht. Auch wenn die Firma B. & R. das von ihr selbst provozierte Angebot des Beklagten an die Firma E. zum Anlaß eines Vorgehens gegen den Beklagten nehmen konnte, so wurden ihre Rechte doch nur durch die in Aussicht stehende Verbindung des Beklagten mit der Firma E. verletzt und nicht durch die Herstellung der Triebwerke für die Klägerin. Deshalb konnte sie dem Beklagten die Arbeit für die Klägerin auch nicht deshalb verbieten, weil der Beklagte außerhalb dieses Vertrages eine Verletzung ihrer Rechte beging oder zu begehen drohte. Das Urteil im Vorprozeß hätte sich daher bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage darauf beschränken müssen, dem Beklagten die Herstellung der Triebwerke für andere Besteller als für die Klägerin oder ihren Absatz an andere Käufer zu verbieten. Ein solches Urteil hätte die Erfüllung des Werklieferungsvertrages nicht unmöglich gemacht. Es wäre Aufgabe des Berufungsverfahrens im Vorprozeß gewesen, diesem rechtlichen Gesichtspunkt Geltung zu verschaffen, die trotz des von dem Beklagten begangenen Fehlers zu einer wenigstens in dem entscheidenden Punkte anderen Entscheidung des Vorprozesses hätten führen müssen. Hieraus ergibt sich, daß die von dem Beklagten mit der Firma E. aufgenommene Verbindung zwar, wie das Berufungsgericht feststellt, auch eine gewisse Ursache für den Ausgang des Vorprozesses gesetzt hat, daß das aber nur auf eine Fehlentscheidung zurückzuführen ist, deren Beseitigung im Risikobereich der Klägerin lag. Dadurch tritt die Ursächlichkeit des Vorganges hinter den sonsti-

gen Ursachen; insbesondere hinter der Zurücknahme der Berufung so stark zurück, daß sie bei der Abwägung vollständig auszuschneiden hat.

3.) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die von ihm gegen das Urteil des Landgerichts eingelegte Berufung deshalb zurückgenommen, weil die Klägerin keine Antwort auf seine Schreiben gab und ihn nicht weiter unterstützte. Ohne Rücksicht darauf, daß die Klägerin damals die jetzt anhängige Klageforderung annahmte, konnte der Beklagte daraus den Schluß ziehen, die Klägerin halte die Durchführung der Berufung für aussichtslos. Selbst wenn die Klägerin der Meinung war - und ohne Verschulden sein durfte - , die Berufung sei wegen der von ihr nicht ^{zu} vertretenden Verbindung des Beklagten mit der Firma E. [REDACTED] aussichtslos, so handelte sie mit Rücksicht auf die übernommene Garantie doch auf eigenes Risiko, wenn sie das Urteil des Landgerichts im Vorprozeß rechtskräftig werden ließ. Keinesfalls kann die Zurücknahme der Berufung dem Beklagten als Verschulden angerechnet werden.

Im Ergebnis ist hiernach dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß die eingetretene Unmöglichkeit im Sinne des § 324 BGB von der Klägerin zu vertreten ist.

Die Revision war daher mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr. Selowsky

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Selowsky
für den erkrankten
Bundesrichter
Dr. Winkelmann