

Verkündet

am 28. Mai 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 P [REDACTED] Aktiengesellschaft für
Braunkohle-Veredlung in Ho [REDACTED] Bez. K [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand, den Kaufmann
Hans W [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Karl S c h [REDACTED] in Ge [REDACTED]-
[REDACTED] bei M [REDACTED]/S [REDACTED],

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. Mai 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Dr. Winkelmann
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das am 11. Januar
1955 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision des Klägers wird das vor-
bezeichnete Urteil aufgehoben, soweit es die Klage
abgewiesen hat. In diesem Umfang wird die Sache

zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten der Revisionsinstanz werden 21/22
der Beklagten auferlegt. Die Entscheidung über die
restlichen Kosten der Revisionsinstanz hat das Be-
rufungsgericht zu treffen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und der im Jahre 1951 verstorbene Willy St. betrieben gemeinschaftlich Forschungsarbeiten auf dem Gebiete der Braunkohlenverschmelzung. Beide besaßen zahlreiche in- und ausländische Schutzrechte. Am 12. Januar 1942 schlossen sie sich mit A., G., W., dem jetzigen Vorstand der Beklagten, und Dr. Sc. zu einem Konsortium zusammen, das die Verwertung der Schutzrechte zum Gegenstand hatte. Den Konsorten gelang es, das Bankhaus Sp. & Co hierfür zu interessieren. Am 14. August 1942 gründeten die Bank, einer ihrer Inhaber (Paul H.), der Bankprokurist O. und die Kaufleute Ho. und G. die beklagte Aktiengesellschaft. Die Gründer wählten u.a. den Kläger, G. und W. in den ersten Aufsichtsrat, der A. und St. zu Vorstandsmitgliedern bestellte. Die Gesellschaft wurde am 2. Februar 1943 ins Handelsregister eingetragen. Am Gründungstage (14. August 1942) schloß der Kläger unter Zustimmung des Konsortiums mit der in Gründung befindlichen Beklagten die hierbei durch A. und St. vertreten wurde, einen Vertrag. In ihm verkaufte der Kläger der Beklagten eine Anzahl deutsche Patentanmeldungen und die dazugehörigen Auslandsanmeldungen zur Auswertung; zugleich verpflichtete er sich zusammen mit St., alle diese Schutzrechte betreffenden weiteren Erfahrungen und die daraus zu erzielenden weiteren Schutzrechte unentgeltlich der Beklagten zur Verfügung zu stellen. Dafür versprach die Beklagte, dem Kläger außer einer (geleisteten) Zahlung von 100.000 RM und einer Gewinnbeteiligung eine "Lizenz von 4 % vom Warenumsatz" zu zahlen, solange dies "wirtschaftlich tragbar" sei (Ziff. 5 Satz 1). In Ziff. 5 Satz 2 war bestimmt: "Wird durch die Höhe der Lizenz die Wirtschaftlichkeit unter 5 % Dividende gedrückt, so wird die Lizenz durch eine Beteiligung



am Gewinn in Höhe von 25 % ersetzt."

Die Beklagte hat die Produktion von Schwelkoks als- bald aufgenommen. Während sie den Schwelkoks zunächst als Fahrkoks (für Generatorfahrzeuge) vertrieb, verkaufte sie ihn später als Stahlhärtungsmittel. Dieser Härtekoks bildet etwa seit 1950 den alleinigen Gegenstand ihrer Produktion.

Der Kläger ist der Ansicht, die Umsätze in Härtekoks fielen unter den Vertrag vom 14. August 1942. Er behauptet: Der Härtekoks sei ein nach seinen Erfindungen hergestellter Schwelkoks. Schon in seinen Denkschriften aus den Jahren 1939 und 1941 habe er darauf hingewiesen, daß sich der so gewonnene Schwelkoks als Härtemittel eigne. Auf seine Anregung habe die Beklagte am 27. Mai 1943 ein diesbezügliches Patent angemeldet (P 86 202). Die Anmeldung sei zwar als zu weit gefaßt zurückgewiesen worden, aber St. [REDACTED] habe die Erfindung am 10. September 1948 mit geänderten Patentansprüchen angemeldet und das Patentamt habe die Bekanntmachung der Anmeldung (p 2 874) am 20. November 1950 beschlossen. In der Patentanmeldung seien er und St. [REDACTED] als Erfinder genannt. Die Beklagte arbeite im wesentlichen noch heute nach diesem Verfahren. Für die Umsätze in Härtekoks sei daher die vereinbarte Lizenzgebühr zu zahlen.

Der Kläger errechnet sich für die Zeit vom 21. Juni 1948 bis zum 31. Oktober 1951 Lizenzgebühren in Höhe von 14.085 DM. Für seine weitergehenden Ansprüche aus den Jahren 1947 bis 1950 nimmt er die Beklagte auf Auskunft in Anspruch. Da die Beklagte die Fortgeltung des Vertrages vom 14. August 1942 bestritten hat, will der Kläger auch diese Frage geklärt wissen. Nach seiner Behauptung soll ihm die Beklagte Pfingsten 1949 bis auf weiteres feste

monatliche Zahlungen von 350 DM versprochen haben; den Zahlungsanspruch stützt er auch hierauf.

Er beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

a) an ihn 14.085 DM zu zahlen,

b) die Bilanzen nebst Gewinn- und Verlustrechnungen für die Jahre 1947 bis 1950 vorzulegen,

c) Auskunft über die in diesen Jahren getätigten Umsätze durch Vorlegung geeigneter Unterlagen zu erteilen,

II. festzustellen, daß der Vertrag vom 14. August 1942 zu Recht bestehe und die Beklagte zur Lizenzzahlung aus den Umsätzen des Härtekoksverfahrens (p 2 874) verpflichtet sei.

Die Beklagte hat geltend gemacht: 1. Die ihr verkauften Schutzrechte betreffen nicht die Herstellung von Härtekoks; der von ihr als Härtemittel hergestellte Schwelkoks werde nach einem Verfahren gewonnen, der in ihrem Betrieb entwickelt worden sei und mit dem Vertrage vom 14. August 1942 nichts zu tun habe. 2. Das Verfahren zur Herstellung des Härtekoks sei außerdem überhaupt keine Erfindung; andere hätten schon viel früher als die Beklagte Schwelkoks aus rheinischer bitumenarmer Braunkohle zu Härtekoks verarbeitet, und zwar offenkundig. Das Verfahren sei weder neu noch von der nötigen Erfindungshöhe. 3. Die im Vertrage vom 14. August 1942 überlassenen Schutzrechte bezögen sich bloß auf die Herstellung von Zünd- und Fahrkoks; sie seien nicht mehr ausnutzbar. Infolge der durch die Währungsumstellung völlig veränderten Wirtschaftslage sei Koks für Feueranzünder nicht mehr absetzbar, und Generatorkoks habe nicht mehr verkauft werden können, nachdem Treibstoffe wieder unboschränkt zu haben gewesen seien.

Damit sei die Geschäftsgrundlage des Vertrages vom 14. August 1942 weggefallen. 4. In jedem Falle scheiterten die Klageansprüche an § 5 des Vertrages, da sie, die Beklagte, seit Jahren mit Verlust arbeite und die Lizenz deswegen wirtschaftlich nicht tragbar sei.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat sich der Klageanspruch zu I b in der Hauptsache erledigt.

Die Beklagte hat noch geltend gemacht: 1. Der Kläger habe überhaupt keine Rechte aus dem Vertrage vom 14. August 1942; St. [REDACTED], der an diesem Vertrage zu 15 % beteiligt gewesen sei, habe zusammen mit dem Kläger zum Nachteil der Beklagten gehandelt und sie bewußt geschädigt, indem er dem Kläger für die Schutzrechte eine ungewöhnlich hohe Vergütung versprochen habe, die zum Ruin der Gesellschaft habe führen müssen. St. [REDACTED] habe bei der Zubilligung dieser Vergütung seine eigenen Interessen im Auge gehabt und den Interessen der Beklagten nicht objektiv gegenübergestellt. Er und der Kläger hätten die §§ 84, 101 AktG verletzt. Außerdem verstoße der Abschluß des Vertrages vom 14. August 1942 und seine Handhabung gegen die guten Sitten. 2. Die Schutzrechte seien völlig wertlos, wie sich aus dem Privatgutachten des Dipl. Ing. Ha. [REDACTED] vom 20. Juni 1953 ergebe. Die Beklagte hat daher den Kauf der Schutzrechte gewandelt und vorsorglich mit Schriftsatz vom 22. Juli 1953 wegen arglistiger Täuschung angefochten. Sie hat die Anfechtung später auch noch auf die Behauptung gestützt, der Kläger habe ihr sein Feueranzündungspatent verkauft, obwohl er dieses Patent bereits veräußert gehabt hätte. 3. Die Beklagte behauptet, der Kläger habe auf seine Ansprüche aus dem Vertrage vom

14. August 1942 verzichtet; jedenfalls habe ihm Dr. He-
[REDACTED] als Aufsichtsratsvorsitzender erklärt, der Anspruch
auf Zahlung der Umsatzlizenz müsse so lange ruhen, als die
Beklagte mit Verlust arbeite; gemäß § 5 dieses Vertrages
komme allenfalls eine Beteiligung am Gewinn in Betracht.
ein Gewinn sei aber nicht erzielt worden.

Das Berufungsgericht hat Teilurteil erlassen. Dar-
in wurde die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewie-
sen, als die Beklagte zur Zahlung von 11.253,02 DM nebst
Zinsen und zur Auskunft über die in den Jahren 1947 und
1948 getätigten Umsätze verurteilt und die vom Kläger be-
gehrte Feststellung getroffen worden ist, letztere jedoch
nur mit der vom Kläger in der Berufungsinstanz beantrag-
ten Maßgabe: "sofern die Beklagte nicht gemäß § 5 des
Vertrages vom 14. August 1942 berechtigt ist, dem Kläger
an Stelle der Umsatzlizenz eine Beteiligung am Gewinn in
Höhe von 25 % zu gewähren". Der Berufung wurde dagegen
insoweit stattgegeben, als sie sich gegen die Verurtei-
lung der Beklagten zur Auskunft über die Umsätze der Jah-
re 1949 und 1950 richtete; insoweit hat das Berufungsge-
richt die Klage in Abänderung des landgerichtlichen Ur-
teils abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klage-
abweisungsantrag weiter. Mit der Anschlußrevision strebt
der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Ur-
teils zur Auskunft über die Umsätze der Jahre 1949 und
1950 an. Beide Parteien haben die Zurückweisung der geg-
nerischen Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision ist unbegründet.

I. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Aktivlegitimation des Klägers bejaht. Der Kläger hat allerdings durch Vertrag vom 1. September/20. Oktober 1942 je 7 % der Lizenzgebühren den Konsorten A■■■■, G■■■■, W■■■■ und Dr. Sc■■■■ und 15 % Stelkens überlassen. Das Berufungsgericht stellt aber fest, daß der Kläger im Vertrage vom 14. August 1942 der alleinige Vertragspartner der Beklagten gewesen sei und daß die aus diesem Vertrage erwachsenen Ansprüche auch nicht anteilig auf die Konsorten übergegangen seien. Diese Feststellung ist möglich und wird von der Revision nicht angegriffen.

II. Richtig ist auch, daß das Berufungsurteil die Anfechtung des Vertrages vom 14. August 1942 nicht durchgreifen läßt. Das Berufungsgericht hält sich nicht für überzeugt, daß der Kläger der Beklagten wertlose Erfindungen verkauft habe, und erst recht nicht, daß dies in Kenntnis ihrer Wertlosigkeit geschehen sei. Es folgert dies daraus, daß die Patente DRP 745 061 und 750 901 erteilt worden seien und damit das Patentamt nach Prüfung zu der Überzeugung gelangt sei, daß patentfähige Erfindungen vorlägen. Deshalb könne die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe längst Bekanntes der Literatur entnommen und einen Abklatsch als Erfindung ausgegeben, die Neuheit derjenigen Erfindungen, die Gegenstand des Vertrages vom 14. August 1942 waren, nicht in Frage stellen. Die Anmeldung p 2 874 sei bekanntgemacht worden und genieße darum vorläufigen Patentschutz (§ 30 PatG). Die sich aus dieser Patentanmeldung ergebenden Rechte hätten der Beklagten unstreitig zur Verfügung gestanden; wenn sie auf diese Rechte verzichtet habe, so gehe das nicht zu Lasten des Klägers. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe das DRP 745 061 (= Anmeldung Sch 117 728) schon vor Abschluß des Vertrages vom 14. August 1942 anderweit ver-

äußert, sei nicht bewiesen.

Diese auf tatsächlichem Gebiet liegenden Erwägungen sind der Nachprüfung in der Revisionsinstanz, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, verschlossen und auch in der schriftlichen Revisionsbegründung nicht angegriffen worden. Die Revision hat jedoch mit Schriftsatz vom 23. April 1956 geltend gemacht, daß das Deutsche Patentamt durch Entscheidung vom 16. Januar 1956 das Patent 936 044 - es betrifft die Anmeldung p 2 874 - für nichtig erklärt habe, und die Ansicht vertreten, daß dem Berufungsurteil damit der Boden entzogen sei. Die Tatsache der Patentnichtigkeit ist, obwohl neu, in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen (RGZ 63, 140; 148, 400; BGHZ 3, 367; BGH GRUR 1951, 70; 1955, 573). Aber die Behauptung, die Beklagte sei bei Abschluß des Vertrages vom 14. August 1942 arglistig getäuscht worden, läßt sich nicht damit begründen, daß die im Jahre 1948 bewirkte Patentanmeldung keine neue Erfindung betroffen habe.

III. Der Vertrag vom 14. August 1942 ist kein Lizenz-, sondern ein Patentveräußerungsvertrag, da er die Übertragung mehrerer deutscher Patentanmeldungen nebst den dazu gehörigen Auslandsanmeldungen zum Gegenstand hat. Die Gegenleistung der Beklagten besteht in einer Barzahlung und in der in Ziff 5 des Vertrages festgelegten Zahlung von 4 % vom Warenumsatz. Der Kern des Streits in den Vorinstanzen drehte sich um die Frage, was unter Warenumsatz im Sinne dieser Ziff 5 zu verstehen ist. Zur Erläuterung dieses Streitpunkts hat das Berufungsgericht die technischen Grundlagen der Schutzanmeldungen des Klägers untersucht und näher erörtert. Danach handelt es sich um sog. Verwendungspatente, also um Patente, bei denen die Verwendung eines an und für sich bekannten Materials für einen

neuen Zweck geschützt ist. Allen Schutzrechten, die die Beklagte am 14. August 1942 gekauft hat, liegt der Gedanke zugrunde, rheinische Braunkohle, die wegen ihrer Bitumenarmut an sich nicht schwelwürdig ist, zur Gewinnung von Schwelkoks für Generator- und Feueranzünderzwecke zu verwenden. Die Beklagte verkauft den von ihr hergestellten Schwelkoks nun im wesentlichen zum Härten von Eisen und Stahl. Beide Vorinstanzen haben den Standpunkt der Beklagten abgelehnt, unter Warenumsatz im Sinne der Ziff 5 des Vertrages vom 14. August 1942 sei nur der Umsatz von nach den Schutzrechten des Klägers hergestelltem Schwelkoks zu verstehen, und den umstrittenen Begriff dahin ausgelegt, daß er auch alle Ware umfasse, die in ursächlichem (inneren) Zusammenhang mit den Schutzrechten des Klägers hergestellt werde.

Diese Auslegung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sie besagt: Die Beklagte benutzt zwar nicht die Schutzrechte des Klägers; was sie herstellt, steht aber im inneren Zusammenhang mit den Gedanken, die ihr durch die verkauften Schutzrechte des Klägers (und seine früheren Denkschriften) nahegebracht worden sind. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Grundgedanke der Schutzrechte des Klägers darin bestand, rheinische Braunkohle, die an sich nicht schwelwürdig ist, zu neuen Verwendungszwecken zu benutzen. Dann ist es aber rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht unter Warenumsatz den Umsatz auch solchen Schwelkoks versteht, der von der Beklagten in ursächlichem Zusammenhang mit den Schutzrechten des Klägers hergestellt wird. Das läßt sich auch so ausdrücken: Warenumsatz ist nicht nur der Absatz derjenigen Produktion, die unmittelbar durch die von der Beklagten erworbenen Schutzrechte gedeckt ist, sondern auch derjenige, zu der die Schutzrechte des Klägers bloß

die unmittelbare Anregung gegeben haben, und die von dem gleichen technischen Grundgedanken erfaßt wird, gleichgültig, ob dieser Grundgedanke durch die Schutzrechte des Klägers geschützt ist oder nicht.

Diese Auslegung wird von der Tatsache, daß das Deutsche Patentamt das Patent 936 044 für nichtig erklärt hat, entgegen der Ansicht der Revision nicht berührt. Denn das Berufungsgericht hat die Anmeldung p 2 874, die diesem Patent zugrunde liegt, bei seiner Auslegung mit keinem Worte berücksichtigt. Es hat nur ausgeführt, daß die Härtekoksumsätze auch dann unter den Vertrag vom 14. August 1942 fielen, wenn man sich bei der Ausdeutung dieses Vertrages dem Standpunkt der Beklagten anschließen wollte, und diese Hilfserwägung damit begründet, daß die Beklagte den Härtekoks nach dem Verfahren der Anmeldung p 2 874 herstelle und daß dieses Verfahren auf Grund der bekanntgemachten Anmeldung vorläufigen Patentschutz (§ 30 PatG) genieße. Auf diese Hilfserwägung kommt es jedoch nicht an, da die von den Tatsacheninstanzen vorgenommene Auslegung der Ziff 5 des Vertrages vom 14. August 1942 rechtlich nicht zu beanstanden ist und sie die Entscheidung trägt.

IV. Die Wandlung des Vertrages vom 14. August 1942 hält das Berufungsgericht für unbegründet. Soweit die Beklagte Rechte aus der angeblichen technischen Wertlosigkeit der Zündkokspatente und der Unausführbarkeit der Erfindungen des Klägers herleitet, habe sie diese Rechte dadurch verloren, daß sie das Vertragsverhältnis mit dem Kläger fortgesetzt habe, obwohl sie kurz nach Abschluß des Vertrages erkannt habe, daß eine Produktion von Zündkoks nicht in Betracht komme. Die Behauptung aber, daß die Patentanmeldung Sch 118 209 - den Fahrkoks betreffend - wertlos sei, sei widerlegt; die Beklagte habe zudem jahrelang Fahrkoks nach dieser Anmeldung hergestellt. Die Be-

hauptung, daß die Patentanmeldung p 2 874 wertlos sei, sei unrichtig, da in dem Gutachten Ha (S 23) eingeräumt werde, daß die Verwendung bitumenarmer Braunkohle wirtschaftlich vorteilhaft sei.

Auch diese Erwägungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Für die Wandlung des Vertrages vom 14. August 1942 kommt es nicht darauf an, daß das Patent 936 044 (= Anmeldung p 2 874) für nichtig erklärt worden ist. Kaufgegenstand waren nur die in diesem Vertrage aufgeführten Schutzrechte. Die von St und dem Kläger übernommene Verpflichtung, alle die verkauften Schutzrechte betreffenden Erfahrungen und die daraus zu erzielenden weiteren Schutzrechte unentgeltlich der Beklagten zur Verfügung zu stellen, ist nur eine Nebenpflicht dieses Kaufvertrages, deren schuldhafte Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen konnte und die kein Recht auf Wandlung gab, wenn Stelkens, wie das im Jahre 1948 geschehen ist, etwas als Erfindung zur Verfügung gestellt hätte, was nicht neu und darum nicht patentfähig war. Es kommt daher nicht darauf an, daß die Beklagte in der Nichtigkeitssache, die zu der Entscheidung des Deutschen Patentamts vom 16. Januar 1956 geführt hat, die dort vom Nichtigkeitskläger erhobene Behauptung, daß es sich um eine offenkundige Vorbenutzung handle, gar nicht bestritten hat.

V. Das Berufungsgericht verneint sowohl eine Schadensverantwortlichkeit des Klägers nach den §§ 84, 101 AktG, 826 BGB wie die Nichtigkeit des Vertrages vom 14. August 1942 aus § 138 BGB. Es meint: Die Beteiligung von St an der Lizenzgebühr des Klägers reiche nicht aus, um festzustellen, daß der Kläger beim Zustandekommen des Vertrages und seiner Handhabung in sittenwidriger Weise gemeinsam mit St zum Nachteil der Beklagten gehandelt habe. Die Existenz des Konsortiums sei der Beklagten durch ihr

Vorstandsmitglied A [REDACTED] und die Aufsichtsratsmitglieder W [REDACTED] und G [REDACTED], die dem Konsortium gleichfalls angehörten, bekanntgewesen. Sollte St [REDACTED] dem Kläger mehr Lizenzgebühren, als dieser zu beanspruchen hatte, gezahlt haben, so würde das den Kläger nur belasten, wenn er die Unrechtmäßigkeit der Zahlung erkannt hätte; das habe die Beklagte aber nicht behaupten können. Aus § 84 AktG könne der Kläger überhaupt nicht in Anspruch genommen werden, weil er nicht Vorstandsmitglied der Beklagten gewesen sei. Es sei auch nichts Ausreichendes dafür vorgetragen, daß der Kläger, um für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, Vorstandsmitglieder vorsätzlich dazu bestimmt habe, zum Nachteil der Beklagten zu handeln (§ 101 AktG). Eine Vergütung von 4 % vom Umsatz neben dem sonstigen Kaufpreis könne nicht als unüblich angesehen werden, zumal durch den Vertrag vom 14. August 1942 die sachlichen Grundlagen für den Betrieb der Beklagten geschaffen worden seien. Die Beklagte suche allerdings mit ihren Verlusten darzutun, daß die Lizenz ungebührlich hoch sei. Verluste bei der Auswertung von Erfindungen seien aber nicht ungewöhnlich, und außerdem habe die Beklagte selbst vorgetragen, daß ihre ungünstigen Geschäftsergebnisse in den schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen des Krieges und der Nachkriegsjahre begründet gewesen seien. Es könne danach nicht festgestellt werden, daß der Kläger mit dem Vertrage vom 14. August 1942 gesellschaftsfremde Sondervorteile erlangt habe.

Diese Ausführungen liegen im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und sind rechtlich einwandfrei.

Die Revision macht geltend, daß zu einem Vertrag zwischen der Gesellschaft und Mitgliedern des Vorstandes

auch im Gründungsstadium nur der Aufsichtsrat als solcher berufen sei (§ 97 AktG). Ein Fall dieser Art steht jedoch nicht zur Entscheidung, da der Vertrag vom 14. August 1942 mit dem Kläger und nicht mit dem Konsortium geschlossen worden ist.

Die Revision macht weiter geltend, in der Person der beiden Mitglieder des Vorstandes der Beklagten (A [REDACTED] und St [REDACTED]) liege ein verbotenes Kontrahieren mit sich selbst vor. § 181 BGB sei zwar formal nicht gegeben, der Sachverhalt lege jedoch die Absicht einer Umgehung dieser Vorschrift nahe. Das ist eine neue Behauptung, die in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden kann (§ 561 ZPO). Auf sie kann daher nicht eingegangen werden.

Unbeachtlich ist auch die Ausführung der Revision, der Kläger könne sich auf den Vertrag vom 14. August 1942 nicht berufen, weil H [REDACTED] als Aufsichtsratsmitglied der Beklagten und er und das Bankhaus Sp [REDACTED] & Co als Geldgeber von dem Konsortium nichts gewußt und der Kläger und die übrigen Konsorten im bewußten und gewollten Zusammenwirken das Bestehen des Konsortiums nicht offenbart hätten. Denn ein kollusives Zusammenwirken der Konsorten zum Nachteil des Bankhauses oder der Beklagten ist in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet worden, und der Umstand, daß H [REDACTED] von dem Bestehen des Konsortiums nichts gewußt hat, ist rechtlich nicht geeignet, die Arglisteinrede gegenüber dem Verträge vom 14. August 1942 zu begründen.

VI. Die Revision hat den Streit der Parteien ins gesellschaftsrechtliche Gebiet verlagert.

1.) Sie wirft dem Berufungsgericht vor, daß es die Gültigkeit des Vertrages vom 14. August 1942 nicht unter dem Gesichtspunkt des § 20 AktG geprüft habe. Schon nach

dem zeitlichen Zusammenhang dieses Vertrages mit der Gründung der Beklagten liegt es auf der Hand, daß sich die Beklagte zur Zahlung eines Entgelts für die übernommenen Schutzrechte nur dann wirksam verpflichten konnte, wenn die Vorschriften über Sachübernahmen gewahrt wurden. Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen jedoch nicht behauptet, daß es hieran fehle. Der dem Berufungsurteil gemachte Vorwurf läuft daher auf den in der Revisionsinstanz unzulässigen Vortrag neuer Tatsachen hinaus. Die neue Behauptung ist zudem falsch, da, wie die Registerakten der Beklagten ergeben, die Beklagte unter Einhaltung des § 20 AktG gegründet worden ist.

2.) Die Revision wirft dem Berufungsgericht weiter vor, daß es die Gültigkeit des Vertrages vom 14. August 1942 auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 19 AktG untersucht und auch nicht geprüft habe, daß der Kläger als Mitglied des ersten Aufsichtsrats der Beklagten und als Empfänger eines nichtstatuierten und nichtgeprüften Gründungsaufwandes nach den §§ 41, 40 Ziff 1 und 2, 25 Abs 2 Nr 3, 26 Abs 1 Nr 2, Abs 2, 24 Abs 3 AktG hafte. Sie trägt hierzu vor: Die Gewährung von Vergütungen an Gloatz, Wolynski und Dr. Sc[REDACTED] stelle sich der Sachlage nach als eine Entschädigung oder Belohnung für die Gründung der Beklagten dar, da diese Konsorten an der technischen Entwicklung der Erfindungen unbeteiligt gewesen seien und ihnen eine Vergütung ersichtlich nur wegen ihrer Beteiligung an der Gründung der Beklagten gewährt worden sei. Es sei gleichgültig, ob die Beklagte eine Entschädigung oder Belohnung für ihre Gründung unmittelbar oder auf dem Umweg gewährt habe, daß sie in das Entgelt für die Sachübernahmen mit eingebaut wurde und den endgültigen Empfängern über den Kläger hinweg zugeleitet werden sollte. Ohne diesen Gründungsaufwand wäre die Vergütung für die Sachübernahmen entsprechend geringer gewesen.

Es kann nicht verkannt werden, daß die Revision auch hier neue Tatsachen in der Form ihrer Einkleidung in eine rechtliche Rüge einzuführen versucht. Die Vorschriften über den Gründungsaufwand sind auch dann einzuhalten, wenn Aktionären oder anderen Personen zu Lasten einer gegründeten Aktiengesellschaft eine Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung in verschleierter Form, etwa in Gestalt eines erhöhten Entgelts für eine Sachübernahme, gewährt wird. Das gilt auch dann, wenn das volle Entgelt für eine Sachübernahme äußerlich einer Person versprochen wird, die die Aktiengesellschaft nicht mitgegründet hat, ein Teil des Entgelts aber an Gründer weitergeleitet werden soll. Alsdann sind nicht bloß diejenigen Vorschriften zu beachten, die sich mit Sachübernahmen als solchen befassen, sondern darüber hinaus auch diejenigen Vorschriften, die vom Gründungsaufwand handeln. Die Beklagte hätte aber in den Tatsacheninstanzen behaupten müssen, daß ein Teil der für die Schutzrechte zugesagten Vergütung in Wirklichkeit eine Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung und der Kläger insoweit nur Durchgangsperson war. Eine solche Behauptung hat sie aber vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht nicht aufgestellt. Mit ihren Behauptungen, die die Anwendung der §§ 84, 101 AktG, 826, 138 BGB rechtfertigen sollten, hat sie sich zwar gegen die Höhe der versprochenen Lizenz gewandt. Das ist aber unter ganz anderen Gesichtspunkten als dem eines versteckten Gründungsaufwandes geschehen. Die Beklagte hatte behauptet, daß der Wert der erworbenen Schutzrechte die Höhe der versprochenen Lizenz nicht rechtfertige und daß sich St. bei der Bevilligung dieser Lizenz angesichts seiner eigenen Beteiligung an dem Konsortium von sachfremden Motiven habe leiten lassen. Demgegenüber ist die Behauptung des versteckten Gründungsaufwandes etwas ganz ande-

res. Die Beklagte behauptet nunmehr, die Lizenz sei deshalb höher als vertretbar bemessen worden, weil und damit G■■■■, W■■■■ und Dr. Sc■■■■ für ihre Tätigkeit bei der Gründung der Beklagten oder deren Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung über den Kläger hinweg erhalten konnten. Die Revision läßt dabei völlig außer acht, daß G■■■■, W■■■■ und Dr. Sc■■■■ dem Konsortium bereits seit seiner Gründung (12. Januar 1942) angehörten und daß ihre Tätigkeit nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers darin bestand, einen Geldgeber für die Auswertung der Schutzrechte zu finden. Es liegt auf der Hand, daß sie dafür etwas als Mitglieder des Konsortiums erhalten mußten und daß dieses Entgelt nur davon abgezweigt werden konnte, was durch die Verwertung der vom Kläger und von St■■■■ gemachten Erfindungen erzielt werden konnte. Daß sie darüber hinaus oder statt dessen eine Vergütung für eine Teilnahme an der Gründung der Beklagten oder der Vorbereitung dieser Gründung zugesagt erhalten hätten und daß das dem Kläger für die Schutzrechte vertraglich zugesagte Entgelt zu d i e s e m Zweck erhöht worden sei, ist neu. Da von den Mitgliedern des Konsortiums nur Gl■■■■ als Gründer der Beklagten aufgetreten ist und Wo■■■■ und Dr. Sc■■■■ nur an der Vorbereitung der Gründung der Beklagten teilgenommen haben können, hätte auch behauptet werden müssen, worin diese Tätigkeit bestanden haben soll. Auch diese Substantiierung ist in den Tatsacheninstanzen unterblieben. Für die Annahme der Revision, daß die Vergütung für die Schutzrechte des Klägers auch eine Entschädigung oder Belohnung für die Gründung der Beklagten oder für die Vorbereitung der Gründung enthalte, fehlt im Vorbringen der Beklagten in den Tatsacheninstanzen jeder Anhalt; sie ist daher unzulässig und nicht geeignet, der Revision zum Erfolge zu verhelfen.

B.

Die Anschlußrevision ist dagegen begründet.

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Beweisaufnahme fest, daß § 5 Satz 2 des Vertrages vom 14. August 1942 die Beklagte unter den in dieser Vorschrift bestimmten Voraussetzungen berechtigen sollte, von Jahr zu Jahr von der Umsatzlizenz auf die 25 %ige Gewinnbeteiligung überzugehen. Von diesem Recht habe die Beklagte für die Jahre 1949 und 1950 Gebrauch gemacht. In diesen beiden Jahren habe sie ausweislich ihrer Bilanzen mit Verlust gearbeitet. Der Kläger habe daher vorbehaltlich der Nachprüfung der Gewinn- und Verlustrechnungen keinen Anspruch auf Beteiligung am Gewinn. Für die Jahre, für die ihm keine Lizenzgebühr vom Umsatz zugestanden habe, könne er auch nicht Auskunft verlangen.

Diese Begründung trägt die teilweise Abweisung des Auskunftsanspruchs nicht.

1.) Für die Anwendung der Krisenklausel genügt nicht, daß die Beklagte keinen Gewinn oder nur eine Dividende bis zu 5 % des Grundkapitals erwirtschaftet. Voraussetzung ist außerdem, daß es die Höhe der Lizenz ist, die die Wirtschaftlichkeit unter 5 % Dividende herabdrückt. Wird eine Dividende dieser Höhe infolge anderer Umstände, insbesondere durch Fehldispositionen, nicht erzielt, so greift die Krisenklausel nicht ein. Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet.

2.) Es ist nicht einmal einwandfrei festgestellt, daß die Beklagte in den Jahren 1949 und 1950 keinen Gewinn erzielt hat. Das Berufungsgericht vertritt den Standpunkt, daß sich der Kläger nicht mit den im Prozeß abgegebenen Erklärungen der Beklagten über ihre Umsätze zu begnügen brauche, weil er, wie näher ausgeführt wird, be-

rechti gte Zweifel an der Wehrheit dieser Erklärungen hegen dürfe. Nur v o r b e h a l t l i c h der Nachprüfung der Gewinn- und Verlustrechnungen kommt das Berufungsgericht zu der Annahme, daß der Kläger für die Jahre 1949 und 1950 keinen Anspruch auf Umsatzbeteiligung habe. Solange dieser Vorbehalt zu machen ist und solange berechnigte Zweifel gegen die Angaben der Beklagten über ihre Geschäftsergebnisse in den Jahren 1949 und 1950 bestehen, können die Bilanzen nicht als Grundlage für eine endgültige Abweisung des Auskunftsanspruchs verwendet werden.

C.

Soweit die Kosten der Revisionsinstanz durch die Beklagte veranlaßt worden sind, waren sie der Beklagten als derjenigen Partei aufzuerlegen, die das Rechtsmittel ohne Erfolg eingelegt hat (§ 97 ZPO). Die Entscheidung über die übrigen Kosten der Revisionsinstanz hängt von dem endgültigen Ausgang des Streits über das für die Jahre 1949 und 1950 erhobene Auskunftsverlangen ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr.Canter Dr.Selowsky Dr.Fischer Dr.Kuhn Dr.Winkelmann