

Verkündet am 5. April 1957
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Handwritten: 024
12. April 1957
Grunau
11. 11. 55, 25

Im N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ernst Martin H [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Molkereigenossenschaft S [REDACTED] eGmbH, B [REDACTED], H [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch den Vorstand

1. Landwirt Botho v. A [REDACTED] (K [REDACTED]), H [REDACTED], H [REDACTED] Weg [REDACTED],
2. Landwirt Wedig v. B [REDACTED] (G [REDACTED]), L [REDACTED] über G [REDACTED],
3. Landwirt Georg v. Z [REDACTED] (Gr. G [REDACTED]), H [REDACTED],
4. Rechtsanwalt Gustav v. P [REDACTED], H [REDACTED],
5. Landwirt Dr. v. B [REDACTED], B [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. April 1957 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Bock,
Dr. Krüger-Nieland, Dr. Christoph

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zi-
vilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. Mai 1955
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin besteht als eingetragene Genossenschaft seit dem Jahre 1892. Sie hatte ursprünglich ihren Sitz in S [REDACTED] ([REDACTED]). Für ihre Molkereierzeugnisse besaß sie eine Reihe von eingetragenen Warenzeichen, darunter auch das Wortzeichen und das kombinierte Wort- und Bildzeichen "S [REDACTED] J [REDACTED]" (eingetragen unter Nr. 277 454 und Nr. 426 439 in Warenklasse 26 b). Im Jahre 1945 mußte die Klägerin infolge der Vertreibung aus den Gebieten jenseits der Oder-Neiße-Linie jede Tätigkeit einstellen. Wegen der durch die Vertreibung erlittenen Vermögensverluste war ihr die Wiedererrichtung eines Geschäftsbetriebes aus eigenen Mitteln nicht möglich. Der Beklagte, der kein Molkerei-Fachmann ist, übernahm auf eigene Kosten die zur Wiederherstellung ihrer Handlungsfähigkeit und zur Erhaltung ihrer Altwarenzeichen erforderlichen Schritte. Die Altwarenzeichen sind auf Grund des Ersten Überleitungsgesetzes vom 8. Juli 1949 (Artikel 6 § 15) aufrechterhalten worden. Nachdem die Parteien zunächst am 17. September 1951 einen Vorvertrag abgeschlossen hatten, wurde der endgültige Vertrag am 31. März 1952 geschlossen. Im Februar 1952 verlegte die Klägerin ihren Sitz nach Braunschweig; sie wurde am 21. Juni 1952 in das dortige Handelsregister eingetragen.

Die Klägerin übertrug im Vertrage vom 31. März 1952 dem Beklagten das Recht zur Herstellung ihrer früheren Erzeugnisse in eigenen oder gepachteten Molkereibetrieben sowie das Recht, die in diesen hergestellten Erzeugnisse unter Verwendung ihrer Warenzeichen zu vertreiben (§ 1 des Vertrages). Sie verpflichtete sich, ihre Fabrikationsmethoden dazu zur Verfügung zu stellen (§ 2). Der Beklagte verpflichtete sich, die Produktion innerhalb 18 Monaten nach Abschluß des Vertrages (d.h. bis zum 30. September 1953) aufzunehmen und der Klägerin den Zeitpunkt durch eingeschriebenen Brief unter gleichzeitiger Übersendung einiger Muster anzuzeigen; bei Nichtaufnahme der Fabrikation

- 3 -

innerhalb dieser Frist sollte der Vertrag außer Kraft treten (§ 4). Mit Abschluß dieses Vertrages wurden alle früheren schriftlichen oder mündlichen Abmachungen zwischen den Parteien gegenstandslos (§ 13).

Der Beklagte pachtete zunächst einen Molkereibetrieb in W (), wo er seit dem 1. Dezember 1952 Molkereiprodukte (Butter, Tilsiter Käse) herstellte. Bevor es zur Aufnahme der Produktion der im Vertrag vom 31. März 1952 vorgesehenen Erzeugnisse (Camembert-Käse) kam, mußte er diesen Betrieb infolge von Boykottmaßnahmen örtlicher Verbände wieder einstellen. Dabei entstand für ihn ein Verlust von etwa 40 000 DM.

Im Sommer 1953 richtete der Beklagte in Volpriehausen (Niedersachsen) in den Räumen einer ehemaligen Munitionsfabrik einen neuen Betrieb ein und stellte hierfür auch das erforderliche Personal, insbesondere zwei Käsemeister, ein. Für den Aufbau dieses Betriebes bemühte er sich um Kredite der Flüchtlingsbank in Höhe von etwa 200 000 DM.

Am 17. September 1953 verhandelte der Beklagte weiter mit der Molkereigenossenschaft H () über die Herstellung von 45%igem Vollfett-Camembert in der dortigen Käserei unter Überwachung durch einen von ihm zu stellenden Käsemeister. Zu diesem Zweck gab er bei einem Bakteriologen die Gewinnung besonderer Schimmelpilze in Auftrag. Am 30. September 1953 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er nunmehr in Volpriehausen die Käseproduktion aufgenommen habe (Anl 6 zu B1 11 der Akten 16 Q 12.54).

Auf der daraufhin für den 3. Oktober 1953 in Volpriehausen einberufenen Vorstands- und Aufsichtsratssitzung der Klägerin wurden die anwesenden Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder über den Stand der Bemühungen des Beklagten



in V [REDACTED] und über seine Pläne in H [REDACTED] unterrichtet. Gleichzeitig überreichte der Beklagte einige in H [REDACTED] hergestellte Musterstücke. Darauf wurde beschlossen, die dem Beklagten nach § 4 des Vertrages vom 31. März 1952 gesetzte Frist als durch seine Unternehmungen in V [REDACTED] und H [REDACTED] gewahrt anzusehen.

Am 4. Oktober 1953 besichtigte der Erste Vorsitzende des Vorstands der Klägerin auch die Käserei in H [REDACTED].

Die erste Partie des in V [REDACTED] erzeugten Käses mußte eingeschmolzen werden, weil er versalzen war. Darauf stellte der Beklagte den dortigen Betrieb am 22. Oktober 1953 wieder ein. Durch Schreiben vom 31. Oktober 1953 (Anl 8 zu Bl 11 der Akten 16 Q 12.54) teilte er der Klägerin mit, daß er "nach mehrstündigen Aussprachen mit seinen Beratern ... nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gelangt sei, nur in H [REDACTED] "S [REDACTED] J [REDACTED]" herzustellen"; er habe weiter mit dem Betriebsleiter der Molkereigenossenschaft Herzebrock vereinbart, daß die Käsemeister G [REDACTED] und B [REDACTED] in der Käserei H [REDACTED] arbeiten sollten.

Mit Schreiben vom 4. November 1953 (Anl 9 zu Bl 11 der Akten 16 Q 12.54) eröffnete ihm die Klägerin, daß damit der Vorstandsbeschluß vom 3. Oktober 1953 hinfällig geworden sei; sie forderte den Beklagten auf, bis zum 20. November 1953 eine Abschrift des mit der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] geschlossenen Vertrages vorzulegen.

Der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Molkereigenossenschaft wurde am 23. November 1953 unterzeichnet. Nach diesem Vertrag sollte der Beklagte berechtigt sein, in der Käserei E [REDACTED] 45%igen Vollfettkäse unter der Anleitung eines von ihm zu stellenden Käsemeisters zu erzeugen. Daneben sollte in der Käserei noch Camembert für die Molkereigenossenschaft H [REDACTED] selbst hergestellt werden. Milch, Betriebs-

einrichtungen und Personal sollten von der Molkereigenossenschaft H[REDACTED] zur Verfügung gestellt werden. Die Verwendung besonderer vom Beklagten zu liefernder Schimmelstämme war abweichend von dem Entwurf vom 17. September 1953 nicht mehr vorgesehen.

Am 27. November 1953 zeigte der Beklagte dem gerade an einer Gemeinderatssitzung in Brunkensen teilnehmenden Ersten Vorsitzenden des Vorstandes der Klägerin den Vertrag vom 23. November 1953, ohne ihm jedoch eine Abschrift dieses Vertrages auszuhändigen. Gelegentlich einer Besprechung, die am 28. November 1953 in B[REDACTED], dem damaligen Wohnsitz des Ersten Vorsitzenden der Klägerin, zwischen diesem und den Vorstandsmitgliedern der Molkereigenossenschaft E[REDACTED] stattfand, versprachen diese - auf ein ihnen vom Ersten Vorsitzenden der Klägerin mitgegebenes schriftliches Ersuchen -, der Klägerin ein Exemplar des Vertrages vom 23. November 1953 zu übersenden. Der Vertrag wurde jedoch nicht übersandt. Der Erste Vorsitzende der Klägerin versuchte am 5. Dezember 1953 während der Vorstandssitzung der Klägerin in H[REDACTED], durch einen Anruf bei Rechtsanwalt A[REDACTED] dem Rechtsberater der Molkereigenossenschaft H[REDACTED], sich über den Vertrag zu unterrichten; er erhielt jedoch hierüber keine Auskunft. Darauf wurde in der Vorstands- und Aufsichtsratssitzung am 5. Dezember 1953 die Kündigung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages beschlossen.

Durch ein Schreiben vom 10. Dezember 1953 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie den Vertrag vom 31. März 1952 als gelöst betrachte, da er, der Beklagte, die ihm nach den §§ 1, 4 des Vertrages obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt habe.

Vom 1. Dezember 1953 bis April 1954 vertrieb der Beklagte unter dem Warenzeichen "S[REDACTED] J[REDACTED]" 45%igen Vollfett-Camembert, der in der Zeit vom 1. Dezember 1953 bis 27. März 1954 in der Käserei H[REDACTED] hergestellt wurde.

Im Februar 1954 beantragte die Klägerin, dem Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung die Benutzung des Warenzeichens "S [REDACTED] J [REDACTED]" zu untersagen. Gleichzeitig wandte sie sich zur Klarstellung ihrer Rechte an die Großhändler. Dagegen ging wiederum der Beklagte vor, indem er den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die Klägerin beantragte. Dem Antrag der Klägerin hat das Kammergericht durch das rechtskräftige Urteil vom 4. Juni 1954 (5 U 825.54 = 16 Q 12.54) stattgegeben. Die auf Antrag des Beklagten bereits erlassene einstweilige Verfügung wurde auf Widerspruch der Klägerin durch das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Berlin vom 10. Juli 1954 (16 Q 66.54) aufgehoben.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe den Betrieb in V [REDACTED] nur zum Schein errichtet, um ihr die Aufnahme der Produktion innerhalb der ihm nach § 4 des Vertrages vom 31. März 1952 gesetzten Frist nachzuweisen. Auch seien die Anlagen in V [REDACTED] zu einer ordnungsgemäßen Käseherstellung ungeeignet gewesen. Darauf sei es zurückzuführen, daß der dort hergestellte Käse versalzen gewesen sei. Die vom Beklagten in der Vorstandssitzung am 3. Oktober 1953 vorgelegten Musterstücke seien in H [REDACTED] nur gekauft gewesen. Eine Überwachung der Produktion in H [REDACTED] habe jedenfalls in der Zeit vom 18. September bis 4. Oktober 1953 nicht stattgefunden. Dem Sohn des Vorstandsmitgliedes der Klägerin, von A [REDACTED], der bei der Abholung der Musterstücke in H [REDACTED] mit anwesend gewesen sei, habe der Beklagte erklärt, daß sich der als "S [REDACTED] J [REDACTED]" vertriebene Käse von dem daneben in der Käserei H [REDACTED] noch hergestellten Camembert nur durch das Etikett unterscheide. Der Vertrag vom 23. November 1953 sei nach Auffassung der Klägerin nie wirksam geworden, weil der Beklagte, der auch sonst erheblich verschuldet gewesen sei, die geforderte Kautions von 15 000 DM nicht stellen können. Im übrigen sei der Beklagte im Gewerbe-

register von H [REDACTED] nicht enthalten. Schließlich sei der vom Beklagten als "S [REDACTED] J [REDACTED]" vertriebene Käse von minderer Qualität gewesen und habe zu Beanstandungen geführt. Unter diesen Umständen, so meint die Klägerin, sei es ihr nicht zuzumuten gewesen, noch länger an dem Vertrag mit dem Beklagten festzuhalten. Denn der Beklagte habe seine Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht erfüllt und sie, die Klägerin, sogar in treuwidriger Weise getäuscht.

Die Klägerin hat beantragt, dem Beklagten zu untersagen, Molkereierzeugnisse, insbesondere Käse, welcher nicht von der Klägerin geliefert wird, oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Wortzeichen "S [REDACTED] J [REDACTED]" oder mit einem diese Worte enthaltenden Bildzeichen zu versehen, das einen schreitenden Jungen darstellt, der in der linken Hand eine runde Käseschachtel und in der rechten Hand einen Stab hält, oder die so bezeichneten Waren in den Verkehr zu bringen.

Außerdem hat die Klägerin beantragt, ihr zu gestatten, die Urteilsformel auf Kosten der Beklagten in drei Fachzeitschriften zu veröffentlichen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

Er bestreitet, die Klägerin getäuscht zu haben. Er behauptet der Klägerin seien die tatsächlichen Verhältnisse in V [REDACTED] [REDACTED] und in H [REDACTED] bekannt gewesen. In V [REDACTED] habe er etwa 30 000 DM investiert gehabt. Es sei ihm ein Kredit von 200 000 DM zugesagt gewesen. Die Anlagen seien auch durchaus zur Käseherstellung, wenn auch zunächst nur in kleinem Umfang, geeignet gewesen. Die Einstellung des Betriebes in V [REDACTED] sei notwendig geworden, weil der von ihm angestellte Käsemeister G [REDACTED] sich gegen ihn gewandt und versalzene Käse produziert habe. Der Beklagte bestreitet, daß er den als "S [REDACTED] J [REDACTED] [REDACTED]" in den Verkehr gebrachten Käse in H [REDACTED] gekauft habe.

Dieser sei vielmehr unter Aufsicht eines von ihm angestellten Käsemeisters dort hergestellt worden. Zwischen dem 18. September und dem 4. Oktober 1953 habe G [REDACTED] die Erzeugung in H [REDACTED] überwacht. Ab 1. Dezember 1953 sei dies durch den besonders qualifizierten Käsemeister B [REDACTED] geschehen. Der Käse sei immer einwandfrei und von guter Qualität gewesen. Der Vertrag vom 23. November 1953 sei wirksam geworden, weil die Molkereigenossenschaft H [REDACTED] auf die Kautionsverzicht habe. Vom 18. September bis 4. Oktober 1953 sei auf Grund mündlicher Abmachungen nach dem Entwurf vom 17. September 1953 gearbeitet worden. Nach seiner, des Beklagten, Ansicht, verstoße dagegen das gesamte Verhalten der Klägerin gegen Treu und Glauben. Sie habe seinen Bemühungen und seinem finanziellen Einsatz nicht nur ihre Handlungsfähigkeit, sondern auch die Erhaltung ihrer Warenzeichen zu verdanken. Dagegen habe die Klägerin ihn nicht in ausreichendem Maße unterstützt, insbesondere nachdem er durch das unverschuldete Scheitern seiner Pläne in W [REDACTED] in zeitliche Bedrängnis geraten sei. Statt ihm nunmehr mit allen Mitteln zu helfen, habe die Klägerin nur gewartet, daß er die Frist des § 4 des Vertrages nicht einhalte, und schließlich sogar gegen ihn gearbeitet. Sie habe sich mit seinen eigenen Angestellten gegen ihn verbündet. Außerdem habe sie durch Anruf bei dem Rechtsvertreter der Molkereigenossenschaft H [REDACTED], Rechtsanwalt Dr. A [REDACTED], den Abschluß des Vertrages vom 23. November 1953 zu hintertreiben beabsichtigt. Er, der Beklagte, sei berechtigt gewesen, den Käse auch in Lohnauftrag herstellen zu lassen. Das Einverständnis der Klägerin mit einer solchen Käseherstellung ergebe sich aus dem Beschluß der Genossenschaftsversammlung vom 14. Februar 1953 und ihrem Inserat vom 16. Februar 1953. Die Klägerin sei bereits nach dem von ihm nicht verschuldeten Scheitern seines Vorhabens in W [REDACTED] entschlossen gewesen, ihn

fallen zu lassen, wie der genannte Beschluß vom 14. Februar 1953 zeige. Besonders treuwidrig sei es gewesen, daß die Klägerin ihn von ihren Verhandlungen mit einer früheren Prozeßgegnerin, der Firma S [REDACTED], im Warenzeichenverletzungsstreit und mit der Geldgeberin des Beklagten, der Firma Wilke, nicht unterrichtet habe. Wenn der Vertrag schließlich nicht erfolgreich habe durchgeführt werden können, so sei dies allein darauf zurückzuführen, daß die Klägerin nicht den Vorschlag seines Geldgebers (W [REDACTED]) angenommen habe, sondern sich stattdessen mit ihrem Prozeßgegner (S [REDACTED]) im Warenzeichenverletzungsstreit nur deshalb verglichen habe, weil dieser ihr eine günstigere Gewinnmöglichkeit geboten habe.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Akten des Landgerichts Berlin 16 Q 12.54 und 16 Q 66.54 waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin ist eingetragene Inhaberin des Wortzeichens und des kombinierten Wort- und Bildzeichens "S [REDACTED] J [REDACTED]". Wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 4. Juni 1954 in der Sache 16 Q 12.54 = 5 U 825.54 (abgedr. GRUR 1954, 459) rechtlich zutreffend ausführt, sind die Zeichenrechte nicht dadurch erloschen, daß die Klägerin infolge der Vertreibung aus dem Gebiet jenseits der Oder-Neisse-Linie ihren ursprünglich in S [REDACTED] ([REDACTED]) gelegenen Ge-

schäftsbetrieb verloren hat und an der Errichtung eines neuen Geschäftsbetriebes im Gebiet der Bundesrepublik längere Zeit gehindert war. Es ist zwar richtig, daß gemäß § 1 WZG das Warenzeichen zu einem Geschäftsbetrieb gehören muß. Sein Fortfall begründet eine Löschungsklage (§ 11 Abs 1 Nr 2, Abs 2 WZG), die gemäß § 15 Abs 2 WZG rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt hat, in dem der Geschäftsbetrieb fortgefallen ist. Auch die Übertragung des Warenzeichnungsrechts ist von gleichzeitiger Übertragung des Geschäftsbetriebs abhängig (§ 8 WZG). Um rechtswirksam bestehen zu können, muß das Warenzeichen also mit einem bestimmten Geschäftsbetrieb verbunden sein. Nicht nur bei freiwilliger Aufgabe, sondern auch bei staatlich angeordneter Schließung des Geschäftsbetriebes ist ein äußerlich fortbestehendes Warenzeichen der Löschungsklage gemäß § 11 Abs 1 Ziff 2 WZG ausgesetzt. Das gilt aber dann nicht, wenn die Schließung oder Stillegung eines Betriebes rechtswidrig war. In diesen Fällen besteht das Zeichen trotz fehlenden Betriebes so lange weiter, als der Wille zur Wiedereröffnung des Betriebes und zur Verwendung des Zeichens vorhanden ist, jedoch infolge des rechtswidrigen Eingriffs nicht verwirklicht werden kann. Was der erkennende Senat in der Entscheidung BGHZ 6, 137 [142] für die rechtswidrige Schließung eines jüdischen Betriebes ausgeführt hat, gilt entsprechend für die Stillegung eines Betriebes in den deutschen Ostgebieten. Wird ein Geschäftsbetrieb innerhalb angemessener Frist nach Wegfall der - rechtlichen oder tatsächlichen - Behinderungen wieder aufgenommen, so bleibt das Warenzeichenrecht voll rechtswirksam bestehen. Deshalb hat das Berufungsgericht in der angeführten Entscheidung vom 4. Juni 1954 die Sachbefugnis der Klägerin als gegeben angesehen, obwohl die Klägerin damals nach dem unstreitigen Tatbestand einen Geschäftsbetrieb noch nicht besaß. Im ersten Rechtszug des vorliegenden Rechtsstreits hat

der Beklagte noch behauptet, die Klägerin unterhalte auch jetzt noch keinen Geschäftsbetrieb und könne deshalb ihren Unterlassungsanspruch nicht auf die Vorschriften des Warenzeichengesetzes stützen (Urteil des Landgerichts vom 27. November 1954 S 10); das Landgericht hat in seiner Entscheidung (S 14) die Richtigkeit dieser Behauptung des Beklagten zumindest unterstellt und sich für die Sachbefugnis der Klägerin in vollem Umfange auf die Ausführungen des Kammergerichts in dem Urteil vom 4. Juni 1954 bezogen.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung der Sachbefugnis der Klägerin ausgeführt, die Klägerin besitze seit Sommer 1954 einen eigenen Geschäftsbetrieb, in dem sie Käse herstelle und unter Verwendung des Zeichens "S [REDACTED] J [REDACTED]" in den Verkehr bringe. Die Revision macht geltend, diese Feststellung sei prozeßordnungswidrig getroffen (§ 286 ZPO), und bezieht sich hierfür auf die bereits angeführten Urteile des Kammergerichts vom 4. Juni 1954 und des Landgerichts Berlin vom 27. November 1954, die beide davon ausgehen, daß die Sachbefugnis der Klägerin erhalten geblieben sei, obwohl sie die Produktion habe einstellen müssen und einen neuen Geschäftsbetrieb noch nicht wieder habe errichten können. Die Revision hat weiter auf den Schriftsatz des Beklagten vom 4. Mai 1955 (S 4) verwiesen und ausgeführt, hiernach habe sich der Geschäftsbetrieb der Klägerin genau so abgewickelt, wie er von dem Beklagten in H [REDACTED] durchgeführt worden sei; die Klägerin produziere nämlich in dem Molkereibetrieb von H [REDACTED] in G [REDACTED] einen Camembert-Käse unter der Produktionsnummer V 073, die nicht einmal auf ihren Namen, sondern auf den Namen H [REDACTED], G [REDACTED], beim Landesernährungsamt H [REDACTED] eingetragen sei. Der Beklagte habe hiernach ausdrücklich einen Sachverhalt unter Beweis gestellt, den das Berufungsgericht im Falle der vom Beklagten in H [REDACTED] durchgeführten Käseherstellung also zur Erhaltung der Warenzeichen nicht genügend angesehen habe. Dazu hat die Klägerin im Schrift-

satz vom 5. Mai 1955 (S 6) Stellung genommen und vorgetragen, daß "die gesamte vom Direktor R. [REDACTED] hergestellte Produktion dieser Käserei als "S [REDACTED] J [REDACTED]" auf den Markt komme".

Ob das Berufungsgericht angesichts dieses sich aus den Schriftsätzen ergebenden Parteivorbringens - das angefochtene Urteil läßt in dieser Hinsicht eine Änderung des Vortrages in der letzten mündlichen Verhandlung nicht erkennen - zu der Feststellung berechtigt war, "die Klägerin besitze einen eigenen Geschäftsbetrieb, in dem sie Käse herstelle ...", kann dahingestellt bleiben. Auch wenn der Betrieb in Grupenhagen nicht als "eigener Herstellungsbetrieb" der Klägerin bezeichnet werden kann, bleibt, worauf die Klägerin zutreffend hinweist, die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin in einem eigenen Geschäftsbetrieb den in Grupenhagen hergestellten Käse unter dem Zeichen "S [REDACTED] J [REDACTED]" in den Verkehr bringt, verfahrensrechtlich unangefochten. Diese Feststellung reicht aber aus, um die Sachbefugnis der Klägerin hinsichtlich des Warenzeichens "S [REDACTED] J [REDACTED]" zu begründen. Denn es ist nicht erforderlich, daß die Klägerin zur Erhaltung ihrer Warenzeichen einen eigenen Herstellungsbetrieb eröffnet; sie kann ihren Geschäftsbetrieb auch in der Form eines reinen Vertriebsunternehmens fortsetzen und alsdann die für sie eingetragenen Warenzeichen als Handelsmarken weiterführen.

Schließlich würde auch selbst dann, wenn es der Klägerin bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht überhaupt noch nicht gelungen wäre, einen eigenen Geschäftsbetrieb - als Herstellungs- und/oder Vertriebsunternehmen - zu errichten, schwerlich ein endgültiger Verlust der für sie eingetragenen Warenzeichen anzunehmen sein. Mit Recht sind die Parteien bei Abschluß des Vertrages vom 31. März 1952 davon ausgegangen, daß ein Verlust der Zeichen zu befürchten sei, wenn es nicht gelingen würde, in absehbarer Zeit einen dem § 1 WZG entsprechenden Geschäftsbetrieb zu errichten. Sie glaubten, dieser Gefahr dadurch

wirksam begegnen zu können, daß der Beklagte gemäß § 4 des Vertrages die Fabrikation spätestens bis zum 30. September 1953 aufnahm. Demgemäß hat auch das Berufungsgericht angenommen, daß der Klägerin nach Wiederherstellung ihrer Handlungsfähigkeit und nach Abschluß des Vertrages mit dem Beklagten zur Erhaltung ihrer Rechte aus § 15 WZG nur noch eine "Anlaufrfrist" habe gewährt werden können, um die Voraussetzungen des § 1 WZG wieder zu erfüllen, und daß sich diese Anlaufrfrist im Frühjahr 1954 ihrem Ende zugeneigt habe (BU S 15). Was als angemessene Frist für die Wiedererrichtung eines Geschäftsbetriebes anzusehen ist, hängt aber ganz von den Umständen des Einzelfalles ab. Berücksichtigt man die besonderen Schwierigkeiten, mit denen die genossenschaftlich organisierte Klägerin nach ihrer Vertreibung aus Pommern beim Wiederaufbau eines Geschäftsbetriebes in Westdeutschland zu kämpfen hatte, so spricht jedenfalls sehr viel dafür, daß die Klägerin, die unablässig um die Wiedererrichtung eines Geschäftsbetriebes bemüht war, die Chance, auf diese Weise ihre Warenzeichen zu erhalten, auch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht verloren hatte.

II. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausgeführt hat, hat der Beklagte die Zeichenrechte der Klägerin dadurch verletzt, daß er Camembert, der in der Käserei H [REDACTED] hergestellt worden war, in der Zeit von Dezember 1953 bis April 1954 unter dem Zeichen "S [REDACTED] J [REDACTED]" in den Verkehr brachte.

Ein Unterlassungsanspruch aus § 24 WZG (oder auch aus § 3 UnlWG) wäre ausgeschlossen, wenn die Klägerin dem Beklagten eine Befugnis zum Gebrauch ihrer Zeichen vertraglich eingeräumt hätte. Es kommt also darauf an, ob der Vertrag vom 31. März 1952 aufgelöst worden ist.

Das Berufungsgericht wertet diesen Vertrag als gesellschaftsartiges Rechtsverhältnis und erblickt den Sinn und Zweck der Vereinbarung darin, daß einmal der Klägerin ihre Warenzeichenrechte im Gebiet der Bundesrepublik und in Westberlin erhalten werden sollten und daß zum anderen auch die wirtschaftliche Ausnutzung durch den Beklagten bei angemessener Beteiligung der Klägerin ermöglicht wurde. Daß die Parteien dieses Ziel gemeinsam hätten erreichen wollen, ergebe sich aus dem Inhalt der Bestimmungen des Vertrages selbst, aus der Präambel des Vorvertrages vom 17. September 1951 und den Umständen, unter denen die Parteien den Vertrag abgeschlossen hätten. Das Berufungsgericht meint, die Erhaltung der Zeichen der Klägerin sei u. a. davon abhängig gewesen, daß "in einem Geschäftsbetrieb der Klägerin hergestellte Molkereiprodukte unter ihren Warenzeichen alsbald in den Verkehr gebracht wurden" (EU S 13/14). Dies ist insofern mißverständlich, als der Beklagte nach dem Vertrag vom 31. März 1952 das Recht und auch die Pflicht hatte, die früheren Erzeugnisse der Klägerin "in eigenen oder gepachteten Molkereibetrieben" herzustellen (§ 1), das Personal der Klägerin nach Möglichkeit "in seinen Betriebsstätten" wieder zu verwenden (§ 3); auch war der Beklagte während der Dauer des Vertrages berechtigt, "die Warenzeichen der Klägerin für die Zwecke seines Geschäftsbetriebes auf seinen Namen oder aber auf den Namen der Firma seines Geschäftsbetriebes eintragen zu lassen" (§ 7). Die Erfüllung des Vertrages sollte also nicht zur Errichtung eines eigenen Herstellungsbetriebes der Klägerin, sondern eines Herstellungsbetriebes des Beklagten führen. Dies ändert aber nichts daran, daß das Berufungsgericht den Vertrag ohne Rechtsirrtum als gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis gewürdigt hat, das, abgesehen von der vertraglichen Bestimmung des § 4, unter den Voraussetzungen der §§ 723, 726 BGB aufgelöst werden konnte. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Vertrag "aus jedem dieser Rechtsgründe aufgelöst worden" (EU S 14).

Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß dem Beklagten die Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten unmöglich geworden sei (§ 723 Abs 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB); denn er sei im Dezember 1953 nicht mehr in der Lage gewesen, einen den Erfordernissen der §§ 1 bis 4 des Vertrages und des § 1 WZG entsprechenden Geschäftsbetrieb einzurichten und dort hergestellte Molkereiprodukte in den Verkehr zu bringen. Damit sei unter den gegebenen Umständen gleichzeitig die Erreichung des gemeinsamen Vertragszwecks unmöglich geworden (§ 726 BGB) und die in § 4 des Vertrages für diesen Fall vorgesehene auflösende Bedingung eingetreten (§ 158 Abs 2 BGB). Das Berufungsgericht hat dabei dahingestellt gelassen, ob der Vertrag infolge Eintritts der auflösenden Bedingung gemäß § 4 des Vertrages oder wegen Unmöglichkeit der Erreichung des Vertragszweckes nach §. 726 BGB von selbst erloschen war oder erst durch Kündigung aus wichtigem Grunde wegen des Unvermögens des Beklagten zur Erfüllung wesentlicher Vertragspflichten nach § 723 BGB aufgelöst wurde. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der durch den Ablauf der Ereignisse herbeigeführte tatsächliche Zustand auch so, wie er sich nach dem Vortrag des Beklagten darstelle, unter jedem dieser rechtlichen Gesichtspunkte zur Auflösung des Vertrages geführt habe (BU S 14/15).

Zu den wesentlichen Vertragspflichten des Beklagten gehörte die Verpflichtung, binnen 18 Monaten, d. h. bis zum 30. September 1953, die Herstellung der früheren Erzeugnisse der Klägerin in einem eigenen oder einem gepachteten Molkereibetrieb aufzunehmen (§§ 1, 4). Nach Ansicht der Vertragsparteien war diese der wirtschaftlichen Auswertung dienende Maßnahme gleichzeitig zur Erhaltung der Altwarenzeichen der Klägerin ausreichend und auch erforderlich. Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob der Vertrag, der u. a. die Errichtung eines Geschäftsbetriebes des Beklagten zum Gegenstand hatte, überhaupt geeignet war, die Warenzeichen der Klägerin auf die Dauer zu erhalten, und ob dieses Ziel nicht auf andere Weise,

etwa durch Errichtung eines reinen Vertriebsunternehmens der Klägerin, - wenn diese schon nicht Herstellerin sein konnte oder wollte -, zu erreichen gewesen wäre. Denn in jedem Fall waren auf Grund der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Voraussetzungen für eine Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund gegeben. Dabei war für die Beurteilung davon auszugehen, welcher Art die Leistung war, die der Beklagte nach den Vorstellungen der Parteien zu erbringen hatte. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, was unter Herstellung der früheren Erzeugnisse der Klägerin durch den Beklagten "in eigenen oder gepachteten Molkereibetrieben" (§ 1 des Vertrages) zu verstehen war. Hierbei handelt es sich um die Auslegung eines Individualvertrages. Das gleiche gilt für den zwischen dem Beklagten und der Molkereigenossenschaft H. [REDACTED] geschlossenen Vertrag vom 23. November 1953. Wenn daher das Berufungsgericht diesen Vertrag nicht als "Pachtung" eines Molkereibetriebes im Sinne des Vertrages vom 31. März 1952 angesehen hat, so hat es damit eine im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Feststellung getroffen, die auf der Auslegung zweier Individualverträge beruht und insoweit nur im beschränkten Umfang durch das Revisionsgericht nachprüfbar ist. Ob auch objektiv die von den Parteien gewollte Regelung dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Warenzeichen in hinreichendem Maße Rechnung trug, muß außer Betracht bleiben. Es genügt, daß die Parteien die von ihnen getroffene Vereinbarung als zur Erreichung dieses Zieles genügend angesehen haben. Der rechtliche Gesichtspunkt, unter dem das Berufungsgericht den Vertragsinhalt ausgedeutet hat, ist daher nicht zu beanstanden. Nach der rechtsfehlerfreien Annahme des Berufungsgerichts stand im Dezember 1953 endgültig fest, daß der Beklagte, der bis dahin seine Vertragspflicht nicht erfüllt hatte, auch in Zukunft, spätestens bis Sommer 1954, nicht in der Lage sein würde, einen den Bedingungen des Vertrages entsprechenden Herstellungsbetrieb zu errichten. Daher ist der

Vertrag auf jeden Fall durch die fristlose Kündigung vom 10. Dezember 1953 aufgelöst worden.

Der Ende 1952 in W [REDACTED] eingerichtete Betrieb war bereits nach kurzer Zeit wieder eingestellt worden. Auch mit der Errichtung des Betriebes in V [REDACTED] war der Vertrag noch nicht erfüllt. Denn auch in diesem Betrieb hat der Beklagte nach wenigen Wochen die Herstellungstätigkeit eingestellt; dort hergestellte Erzeugnisse sind gar nicht in den Verkehr gekommen. Die damals allein in Betracht kommende Herstellung von Camembert-Käse sollte in dem Molkereibetrieb H [REDACTED] vorgenommen werden. Dieses Unternehmen war aber nach dem vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß festgestellten Inhalt des Vertrages vom 23. November 1953 nicht geeignet, den Vertrag der Parteien vom 31. März 1952 zu erfüllen. Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht auch nicht zu prüfen, worauf die Einstellung der vom Beklagten begonnenen Betriebe in Wabern und V [REDACTED] zurückzuführen war und ob der Kläger die Absicht hatte, V [REDACTED] in großem Stil auszubauen. Da die in H [REDACTED] dem Beklagten gegebenen Herstellungsmöglichkeiten für sich allein zur Erfüllung der wesentlichen Vertragspflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin nicht genügten, hat das Berufungsgericht noch geprüft, ob der Beklagte willens und in der Lage war, bis Mitte 1954 einen den Bedingungen des Vertrages vom 31. März 1952 entsprechenden neuen Betrieb zu errichten. Das Berufungsgericht hat auch diese Frage auf Grund einer tatsächlichen Würdigung des vom Beklagten vorgetragenen Sachverhalts verneint und festgestellt, daß der Beklagte nicht die Absicht gehabt habe, einen neuen Betrieb zu schaffen, da er sein Herzebrocker Unternehmen fälschlicherweise für eine ausreichende Vertragserfüllung gehalten habe, und daß er außerdem im Hinblick auf seine Schuldenlast und seine geminderte Kreditwürdigkeit auch gar nicht mehr in der Lage gewesen sei, noch binnen angemessener Frist

- spätestens bis Mitte 1954 - einen dem Vertrag vom 31. März 1952 entsprechenden Betrieb zu errichten. Für die Kündigung aus § 723 Abs 1 Satz 2, 2. Halbsatz BGB genügt den Umständen nach auch ein unverschuldetes Unvermögen des Beklagten. Das Berufungsgericht brauchte deshalb auch nicht mehr zu prüfen, worauf die Einstellung der vom Beklagten begonnenen Betriebe in W [REDACTED] und V [REDACTED] zurückzuführen war. Es kann dabei auch unterstellt werden, daß er an sich, wie er behauptet, die Absicht hatte, V [REDACTED] in großem Stil auszubauen. Für die Berechtigung der Klägerin zur Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grunde bleibt entscheidend, daß er nach dem im Dezember 1953 gegebenen Sachverhalt hierzu jedenfalls in absehbarer und angemessener Zeit nicht in der Lage war. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht auch nicht mehr zu prüfen, inwieweit das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erschüttert war, durch welche Ereignisse die Zerrüttung herbeigeführt worden ist und wer dies letztlich zu vertreten hat.

Das Berufungsgericht hat schließlich noch erörtert, ob sich eine Pflicht der Klägerin zum weiteren Festhalten am Vertrag mit dem Beklagten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertigen lasse (§ 242 BGB). Auch diese Frage hat das Berufungsgericht unter Würdigung des tatsächlichen Vorbringens des Beklagten verneint.

III. Gegen diese Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht wendet sich die Revision mit einer Reihe von Rügen.

1. Die Revision bestreitet der Klägerin das Recht zur Kündigung des Vertrages mit der Begründung, die Klägerin sei selbst vertragsuntreu gewesen, da sie dem Beklagten nicht die ihre früheren Erzeugnisse betreffenden Fabrikationsmethoden, insbesondere auch nicht das Geheimrezept zur Verfügung gestellt

habe, von dem in der Präambel und in § 2 des Vorvertrages vom 17. September 1951 die Rede sei (vgl auch § 2 des Vertrages vom 31. März 1952). Der Beklagte hat diese angebliche Vertragsverletzung der Klägerin erstmalig im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemacht. Sein diesbezügliches Vorbringen hat das Berufungsgericht zu Recht als nicht entscheidungserheblich behandelt. Um den Vertrag zu erfüllen, brauchte der Beklagte, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausführt, nur Käse von Spitzenqualität aus besonders gezüchteten Schimmelstämmen herzustellen. Die dazu erforderlichen Fachleute standen ihm zur Verfügung. Die Schimmelstämme hatte er in Auftrag gegeben. Nach seinen eigenen Angaben war der Betrieb in V [REDACTED], selbst in seiner provisorischen Form, zur Herstellung von erstklassigem Käse geeignet. Der Beklagte hat aus dem Umstand, daß das ihm von Direktor R [REDACTED] übergebene "Rezept" (Anl 5 zu Bl 54 der Akten 16 Q 66/54) eine völlig wertlose, allgemeine Beschreibung der Camembert-Herstellung gewesen sei, keinerlei Rechte hergeleitet. Die das Geheimrezept betreffenden Bestimmungen des Vorvertrages vom 17. September 1951 waren durch den Vertrag vom 31. März 1952 gegenstandslos geworden (§ 13). Der Beklagte hat auch niemals geltend gemacht, daß ihm die Aufnahme der Produktion nur deshalb nicht möglich gewesen sei, weil ihm die Klägerin noch nicht ihre Fabrikationsmethoden (§ 2 des Vertrages vom 31. März 1952) mitgeteilt habe. Sein eigenes Verhalten bei Einrichtung der Betriebe in W [REDACTED] und V [REDACTED] und auch bei Aufnahme der Herstellung von Camembert-Käse in H [REDACTED] hat vielmehr gezeigt, daß er durch die ihm zur Verfügung stehenden Fachleute hinreichend darüber unterrichtet war, in welcher Weise ein Qualitätskäse als "S [REDACTED] J [REDACTED]" mit möglichst den alten Geschmacks- und Geruchseigenschaften unter den neuen, veränderten Bedingungen herzustellen war. Die Revision kann deshalb auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Frist von 18 Monaten gemäß § 4 des Vertrages hätte erst beginnen können,

wenn die Klägerin dem Beklagten gemäß § 2 die Fabrikationsmethoden zur Verfügung gestellt hätte. Der Beklagte hat durch sein ganzes Verhalten vielmehr eindeutig anerkannt, daß er bis zum 30. September 1953 zur Aufnahme der Fabrikation verpflichtet und hieran auch keineswegs durch vertragsuntreues Verhalten der Klägerin verhindert war. Bei dieser Sachlage kann er sich gegenüber der Kündigung der Klägerin nicht mit Erfolg auf deren angebliche Vertragsuntreue berufen.

2. Es kann ohne weiteres unterstellt werden, daß die Produktion in dem vom Beklagten Ende 1952 in Wabern eingerichteten Betrieb zu Anfang des Jahres 1953 nur deshalb nicht fortgesetzt werden konnte, weil das Landesernährungsamt und die Bauernverbände den Beklagten in rechtswidriger Weise boykottiert haben. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, daß dieser an sich zur Vertragserfüllung geeignete Betrieb ohne Verschulden des Beklagten hat eingestellt werden müssen. Es kann auch davon ausgegangen werden, daß die zeitweilige rechtswidrige Verhinderung der Einrichtung eines neuen Geschäftsbetriebes noch nicht zum Erlöschen der Altwarenzeichen der Klägerin führen konnte. Wenn das Berufungsgericht, obwohl der Betrieb in W [REDACTED] bereits Anfang 1953 zum Erliegen gekommen war und der Beklagte sich - zusammen mit dem Ersten Vorsitzenden der Klägerin - bereits seit März 1953 um einen neuen Molkereibetrieb bemühte, noch eine weitere Frist zur Erfüllung des Vertrages bis Mitte 1954 für angemessen gehalten hat, so muß eine solche Fristverlängerung auf jeden Fall im Hinblick auf die berechtigten Interessen beider Parteien als ausreichend bezeichnet werden. Der Auffassung der Revision, wegen der unzulässigen Boykottmaßnahmen in W [REDACTED] habe die Frist zur Errichtung eines neuen Geschäftsbetriebes auch im Sommer 1954 noch nicht ablaufen können, kann nicht gefolgt werden. Der Beklagte selbst ist trotz der in W [REDACTED] entstandenen Behinderung stets der Auffassung gewesen, daß er spätestens bis zum 30. September 1953

einen neuen Betrieb zu errichten habe. Das zeigen insbesondere seine anfänglichen Bemühungen um die Errichtung eines neuen Betriebes in V [REDACTED].

3. Nachdem sich das Unvermögen des Beklagten, den Vertrag zu erfüllen, herausgestellt hatte, mußte die Klägerin andere Wege zur Errichtung eines neuen Geschäftsbetriebes suchen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts war sie nicht gehalten, nunmehr einen Vertrag mit dem früheren Geldgeber W [REDACTED] des Beklagten abzuschließen. Hierzu führt das Berufungsgericht aus, die von W [REDACTED] Ende Dezember 1953 vorgeschlagene Lösung, die von der allseitig eingestandenen Unfähigkeit des Beklagten, den Vertrag noch zu erfüllen, und von der feststehenden Unmöglichkeit, die Erhaltung der Warenzeichenrechte der Klägerin mit Hilfe des Beklagten zu erreichen, ausgegangen sei, sei nur ein Weg gewesen, ohne den Beklagten die Warenzeichen der Klägerin zu erhalten, nicht aber eine Möglichkeit, den Vertrag noch zu erfüllen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe bei dieser Feststellung wesentliches Parteivorbringen außer Acht gelassen (Schriftsatz vom 27. April 1955 S 2/3), ist nicht gerechtfertigt. Weder aus dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. H [REDACTED] vom 30. Oktober 1953 noch aus seinem Schreiben vom 3. Dezember 1953 konnte die Klägerin entnehmen, daß die Firma W [REDACTED] bereit gewesen wäre, dem Beklagten weitere Kredite zu gewähren, um ihn in den Stand zu setzen, den Vertrag vom 31. März 1952 zu erfüllen. In dem letzteren Schreiben schlägt die Firma W [REDACTED] vielmehr ausdrücklich vor, gemeinsam mit der Klägerin eine Betriebsstätte zu pachten, wobei "alleiniger Pächter die Genossenschaft" werden sollte. Der Beklagte wird also nicht mehr als Inhaber oder Pächter einer neuen Betriebsstätte erwähnt. Bei dieser Sachlage bestand für das Berufungsgericht kein begründeter Anlaß, die von dem Beklagten im Schriftsatz vom 27. April 1955 (S 2-3) angebotenen Beweise zu erheben.

Wie das Berufungsgericht weiter ausführt, verstieß es auch nicht gegen Treu und Glauben, daß die Klägerin, statt mit der Firma W [REDACTED] einen Vertrag zu schließen, mit einem ihrer früheren Prozeßgegner, der Firma S [REDACTED], im Warenzeichenverletzungsstreit einen Vergleich abschloß und Abmachungen traf, die ihr nunmehr die Möglichkeit gaben, binnen kürzester Frist einen dem § 1 WZG entsprechenden Geschäftsbetrieb einzurichten. Die Klägerin mußte darauf bedacht sein, so schnell wie möglich einen geeigneten Geschäftsbetrieb - als Herstellungs- und/oder Vertriebsunternehmen - zur Erhaltung ihrer Schutzrechte einzurichten. Es könne ihr deshalb, so führt das Berufungsgericht aus, auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie das erste Angebot, das sie für aussichtsreich und sicher gehalten, angenommen habe. Dabei könne es auch nicht zu ihrem Nachteil ausgelegt werden, daß das Angebot ihres neuen Partners für sie günstigere Bedingungen als der Vertrag mit dem Beklagten enthalten habe. Denn die Verhandlungsbereitschaft der Klägerin sei die Folge des Unvermögens des Beklagten, nicht aber dessen Ursache (BU S 28). Diese Darlegungen lassen einen Rechtsfehler nicht zu Tage treten. An der Beurteilung des Berufungsgerichts kann entgegen der Auffassung der Revision auch der Umstand nichts ändern, daß der Beklagte das Kostenrisiko des gegen die Firma S [REDACTED] geführten Rechtsstreits hatte tragen müssen und einen Teil der Kosten bereits bezahlt hatte.

4. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe bei der Feststellung, daß der Beklagte den Betrieb in Volpriehausen nach wenigen Wochen aufgegeben habe und daß dieser Betrieb kurze Zeit nach der Produktionseinstellung aufgelöst worden sei (BU S 16), wesentliches Tatsachenvorbringen nicht berücksichtigt.

Auch diese Rüge ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Berufungsgericht diese Feststellung als unstreitig angesehen (BU S 4/5) und die hiergegen gerichteten Anträge auf Berichtigung des Tatbestandes (Schriftsatz vom 1. August 1955 S 3 f unter Nr 6 und 7) zurückgewiesen hat. In dem Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 31. Oktober 1953 (Anl 8 zu Bl 11 der Akten 16 Q 12.54) heißt es überdies wörtlich: "Nach mehrstündigen Aussprachen mit meinen Beratern bin ich nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gelangt, nur in H [REDACTED] "S [REDACTED] J [REDACTED]" herzustellen". Der Beklagte teilt der Klägerin dann weiter mit, er habe "bis in die Nachtstunden hinein mit dem Betriebsleiter der Molkereigenossenschaft, Herrn St [REDACTED], verhandelt und vereinbart, daß Herr G [REDACTED] und Herr B [REDACTED] in der Käserei H [REDACTED] arbeiten". Soweit das Berufungsgericht im Tatbestand (BU S 5) und in den Entscheidungsgründen (BU S 16, 22) von "Aufgabe" oder "Einstellung" des Betriebes oder der Tätigkeit und der Produktion in diesem Betriebe spricht, steht dies sinngemäß und dem Zusammenhang nach durchaus im Einklang mit dem genannten Schreiben. Entscheidend bleibt die Feststellung, daß der Beklagte in V [REDACTED] keine "S [REDACTED] J [REDACTED]" hergestellt hat und in angemessener Zeit auch nicht herstellen konnte. Angesichts dieser tatbestandsmäßigen Feststellungen kann die Revision auch nicht mit Erfolg rügen, das Berufungsgericht habe für seine Feststellungen in unzulässiger Weise die Aussage des Käsemeisters G [REDACTED] benutzt. Im übrigen kann ohne weiteres unterstellt werden, daß der Beklagte auch noch nach Einstellung der Produktion zunächst weiter die Absicht gehabt hat, den Betrieb in V [REDACTED] aufrechtzuerhalten und weiter auszubauen (BU S 16 unten). Für die Berechtigung der Kündigung bleibt entscheidend, daß er hierzu jedenfalls im Dezember 1953 nicht mehr in der Lage war. Die Gründe, auf welche die Auflösung des Betriebes in

V [REDACTED] zurückzuführen war, sind vom Berufungsgericht zu Recht als entscheidungsunerheblich angesehen worden (BU S 16 unten). Die Revision kann also, soweit sie hinsichtlich der die Auflösung des Betriebes in V [REDACTED] getroffenen Feststellungen (BU S 22/23) Verletzung des § 286 ZPO rügt, keinen Erfolg haben.

5. Zur Begründung seiner Ansicht, der vom Beklagten mit der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] geschlossene Vertrag vom 23. November 1953 könne nicht als Pacht des dortigen Käsereibetriebes angesehen werden, führt das Berufungsgericht aus, nach dieser Vereinbarung seien dem Beklagten weder die Räume noch der Betrieb mit Einrichtung als Ganzes überlassen worden, vielmehr sei dort lediglich Camembert-Käse auf seinen Auftrag und nach seiner Anweisung hergestellt und an ihn gegen einen Stückpreis Zug um Zug abgegeben worden. Der Betrieb selbst sei völlig in den Händen der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] geblieben, die daneben noch die gleichen Käsesorten für ihre eigenen Zwecke erzeugt habe. Die Beziehungen des Beklagten zu der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] könnten bestenfalls als Dauerwerklieferungsverhältnis angesprochen werden. An dieser rechtlichen Beurteilung ändere es nichts, daß für den im Auftrag des Beklagten ab 1. Dezember 1953 hergestellten Käse eine von ihm angestellte Fachkraft zur Überwachung eingesetzt gewesen sei.

Soweit das Berufungsgericht Feststellungen zum Inhalt des Vertrages vom 23. November 1953 getroffen hat, handelt es sich um die Auslegung eines Individualvertrages. Diese Auslegung läßt keinen Rechtsverstoß erkennen. Es ist danach auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht diesen Vertrag nicht als Pacht eines Molkereibetriebes im Sinne des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages vom 31. März 1952 auffaßt. Der Vertrag mit der Molkereigenossenschaft

H [REDACTED] hat weder eine Raumpacht noch die vollständige oder teilweise Pachtung eines Unternehmens oder Betriebes zum Gegenstand. Auch die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Vergütungsvereinbarung sind rechtsfehlerfrei. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe hierbei den § 2 des Vertrages nicht beachtet, ist nicht gerechtfertigt. Aus § 3 des Vertrages ergibt sich, daß für den Camembert-Käse, der in der Molkerei E [REDACTED] für den Beklagten herzustellen war, ein Stückpreis, und zwar die Hamburger Notierung für Spitzenqualität abzüglich 2,3 Pfg. zu zahlen war. Auf diesen Preis waren der vom Beklagten für die Lieferung der Milch zu zahlende Preis und die Entlohnung der ihm von der Molkerei H [REDACTED] [REDACTED] zur Verfügung gestellten Fachkräfte (§ 2) anzurechnen. Es trifft deshalb auch nicht zu, daß das Berufungsgericht die Preisvereinbarung auf S 5 des Tatbestandes unrichtig wiedergegeben habe, wie die Revision meint. Ob das Vertragsverhältnis zwischen dem Beklagten und der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] rechtlich "bestenfalls als Dauer-Werklieferungsverhältnis anzusprechen ist", wie das Berufungsgericht meint, kann dahingestellt bleiben. Es bedarf keiner Prüfung, welchem typischen Rechtsverhältnis dieser Individualvertrag mehr oder weniger entspricht. Für das Revisionsgericht bleibt die ohne Rechtsverstoß vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung jedenfalls insoweit bindend, als dieser Vertrag seiner inhaltlichen Gestaltung nach jedenfalls nicht als "Pachtvertrag" im Sinne des - gleichfalls vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ausgelegten - Vertrages vom 31. März 1952 zu werten ist.

Für die Frage, ob es sich bei der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] um einen "gepachteten" Molkereibetrieb gehandelt hat, kommt es nicht darauf an, ob die Klägerin "rechtliche oder tatsächliche Einflußmöglichkeiten" auf diesen Betrieb hatte. Es kann unterstellt werden, daß der Beklagte auf Grund seines Vertrages mit der Molkereigenossenschaft H [REDACTED] in der Lage gewesen wäre, die in § 10 des Vertrages vom 31. März 1953 festgelegten Pflichten (Offenlegung der Ge-

schäftsbücher, Auskunftserteilung) der Klägerin gegenüber zu erfüllen. Hierdurch wird die rechtsfehlerfreie Feststellung des Berufungsgerichts, es liege keine Pacht im Sinne des Vertrages vom 31. März 1952 vor, aber nicht berührt.

Die Revision versucht weiter darzulegen, daß die Klägerin den Betrieb in H [REDACTED] als Vertragserfüllung genehmigt habe. Diese Ausführungen setzen sich mit den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts in Widerspruch (BU S 18/19) und sind deshalb unbeachtlich. Die in der Vorstands- und Aufsichtsratssitzung der Klägerin vom 3. Oktober 1953 beschlossene Genehmigung bezog sich festgestelltermaßen auf den Vertrieb von Käse aus der H [REDACTED] Produktion neben der in V [REDACTED] vom Beklagten begonnenen Erzeugung bis zum endgültigen Aufbau des dortigen Betriebes (BU S 18). Diese Genehmigung wurde mit Einstellung der Käseerzeugung in V [REDACTED] [REDACTED] gegenstandslos. Hierüber konnte der Beklagte nach dem Schreiben der Klägerin vom 4. November 1953 (Anl 9 zu B1 11 der Akten 16 Q 12.54) auch nicht mehr im Zweifel sein. Auch aus den Besprechungen, die der Erste Vorsitzende des Vorstands der Klägerin am 28. November 1953, um sich zu informieren, mit Vorstandsmitgliedern der Molkerei H [REDACTED] geführt hat, kann der Beklagte keine "Genehmigung" des Vertrages vom 23. November 1953 im Sinne einer Erfüllung des Vertrages vom 31. März 1952 herleiten. Das Gleiche gilt, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei dargelegt hat, auch für den Generalversammlungsbeschluß vom 14. Februar 1953 (Anl 18 zu B1 54 der Akten 16 Q 66.54; BU S 19). Da der Vertrag vom 23. November 1953 für sich allein den Bedingungen des Vertrages vom 31. März 1952 nicht entsprach, hat sich die Klägerin, wie das Kündigungsschreiben vom 10. Dezember 1953 ergibt, mit Recht geweigert, den H [REDACTED] Betrieb als Vertragserfüllung anzuerkennen.

6. Im unstreitigen Teil des Tatbestands ist festgestellt, daß der Beklagte bei einem Bakteriologen die Gewinnung besonderer Schimmelpilze in Auftrag gegeben habe, die jedoch nie abgerufen worden seien (BU S 4, auch S 17). An diese tatbestandliche Feststellung ist das Revisionsgericht gebunden. Das Berufungsgericht hat insoweit auch eine Tatbestandsberichtigung abgelehnt. Die hierzu aus § 139 ZPO erhobene Rüge der Revision ist nicht gerechtfertigt. Im übrigen kann es auch nach den Ausführungen des Berufungsgerichts auf diesen Umstand für die Feststellung des Unvermögens des Beklagten, den Vertrag vom 31. März 1952 zu erfüllen, nicht entscheidend ankommen (BU S 17).

7. Da der Abschluß des Vertrages vom 23. November 1953 zwischen dem Beklagten und der Molkereigenossenschaft H. [REDACTED] [REDACTED] seinem Inhalt nach keine Erfüllung des Vertrages vom 31. März 1952 darstellt, ist es auch nicht entscheidungserheblich, ob die Molkereigenossenschaft H. [REDACTED] die in § 5 dieses Vertrages vorgesehene Kautionsversicherung "mit Stillschweigen übergangen" hat und ob der Beklagte an sich in der Lage war, den Vertrag vom 23. November 1953 zu erfüllen. Auf die insoweit auf § 286 ZPO gestützte Rüge kann es also nicht ankommen.

Nach alledem war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wilde Birnbach Bock
Krüger-Nieland Christoph