

067
I ZR 38/61

Verkündet
am 30. November 1962
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1.

2.

3.

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr.

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. November 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der
Bundesrichter Pehle, Dr. Spengler, Ebel und Claßen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 13. Januar 1961 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin der am 1. Oktober 1948 angemeldet, am 15. März 1956 bekanntgemachten Patentanmeldung p 14174 VI/5c D betreffend Rinnenprofile von kongruentem Querschnitt für den Grubenausbau. Der Beklagte zu 3) ist Inhaber des DBP 962 879 betreffend rinnenförmige Formeisen mit kongruentem Profil für den Grubenausbau, welches in Deutschland am 1. Januar 1949 unter Inanspruchnahme der Schweizer Priorität vom 3. Mai 1948 angemeldet worden ist.

Hinsichtlich dieser Anmeldung hatte die Klägerin gegen den Beklagten, der bis Ende 1947 ihr Arbeitnehmer gewesen war, den Vorwurf der widerrechtlichen Entnahme erhoben. Nach Verhandlungen wurde zwischen der Klägerin einerseits und den Beklagten zu 1) und 3) sowie zwei am Rechtsstreit unbeteiligten Firmen andererseits ein Abgrenzungsvertrag vom 7. November 1956 geschlossen, auf Grund dessen der Klägerin eine Lizenzabgabe von den durch die Vertragsgegner abgesetzten Glockenprofilen zugebilligt wurde (§§ 4, 5). Im übrigen enthält der Vertrag nachstehende, für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits maßgeblichen Bestimmungen:

§ 3

- a) Die Vertragsgegner dürfen aus ihren Schutzrechten, insbesondere aus dem heutigen DBP 962 879 keine Rechte geltend machen, soweit die Klägerin, ihre Rechtsnachfolger oder Lizenznehmer im In- oder Ausland "Einprofile für beliebige Verwendungszwecke herstellen und/oder liefern, bei welchen sich die ineinandergelegten Profile nach Verspannung nur mit den Stegen und Flanschen (Halbgurtungen) aufeinander abstützen, auch wenn sich die Profile bei durch Belastungen eintretender bleibender Verformung zusätzlich mit den Böden berühren.



- b) Eisenhütte (= die Klägerin) ist nicht berechtigt, gegenüber den übrigen Vertragsschließenden sowie gegenüber den Rechtsnachfolgern oder Lizenznehmern dieser Personen irgendwelche Rechte geltend zu machen, soweit diese Personen Glockenprofile für beliebige Verwendungszwecke im In- und Ausland herstellen und/oder liefern, wobei für das Ausland die Beschränkung des § 7 gilt. Unter Glockenprofilen werden dabei durch höhere Hüllkurven gekennzeichnete Einprofile verstanden, bei denen die sich ineinanderlegenden Profile bei ihrer Verspannung außer mit ihren Stegen sich nur mit ihren Böden unter Reibungsschluß berühren.
- c) ...
- d) ...
- e) Eisenhütte ist nicht gehindert, ihre Profile mit gewölbten Böden auszustatten, jedoch verpflichten sich die Vertragsschließenden, die äußere Form ihrer Profile nicht in einer Weise zu verändern, daß sie mit den z.Zt. gelieferten Profilen der anderen Partei verwechselt werden können."

Seit 1958 liefert die Klägerin ihren Abnehmern das "TH-Profil 58", dessen Verwendung sie als durch § 3 a) und e) des Vertrages vom 7. November 1956 gedeckt ansieht. Die Beklagten vertreten den Standpunkt, das TH-Profil 58 der Klägerin sei eine Verletzung ihrer Patentrechte und des Vertrages und haben Kunden der Klägerin dementsprechend verwarnt. Nach erfolgloser Abmahnung hat die Klägerin Klage mit Anträgen auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht erhoben.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie vertreten den Standpunkt, der Klägerin sei durch den Vertrag vom 7. November 1956 nur die Verwendung von Kastenprofilen, nicht von Glockenprofilen gestattet. Das TH-Profil 58 stelle in der technischen Funktion wie im Aussehen ein Glockenprofil dar und verletze daher ihr

DBP 962 879 sowie § 3 e) des Vertrages. Die Beklagten zu 2) und 3) haben Widerklage mit folgenden Anträgen erhoben:

I. die Klägerin zu verurteilen,

1. es bei Meidung von Strafen zu unterlassen, ringförmige Profileisen für mehrteilige Ausbaurahmen, insbesondere für den Gruben- und Tunnelbau, die kongruentes Profil haben und mit solchem Verhältnis der Stärke ihrer Gurtungen zu derjenigen der Flanschen ausgeführt sind, daß sie in beliebiger Anordnung und Reihenfolge ineinanderlegbar und dann unter flächigem Reibungsschluß miteinander verspannbar sind, gewerbsmäßig herzustellen, feilzuhalten oder in Verkehr zu bringen, wenn der Querschnitt dieser sogenannten Einprofile im Bereich der Flanschen (Stego) durch höhere Hüllkurven, z.B. parabelförmige Konturen, gekennzeichnet ist,
2. unter Angabe der Abnehmer sowie der Liefermengen, -zeiten und -preise Rechnung zu legen über die Zuwiderhandlungen, die sie gegen die zu I, 1 gekennzeichnete Unterlassungsverpflichtung begangen hat;

II. festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, den Beklagten zu 2) und 3) allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch Zuwiderhandlung gegen die zu I, 1 gekennzeichnete Unterlassungsverpflichtung entstanden ist und noch entsteht.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage beantragt. Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt,

1. es bei Meidung von Strafen zu unterlassen, die Behauptung aufzustellen oder zu verbreiten, daß gegen den Gebrauch des TH-Profiles 58 der Klägerin patentrechtliche Bedenken bestünden;
2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagten Warnungen der zu I, 1 bezeichneten Art ausgesprochen haben, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses, in dem die Adressaten und die Zeitpunkte aufgeführt sind.

Ferner hat das Landgericht festgestellt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die zu I, 1 bezeichneten Warnungen der Beklagten entstanden ist und noch entstehen wird, und die Widerklage abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wurde vom Oberlandesgericht in der Hauptsache zurückgewiesen. Jedoch wurde die Kostenentscheidung des Landgerichts dahin geändert, daß die Kosten der ersten und zweiten Instanz zu 2/7 den drei Beklagten als Gesamtschuldnern und zu je 5/14 den Beklagten zu 2) und 3) auferlegt worden sind. Gegen dieses Urteil des Oberlandesgerichts vom 13. Januar 1961 richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Abweisung der Klage und ihre Anträge zur Widerklage weiterverfolgen. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage:

A. Patentrechtlich würdigt das Berufungsgericht das TH-Profil 58 der Klägerin dahin, daß es gegenständlichen Gebrauch von dem Patent 962 879 mache. Anspruch 1 dieses Patents:

"Mehrteiliger Ausbaurahmen, insbesondere für den Gruben- oder Tunnelbau, bestehend aus rinnenförmigen, an den Enden ineinandergreifenden und zwischen den Gurtungen verspannten Formeisen mit nach außen gegen den Boden geneigten Flanschen und Spannvorrichtungen zum Ineinanderpressen der sich übergreifenden Formeisenenden, dadurch gekennzeichnet, daß die Formeisen kongruentes Profil haben und mit solchen Verhältnis der Stärke ihrer Gurtungen zu derjenigen der Flansche ausgeführt

sind, daß sie in beliebiger Anordnung (als Außen- oder Inneneisen an der Verbindungsstelle) gegebenenfalls unter federnder Abbiegung ihrer Flansche bis zu einer Reibungsschluß bewirkenden gegenseitigen Anlage im Bereich der Flansche und mindestens einer quer dazu verlaufenden Fläche (Gurtung) miteinander verspannbar sind",

treffe unmittelbar auf die angegriffenen TH-Profile 58 zu, welche einen Reibungsschluß im Bereich der Flansche (= Halbgurtung) und der Stege (= Flanschen) aufwiesen. Das Fehlen eines Reibungsschlusses im Bereich der Bodengurtung sei patentrechtlich unerheblich, da das Widerklagepatent nur eine Verspannbarkeit der Profile im Bereich der Stege (= Flanschen) und mindestens einer quer dazu verlaufenden Fläche (= Gurtung) voraussetze.

Die Richtigkeit dieser Auslegung des Widerklagepatents und der patentrechtlichen Einordnung des TH-Profils 58 der Klägerin ist in der Revisionsinstanz von keiner Partei angezweifelt worden.

Die rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht entspricht der eigenen Rechtsverteidigung der Klägerin, die von vornherein nicht die Verwendung des Widerklagepatents als solche in Abrede gestellt, sondern sich zur Rechtfertigung ihres angegriffenen Profils nur auf eine Gestattung des Patentinhabers berufen hatte. Einen Rechtsirrtum läßt dieser patentrechtliche Ausgangspunkt des Berufungsurteils nicht erkennen.

B. Nach der weiteren Ansicht des Berufungsgerichts können die Beklagten der Klägerin die Verwendung der TH-Profile nicht aus patentrechtlichen Gründen untersagen, weil § 3 a des Vertrages vom 17.11.1956 insoweit einen Verzicht auf die Geltendmachung patentrechtlicher Ansprüche enthalte. Die TH-Profile 58 fielen unter § 3 a des Vertrages, weil sich jeweils zwei übereinandergreifende Formweisen dieses Profils

nur mit den Stegen und Flanschen und nicht mit den Böden aufeinander abstützten. Eine Beschränkung des § 3 a auf Kastenprofile sei angesichts des völlig eindeutigen Wortlauts unmöglich. Zu den darin bezeichneten Einprofilen, "bei welchen sich die ineinander gelegten Profile nach Verspannung nur mit den Stegen und Flanschen (Halbgurtungen) aufeinander abstützten", zählten gleichermaßen Kasten- und Glockenprofile, vorausgesetzt, daß kein Reibungsschluß mit dem Boden entstehe.

Die von den Beklagten vertretene Einschränkung der in § 3 a erteilten Gebrauchsgestattung könne auch nicht durch einen Rückschluß aus § 3 b gerechtfertigt werden. Zwar seien dort den Beklagten zu 1 und 3 Herstellung und Vertrieb von Glockenprofilen zugestanden worden, jedoch unter Beschränkung auf solche durch höhere Hüllkurven gekennzeichnete Einprofile,

"bei denen die sich ineinanderlegenden Profile bei ihrer Verspannung außer mit ihren Stegen sich nur mit ihren Böden unter Reibungsschluß berühren."

Aus dieser begrenzten Gestattung folge, daß den Beklagten ausschließlich die Glockenprofile mit Bodenberührung, nicht aber sämtliche Glockenprofile erlaubt und zugleich vorbehalten sein sollten.

Den Regelungen in § 3 a und § 3 b sei nämlich - in Übereinstimmung mit der Auffassung beider Parteien - zu entnehmen, daß sich die für beide Vertragsseiten geschaffenen Benutzungsrechte gegenseitig ausschließen sollten. Die Zäsur zwischen den beiderseitigen Rechten sei aber nicht, wie die Beklagten meinen, zwischen Kasten- und Glockenprofilen zu ziehen, sondern zwischen Profilen ohne und Profilen mit reibungsschlußmäßiger Bodenberührung. Erstere seien der Klägerin und nur letztere, wie auch durch weitere Bestimmungen des Vertrages bestätigt werde, den Beklagten vorbehalten worden.

Mit Rücksicht auf diese Vertragslage seien die von den Beklagten gegenüber Abnehmern der Klägerin ausgesprochenen Patentverwarnungen objektiv zu Unrecht und subjektiv schuldhaft erfolgt. Die Klaganträge auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht seien daher unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründet.

C. Die Revision versucht, die diesen Ausführungen des Berufungsurteils zugrundeliegende Auslegung des Vertrages von 7. November 1956 mit dem Hinweis zu Fall zu bringen, es seien gesetzliche Auslegungsgrundsätze und Verfahrensvorschriften verletzt worden.

Die Revision verkennt also nicht, daß der Vertrag vom 7. November 1956, bei dem es sich um einen Lizenzvertrag besonderer Art handelt, ein Individualvertrag und als solcher der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur in engen Grenzen unterworfen ist (vgl. etwa BGHZ 28, 144 - Pansana).

1. Die Revision glaubt jedoch zunächst feststellen zu können, daß das Berufungsgericht den Auslegungstoff insofern nicht erschöpft habe, als es zur Ermittlung der Tragweite von § 3 a und b des Vertrages nicht zugleich die Präambel sowie die Bestimmung des § 3 e herangezogen habe.

Diese Verfahrensrüge aus § 286 ZPO ist nicht begründet. Augenfällig ist insbesondere, daß das Berufungsgericht bei seiner Vertragsauslegung die Präambel zum Vertrag berücksichtigt hat. Denn diese wird außer im Tatbestand auch in den Urteilsgründen, und zwar dort zweimal (BU S. 13), erwähnt. Insoweit spitzt sich also die Rüge der Revision darauf zu, daß das Berufungsgericht den aus der Präambel ersichtlichen Vergleichs-Charakter der Abgrenzung der beiderseitigen

Rechtspositionen nicht ausreichend gewürdigt habe. Mit diesem Angriff versucht die Revision jedoch vergeblich, ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des Berufungsgerichts zu setzten; es trifft nämlich nicht zu, daß aus einer Vergleichsnatur des Vertragswerks, wie die Revision annimmt, mit Denknotwendigkeit ganz bestimmte Auslegungsschlüsse gezogen werden müßten.

2. Ebenso wenig kann der Revision darin beigeplichtet werden, daß das Berufungsgericht die Bestimmung des § 3 e des Vertrages bei seiner Auslegung übersehen habe. Zwar ist diese Vertragsklausel im ersten Teil der Urteilsgründe, der der Ermittlung der patentrechtlichen Tragweite des Vertrages gewidmet ist, nicht ausdrücklich erwähnt worden. Indessen befaßt sich der zweite Teil der Urteilsgründe, in dem die Widerklage als unbegründet bezeichnet wird, sogar überwiegend mit der Auslegung des § 3 e. In diesem Zusammenhange werden auch Erwägungen angestellt, die erkennen lassen, daß dem Berufungsgericht die denkbaren Wechselbeziehungen zwischen § 3 a und 3 e nicht verborgen geblieben sind.

Es führt dort aus:

"In dieser Vertragsbestimmung (= 3 e des Vertrages) hat die Klägerin sich verpflichtet, die äußere Form ihrer Profile nicht in einer Weise zu verändern, daß sie mit den bei Vertragsabschluß gelieferten Profilen der anderen Vertragspartei verwechselt werden können. Dies bedeutet zunächst einmal nicht, daß die Klägerin ihre Profile überhaupt nicht ändern durfte. Eingangs des § 3 e wird der Klägerin sogar ausdrücklich das Recht eingeräumt, ihre Profile nicht nur innen, sondern auch außen mit gewölbten Böden auszustatten, und damit den Boden der äußeren Glockenform anzunähern. Nach den oben (Zusatz: nämlich im ersten Teil der Urteilsgründe des Berufungsgerichts) getroffenen Feststellungen durfte die Klägerin darüber hinaus für ihre eigenen Profile aber auch weitere Merkmale der Glockenform übernehmen, sofern sie sich in Rahmen des § 3 a des Vertrages hielt, nämlich keine Bodenberührung unter Reibungsschluß vornahm. Verboten waren ihr nach § 3 e des Vertrages nur solche Änderungen, die zur Verwechslung mit den damals von der Beklagten gelieferten Profilen führen konnte."

An dieser Stelle der Urteilsgründe hat das Berufungsgericht also dem Anliegen der Revision wenigstens insofern Rechnung getragen, als es das Verbot des § 3 e in Beziehung zu der Gestattung des § 3 a gesetzt hat. Umgekehrt kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dem Gericht bei seiner Auslegung der Gestattung in § 3 a zugleich das Verbot des § 3 e, durch Profiländerung Warenverwechslungen herbeizuführen, gegenwärtig gewesen ist. Die bloße Nichterwähnung des § 3 e in diesem Zusammenhange kann schon deshalb nicht als Verstoß gegen das Gebot der Erschöpfung des Prozeßstoffs gewertet werden, weil die Gesamtkonzeption des Berufungsrichters unschwer aus dem Zusammenhalt der weiteren Urteilsgründe zu entnehmen ist. Der Verfahrensmangel der Nichtbeachtung wesentlichen Auslegungstoffs haftet der Urteilsbegründung also nicht an.

Übrigens könnte sich der vermeintliche Verfahrensmangel nur unter der Voraussetzung als Revisionsgrund gemäß § 549 ZPO auswirken, daß tatsächlich eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 3 e des Vertrages zu bejahen wäre. Da das Berufungsgericht indes das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr, wie später darzulegen sein wird, in für das Revisionsgericht bindender Weise verneint hat, so kann die vermeintliche Nichtberücksichtigung des § 3 e im Rahmen der Auslegung des § 3 a auch nicht entscheidungserheblich für die patentrechtliche Beurteilung sein, auf Grund deren beide Vorinstanzen der Klage stattgegeben haben.

Die vom Berufungsgericht im Wege der Vertragsauslegung ermittelte Grenze zwischen den einander ausschließenden Benutzungsrechten der beiden Parteien aus § 3 a und 3 b ist hiernach in der Revisionsinstanz aus Gründen des Prozeßrechts nicht mehr angreifbar.

II. Zur Widerklage:

Das Berufungsgericht hat die Widerklage abgewiesen, weil einerseits, wie bereits zur Klage ausgeführt, von der Klägerin keine Patentverletzung begangen sei und zum anderen, weil keine Verwechslungsgefahr zwischen der Ausführungsform der Beklagten und dem angegriffenen TH-Profil 58 der Klägerin vorliege.

Dabei geht das Berufungsurteil grundsätzlich davon aus, daß die Beklagten bei der Klägerin gewisse Übereinstimmungen mit ihrer eigenen Ausführungsform und die damit verbundenen Gefahren in Kauf nehmen müßten, da sie der Klägerin durch Vertrag vom 7.11.1956 die Benutzung einer Anzahl von Merkmalen des Glockenprofils gestattet hätten. Von der Klägerin könne daher nicht mehr verlangt werden, als daß sie bei Ausnutzung der ihr durch den Vertrag eingeräumten technischen Möglichkeiten das Zumutbare tue, um Verwechslungen mit der Ausführungsform der Beklagten zu vermeiden. Das sei bei dem TH-Profil 58 durch die Form der Flansche und durch den geraden Verlauf der äußeren Begrenzung des Bodens hinreichend geschehen.

Im einzelnen wird ausgeführt, daß für den Fachmann, der dauernd mit den Profilen umgehe, zwei Unterschiede ins Auge springend seien, nämlich Form und Dicke der Flansche sowie die gerade Bodenbegrenzung der Klägerin im Gegensatz zu der runden Ausführungsform der Beklagten, die noch dazu mit einem besonderen, über die parabelförmige Linie hinausgehenden, runden Ansatz versehen sei. Diesen ausgeprägten Ansatz am Boden ihres Glockenprofils hätten die Beklagten in ihrer Werbung besonders herausgestellt und durch ihr Firmen-Bildzeichen, das stets blickfangmäßig in Verbindung mit dem Firmenschlagwort "Bergbaustahl" verwendet werde, unterstrichen. Es könne daher davon ausgegangen werden, daß sich die

beteiligten Verkehrskreise bereits weitgehend daran gewöhnt hätten, in dem Ansatz außen am Boden - der bei den Profilen der Klägerin fehlt - ein wesentliches Kennzeichen der Profile der Beklagten zu erblicken. - Auf den Beweisantritt der Beklagten im Hinblick auf Kundenbemerkungen, wonach offenbar auch die Klägerin zum Glockenprofil übergegangen sei, könne es demgegenüber nicht mehr ankommen.

Diese weitgehend auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen halten auch bei Berücksichtigung der Revisionsanträge einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Unzutreffend ist zunächst die Annahme, das Berufungsgericht habe irrigerweise Laien anstelle von Fachleuten als die maßgeblichen Verkehrskreise angesehen. Zwar heißt es an einer Stelle: "Schon für den Laien bestehen zwischen der Ausführungsform der Beklagten und dem TH-Profil 58 auf den ersten Blick ins Auge fallende Unterschiede." Diese Formulierung läßt aber keinen Zweifel über den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß die fraglichen Unterschiede erst recht dem Fachmann nicht entgehen könnten. Daß es als allein maßgeblich die Anschauungen der Fachwelt ansieht, hat das Berufungsgericht überdies durch den bald anschließenden Satz klargestellt:

"Es erscheint ausgeschlossen, daß ein Fachmann, der praktisch dauernd mit den Profilen umgeht, diese Unterschiede übersieht und infolgedessen die Ausführungsform der Beklagten und das TH-Profil 58 miteinander verwechselt. Zu bedenken ist dabei auch, daß bei rein technischen Dingen sehr genau auf Unterschiede geachtet wird."

Anschließend setzt sich das Berufungsgericht noch mit einer Stimme aus dem Fach-Schrifttum auseinander.

b) In der Revisionsverhandlung haben die Beklagten das Schwergewicht ihres Angriffs darauf gelegt, daß das Berufungsgericht die Besonderheit des vertraglichen Verwechslungsbe-

griffs, so wie ihn die Parteien dem § 3 e zugrundegelegt hätten, verkannt habe. Dem Sinn und Zweck dieser Vertragsklausel sei es gewesen, solche Änderungen der seinerzeit gelieferten Profile zu unterbinden, die in den Augen des Fachmanns den Eindruck erwecken könnten, als sei die eine Partei zum Konstruktionsprinzip der anderen übergegangen. Von dieser Vertragsauslegung hätte überdies das Berufungsgericht um deswillen nicht abweichen dürfen, weil sie von beiden Prozeßparteien übereinstimmend als die maßgebliche vertreten worden sei.

Was zunächst das vermeintliche "Geständnis" der Klägerin zur Vertragsauslegung anbetrifft, so übersieht die Revision, daß die Klägerin in ihrem angezogenen Schriftsatz vom 11. November 1960 (S. 2) den Vorbehalt gemacht hat, daß der Klägerin im Rahmen des ihr ausdrücklich vorbehaltenen Konstruktionsprinzips der Flanschabstützung nicht nur die Verwendung gewölbter Böden gestattet, sondern darüber hinaus auch die Verwendung gekrümmter und zum Boden hin in ihrer Stärke zunehmender Stege nicht untersagt worden sei. Ferner sind die in erster Instanz gemachten weiteren Vorbehalte (vgl. Schriftsatz vom 3. März 1960, S. 9) in der Berufungserwiderung durch Bezugnahme ausdrücklich aufrechterhalten worden, so daß kein prozessual bindendes Zugeständnis der Richtigkeit der von den Beklagten vertretenen Vertragsauslegung vorliegt.

Hiernach war das Berufungsgericht also durchaus nicht an eine bestimmte Auslegung des § 3 e gebunden, sondern es hatte auf Grund seiner Gesamtwürdigung des Individualvertrages selber den bei der Prüfung des Verwechslungstatbestandes anzuwendenden Maßstab herauszuarbeiten. Dies hat das Berufungsgericht getan, indem es sich - übrigens in Übereinstimmung mit dem, was nunmehr die Revision auch ihrerseits für richtig hält - für den Blickwinkel des fachkundigen

Technikers entschied. Dieser Beurteilungsmaßstab kann aus Rechtsgründen um so weniger beanstandet werden, als die fraglichen Profile ein rein technisches Gebilde sind, dessen äußere Raumform zugleich eindeutig das bei ihm angewendete Konstruktionsprinzip widerspiegelt. Die weitere Frage, ob das Berufungsgericht bei der Anwendung des von ihm entwickelten (richtigen) Maßstabes zu tatrichterlich zutreffenden Ergebnissen gelangt ist, unterliegt nicht mehr der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, weil es nicht dessen Aufgabe ist, die freie richterliche Beweiswürdigung des Berufungsgerichts durch seine eigene zu ersetzen.

Jedenfalls verstößt das Ergebnis der Vertragsauslegung, wonach die Klägerin nicht auf eine mehr oder weniger unveränderte Beibehaltung ihres alten TH-Profiles 48 festgelegt wird, weder gegen die Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungsgrundsätze. Denn hätte beim Vertragsabschluß die Absicht bestanden, die Klägerin bei der ihr zugebilligten Mitbenutzung des Erfindungsgedankens des DBP 962 879, also bei der Verwendung des eigenen "Konstruktionsprinzips" der Beklagten, einer so grundlegenden Einschränkung zu unterwerfen, so wäre dieses nach der Lebenserfahrung in der Vertragsurkunde auf umgekehrtem Wege als durch Erteilung einer Regelgestattung (= § 3 a), eingeschränkt durch ein Ausnahmeverbot (= § 3 e), zum Ausdruck gebracht worden.

c) Zudem ist mit der Revision nicht der weitere Ausgangspunkt des Berufungsurteils angegriffen und auch nicht angreifbar, wonach der Klägerin kraft des Vertrages gar nicht jegliche Annäherung an das äußere Erscheinungsbild der Glockenprofile der Beklagten untersagt sein sollte. Diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus dem ersten Halbsatz von § 3 e hergeleitet, wonach die Klägerin nicht gehindert sein soll, "ihre Profile mit gewölbten Böden auszustatten."

Vor allem im Lichte dieser Vertragsklausel versagt die Revisionsrüge, die Verwechslungsgefahr hätte mit Rücksicht auf die für ein Glockenprofil typische, zunehmende Materialanhäufung zum Profilboden hin bejaht werden müssen. Diese Materialanhäufung am Profilboden, welche von der Revision als "entscheidender Schritt" der Annäherung an die Beklagten bezeichnet wird, rührt allein aus der Wölbung des (inneren) Bodens her, welche der Klägerin ausdrücklich durch den Eingangssatz von § 3 e zugebilligt worden ist. Übrigens kommt es für die Untersuchung der Verwechslungsgefahr maßgebend allein auf den Gesamteindruck der beiderseitigen Profile an, und insoweit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die Feststellung getroffen, daß die größere Massenanhäufung im Inneren des Bodens erheblich weniger ins Gewicht fällt als die Unterschiede in der Ausgestaltung der Flanschen und in der äußeren Bodenbegrenzung.

d) Endlich beruft sich die Revision darauf, daß sich die früheren Profile der Parteien vor allem durch die abweichende Gestaltung der Stege (= Flanschen des Widerklagepatents) unterschieden hätten. Diese seien beim TH-Profil 48, welches von der Klägerin noch 1956 hergestellt worden sei, gerade verlaufen, während das Profil der Beklagten damals bereits parabolisch gekrümmte Stege gehabt habe. Dieses Unterscheidungsmerkmal habe die Klägerin dadurch beseitigt, daß sie beim TH-Profil 58 ebenfalls zu gebogenen Stegen übergegangen sei.

Zur Gestaltung der Stege hat sich das Berufungsurteil nicht ausdrücklich geäußert. Dieses Konstruktionsmerkmal kann aber bei der Gesamtwürdigung des Berufungsrichters um so weniger unberücksichtigt geblieben sein, als sich bereits das Landgericht in seinem Urteil ausführlich dazu geäußert hatte. Es hatte festgestellt, daß sich 1948 bereits ein TH-Profil, nämlich das 25 kg/m TH-Profil 48, am Markt be-

funden habe, dessen Stege nicht eben, sondern im Querschnitt leicht gekrümmt gewesen seien (LU S. 8); beim angegriffenen TH-Profil 58 sei die Stegkrümmung allerdings geringfügig stärker als beim 25 kg/m TH-Profil 48; zudem sei der Öffnungswinkel neuerdings etwas größer. Diese Abänderung führe jedoch nicht zu einer Verwechslungsfähigkeit im Sinne des § 3 e des Vertrages.

Offenbar wollte sich das Berufungsgericht diese Beurteilung zu eigen machen, indem es zunächst (BU S. 15) ausführte, die Klägerin sei (solange keine Verwechslungsgefahr eintrete) nicht gehindert, für ihr Profil außer dem gekrümmten Boden auch andere Merkmale des Glockenprofils zu übernehmen, und sodann (BU S. 16) die Unterschiede für bedeutsamer als die Ähnlichkeiten erklärt hat.

Diese Beweiswürdigung steht in ihrer Gesamtheit nicht im Widerspruch zur Lebenserfahrung oder den Denkgesetzen. Auch kann dem Berufungsgericht nicht mit der Revision ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß es zur Frage der Verwechslungsgefahr keinen Sachverständigen gehört hat. Bei dieser Frage sind Tat- und Rechtsfrage so eng miteinander verquickt, daß die Zuziehung eines Sachverständigen im Regelfall entbehrlich sein wird, zumindest dann, wenn das angerufene Gericht wie im vorliegenden Falle die erforderliche Sachkunde sowohl für die Beurteilung der technischen Zusammenhänge als auch für die Verkehrsanschauungen besitzt.

Erst recht brauchte dem Beweisantritt der Beklagten nicht nachgegangen zu werden, wonach Besucher auf der Bergbauausstellung 1958 geäußert hätten:

"Man weiß gar nicht, auf welchem Stand man ist.
Ich dachte, ich hätte mich (bei der Klägerin)
zum Glockenprofil verlaufen."

Denn nach feststehender Rechtsprechung stellen einzelne Verwechslungsfälle ebensowenig einen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr dar, wie umgekehrt das Fehlen nachweisbarer Verwechslungsfälle nicht zur Verneinung der Verwechslungsgefahr zu führen braucht. Dieser Beweisantritt war also nicht entscheidungserheblich, so daß das Berufungsgericht zu Recht nicht auf ihn eingegangen ist.

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

Wilde	Pehle	Spengler	Ebel	Claßen
-------	-------	----------	------	--------