

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 66/72

URTEIL

Verkündet am

23. Februar 1973
Spengler,
Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. der Firma R. H. M. [REDACTED] GmbH & Co. KG,
B[REDACTED]-G[REDACTED], Be[REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch ihren Geschäftsführer Franz-Josef S[REDACTED],
ebenda,
2. des Kaufmanns Günter S [REDACTED], B[REDACTED]-G[REDACTED]-
[REDACTED], Be[REDACTED]straße [REDACTED],
3. des Kaufmanns Franz-Josef S [REDACTED], B[REDACTED]-
G[REDACTED], Be[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Wilhelm G u [REDACTED], S [REDACTED]-W,
H [REDACTED] [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 1973 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 29. Mai 1970 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Klage stattgegeben worden ist. Die Sache wird in diesem Umfang zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision der Beklagten übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte zu 1, die ein zum häuslichen Haarschneiden bestimmtes Gerät unter den Bezeichnungen "Duitself-Heimfrisör" und "doitself-Heimfrisör" auf den Markt gebracht hatte, wurde im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens (24 O 67/67 Landgericht Köln = 6 U 105/67 OLG Köln) vom Kläger, der mit ihr im Wettbewerb steht, auf Unterlassung des Vertriebs unter dieser Bezeichnung in Anspruch genommen. Im Verhandlungstermin im Berufungsverfahren kam es zu einer Reihe von Erklärungen der Parteien, die wie folgt in dem Sitzungsprotokoll niedergelegt sind:

"Nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage erklärt die Antragsgegnerin" (jetzige Beklagte):

"Die Antragsgegnerin verpflichtet sich, es zu unterlassen,

1. den von ihr angebotenen Haarschneider unter der Bezeichnung "Duitself-Heimfrisör" oder "doitself-Heimfrisör" zu vertreiben;
2. für diesen Haarschneider in ihren Prospekten die Bezeichnung "Duitself-Heimfrisör" oder "doitself-Heimfrisör" sowie den Werbetext "Faustregel: Lange Zähne - langes Haar
kurze Zähne - kurzes Haar
zu benutzen.

Die Antragsgegnerin verpflichtet sich ferner, für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Unterlassungsverpflichtungen eine Vertragsstrafe in



Höhe von 1.000,-- DM (= eintausend-) an den Antragsteller zu zahlen.

v. u. g.

Die Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Günter und Franz-Joseph S. [REDACTED] in B. [REDACTED]-G. [REDACTED], Be. [REDACTED]straße [REDACTED], erklären:

"Hierdurch übernehmen wir die abgegebenen und vorgelesenen Unterlassungsverpflichtungen und Vertragsstrafeversprechen der Antragsgegnerin auch als eigene Verpflichtungen".

v. u. g.

Der Antragsteller nimmt die vorstehenden Erklärungen an.

v. u. g.

Die Anwälte erklären daraufhin übereinstimmend das vorliegende einstweilige Verfügungsverfahren in der Hauptsache als erledigt.

v. u. g."

Im Anschluß hieran schlossen die Parteien einen hier nicht näher interessierenden Vergleich über die Kosten und die Erledigung verschiedener Verfahren.

Nach diesen am 24. Januar 1968 abgegebenen Erklärungen hat der Propagandist G. [REDACTED] am 25., 26. und 27. Januar 1968 in B. [REDACTED]-W. [REDACTED] im Kaufhaus Q. [REDACTED] noch 160 Geräte unter Verwendung der unzulässigen Bezeichnungen verkauft. Ferner hat am 15. Februar

[REDACTED]

1968 in Oberhausen der Werbeverkäufer Sc [REDACTED]
ein solches Gerät verkauft.

Der Kläger hat darauf im vorliegenden Prozeß beantragt, die drei Beklagten als Gesamtschuldner wegen des Verkaufs durch G [REDACTED] zu Vertragsstrafen von je DM 1.000,- je verkauftem Gerät, zusammen DM 160.000,- zu verurteilen.

In einem weiteren Prozeß hat der Kläger wegen eines der 160 Berliner Fälle und wegen des Falles Oberhausen weitere DM 2.000,- Vertragsstrafe gefordert. Beide Prozesse sind später verbunden worden. In Höhe von DM 1.000,- hat der Kläger nach der Verbindung der Prozesse die Klage zurückgenommen, weil der eine Berliner Verkauf bereits im anderen Prozeß rechtshängig war.

Der Kläger hat behauptet, nach Beendigung des Termins vom 24. Januar 1968 habe der Beklagte zu 2 den Leiter des Auslieferungslagers der Beklagten zu 1 in Berlin, den Zeugen B [REDACTED], angerufen und ihn angewiesen, die noch vorhandenen "Duitself-Heimfrisör"-Geräte auszuverkaufen, bis die neuen "Kuly" - Geräte eingetroffen seien. Gleiches habe er auch dem Propagandisten Gottschalk erklärt.

Der Kläger hat beantragt

1. Die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, ihm 159.000,- DM zu zahlen;
2. Die Beklagte zu 1 zu verurteilen, ihm weitere 2.000,- DM nebst 5 % Zinsen ab 1. März 1968 zu zahlen.

Die Beklagten haben den Verkauf in Oberhausen, jedenfalls die Verantwortung dafür, bestritten und hinsichtlich der Verkäufe in Berlin behauptet, der Beklagte zu 2 habe noch am gleichen Tage sowohl den Leiter des Auslieferungslagers, den Zeugen B■■■■, als auch den Propagandisten G■■■■■ fernmündlich ausdrücklich angewiesen, keine weiteren Verkäufe vorzunehmen. Es seien auch sofort die neuen Haarschneidegeräte, die bereits vorrätig gewesen seien, nach Berlin per Luftfracht abgesandt worden. Der Zeuge B■■■■ habe diese aber weisungswidrig verspätet erst am 27. Januar 1968 an das Kaufhaus Quelle weitergeleitet. Dies und der bis dahin weitergeführte Verkauf der alten Geräte durch den Zeugen G■■■■■ seien weisungswidrig erfolgt und könnten den Beklagten nicht angelastet werden.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen. Der Kläger hat mit der dagegen gerichteten Berufung seinen Klageantrag in voller Höhe weiterverfolgt. Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung die Beklagte zu 1 zur Zahlung von DM 2.000,-, die Beklagten zu 2 und 3 zur Zahlung von je DM 1.000,- verurteilt. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf völlige Klagabweisung weiterverfolgen. Der Kläger beantragt die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Verkäufe in Berlin

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Zeuge B. habe die in sein Wissen gestellte Behauptung, der Beklagte zu 2 habe ihn angewiesen, unbeschadet der abgegebenen Unterlassungsverpflichtung den Verkauf unverändert fortzusetzen, bei seiner Vernehmung verneint. Gleichwohl sei die Vertragsstrafe verwirkt, weil die Beklagten mit der zu ihren Gunsten als erteilt zu unterstellenden Anweisung, den Verkauf einzustellen, ihrer Pflicht, weitere Zuwiderhandlungen zu verhindern, nicht ausreichend nachgekommen seien. Schon das Ergebnis, daß unverändert weiterverkauft worden sei, beweise, daß eine solche Anweisung nicht ausreichend gewesen sei. Den Beklagten seien auch alle mit Propaganda-Verkäufen hinsichtlich der Personen der Propaganda-Verkäufer bestehenden Schwierigkeiten wohl bekannt; diesen Verkäufern komme es allein auf die Provision an, sie würden deshalb solange verkaufen, als sie Ware in der Hand hätten. Deshalb wäre es erforderlich gewesen, auf der Stelle die nicht verkauften Geräte einzuziehen. Diese Erwägungen begründeten zugleich den Schuldvorwurf im Sinne des § 339 Satz 2 BGB. Die Vertragsstrafe sei allerdings nur einmal angefallen, weil die 160 Verkäufe rechtlich nur als eine - im Fortsetzungszusammenhang stehende - Handlung anzusehen seien.

Die Vertragsstrafe sei dagegen unbeschadet des auf gesamtschuldnerische Verurteilung gerichteten Klageantrages gegen jeden der drei Beklagten gesondert festzusetzen, weil es sich um die Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten gehandelt habe, deren Sinn gerade

darin bestehe, daß der Gläubiger die Unterlassung von jedem einzelnen verlangen könne. Da hinsichtlich der Hauptverpflichtung - der Unterlassungsverpflichtung - eine gesamtschuldnerische Haftung nicht eintreten könne, erfolle die Vertragsstrafe für jeden einzelnen von mehreren Unterlassungsschuldern nach Maßgabe seiner eigenen Zuwiderhandlung. Da vorliegend alle drei Beklagten schuldhaft gehandelt hätten, sei die Vertragsstrafe für jeden gesondert angefallen.

2. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen nicht stand.

a) Zutreffend rügt die Revision im Hinblick auf § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die Beklagten rechtlich überhaupt in der Lage waren, den Zeugen Braun und Gottschalk bindende Anweisungen hinsichtlich der vom 25. bis 27. Januar 1968 im Kaufhaus Q. verkauften Geräte zu geben bzw. wie das Berufungsgericht meint, die Geräte von diesen einzuziehen. B. hatte nach seiner Bekundung die letzten 150 Geräte am 24. Januar 1968 an das Kaufhaus Q. ausgeliefert - wie er ausgesagt hat, vor dem Telefongespräch mit dem Beklagten zu 2, in dem die Gerichtsverhandlung erörtert worden sein soll. Die Beklagten haben behauptet, daß das Kaufhaus Q. die Geräte von B. gekauft und seinerseits durch G. habe vertreiben lassen. Diese Behauptung wird gestützt durch die Aussage des Zeugen G., der bekundet hat, er habe die Geräte bei der Warenannahme im Kaufhaus geholt und mit dem Kaufhaus Q. auch abgerechnet.

Gestützt wird dieser Vortrag noch durch die überreichte Ablichtung einer Abrechnung des Kaufhauses vom 5. Februar 1968, die den Stempel trägt "fest übernommene Ware aus Auftrag Nr. 036 198" und in der Rubrik Artikelbezeichnung den Vermerk trägt "Propagandaumsatz-Haarschneider vom 23. Januar bis 27. Januar 1968". Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht nicht ohne weiteres die Behauptung des Klägers zugrunde legen dürfen, daß es sich um einen Propaganda-Verkauf dergestalt gehandelt habe, daß die Firma, die Waren vertreiben wolle, einen Propagandastand erhalte, an welchem sie durch eigene Propagandisten verkaufe. Vielmehr hätte das Berufungsgericht insoweit auf die Beweisansprüche des Klägers auf Seite 7 der Berufungsschrift (GA 74) eingehen müssen, denn wenn die restlichen Geräte vor dem Telefongespräch vom 24. Januar 1968 bereits verkauft und ausgeliefert waren, hätten die Beklagten rechtlich keine Möglichkeit gehabt, die Geräte, wie das Berufungsgericht verlangt, wieder einzuziehen oder durch Anweisung an Braun und Gottschalk ihrer Verpflichtung zu genügen.

Bei dieser Sachlage kann zunächst offenbleiben, ob die Beklagten, wenn sie den Weitervertrieb durch eine Anweisung an B[REDACTED] und/oder G[REDACTED] noch hätten aufhalten können, sich nicht, wie das Berufungsgericht meint, mit einer bloßen Anweisung hätten begnügen dürfen, sondern die Geräte hätten einziehen müssen. Die Notwendigkeit einer Einziehung der Geräte könnte jedenfalls nicht damit ausreichend begründet werden, daß, wie das Berufungsgericht offenbar meint, es einen Erfahrungssatz dahin gäbe,

daß solche Verkäufer regelmäßig derartige Anweisungen mißachteten. Insoweit müßte schon dargelegt werden, daß gerade bei den Zeugen B[REDACTED] und G[REDACTED] solche Befürchtungen begründet waren und die Beklagten dies wissen mußten.

b) Mit Recht rügt die Revision auch, daß das Berufungsgericht in den Berliner Verkäufen zwar nur e i n e Zuwiderhandlung gesehen, gleichwohl aber jeden der drei Beklagten zur Zahlung der vereinbarten Vertragsstrafe von DM 1.000,- verurteilt hat. Dadurch wird § 308 ZPO verletzt, denn der Kläger hatte lediglich beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen und die Einzelverurteilung geht über diesen Antrag hinaus. Der Meinung des Berufungsgerichts, das Begehren auf Verurteilung als Gesamtschuldner sei im Vergleich zu einer Verurteilung des einzelnen Schuldners der weitergehende Antrag, kann unter den Umständen des vorliegenden Falles nicht zugestimmt werden. Nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der vor dem Berufungsgericht abgegebenen Erklärungen, die durch den Klageantrag realisiert werden sollen, sollte für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von DM 1.000,- fällig werden. Da das Berufungsgericht aber jeden Beklagten einzeln zur Zahlung von DM 1.000,- verurteilt hat, hat es für e i n e Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von DM 3.000,- verhängt. Auf die protokollierten Erklärungen kann sich das Berufungsgericht dazu nicht berufen. Wenn die Beklagten zu 2 und 3 als damalige Geschäftsführer der Beklagten zu 1 die Unterlassungsverpflichtung und das Vertragsstrafeversprechen

"auch als eigene Verpflichtung" übernahmen, kann das bei verständiger Auslegung nur bedeuten, daß sie im Falle der Zuwiderhandlung - die nur die Beklagte zu 1 begehen konnte, solange sich die Geräte in deren Verfügungsgewalt befanden - in Höhe der etwa fällig werdenden Vertragsstrafe auch persönlich haften wollten. Darüberhinaus bedeutet die Verpflichtungserklärung der Beklagten zu 2 und 3, daß diese, falls sie die Haarschneider von der Beklagten zu 1 erwerben sollten, sich bei einer etwaigen Weiterveräußerung der gleichen Unterlassungsverpflichtung unterwerfen wollten. Im vorliegenden Fall kommt nach den festgestellten Umständen lediglich eine Mithaftung der Beklagten zu 2 und 3 in Betracht, denn als Verkäufer könnte hier allein die Beklagte zu 1 in Frage kommen. Das Berufungsgericht zieht offenbar daraus, daß die Unterlassungsverpflichtung mitübernommen worden ist, und ihrem Wesen nach nicht gesamtschuldnerisch übernommen worden sein kann, den Schluß, daß dann auch die Vertragsstrafe für eine Zuwiderhandlung nicht in der Weise von mehreren Personen geschuldet sein könne, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (§ 420 BGB). Dies aber steht im Gegensatz zu dem, was die Parteien zulässigerweise vereinbart haben.

II. Fall Oberhausen

Das Berufungsgericht stellt dazu in Übereinstimmung mit dem Landgericht fest, der Zeuge Schmidt habe am 15. Februar 1968 ein "Duitself-Heimfrisör"-Gerät verkauft. Es folgt aber der Auffassung des Landgerichts nicht, Schmidt habe nach dem Ergebnis der Beweisauf-

aufnahme den Apparat zuvor von S[REDACTED] gekauft, so daß es sich dabei nicht um einen unter das Unterlassungsrebot fallenden Vertrieb durch die Beklagte gehandelt habe. Das Berufungsgericht meint, die Aussage des Zeugen Sc[REDACTED] könne nicht als rechtserheblich angesehen werden, weil die Beklagte zu 1 regelmäßig ihre Artikel im Wege des Propaganda-Verkaufs absetze. Das schließe zwar nicht aus, daß sie in Sonderfällen auch an Wiederverkäufer liefere, sie könne aber nicht in Anspruch nehmen, daß dies bei Sc[REDACTED] der Fall gewesen sei. Das folgert das Berufungsgericht daraus, daß Sc[REDACTED] nach seiner Bekundung gewußt habe, er dürfe diese Apparate nicht mehr verkaufen, was völlig unverständlich wäre, wenn sie von ihm zu Eigentum und selbständigem Weiterverkauf erworben worden wären. Es wäre dann seine Sache gewesen, die mit einem Rechtsmangel behafteten Artikel an die Beklagte zu 1 zu retournieren. Diese Begründung beanstandet die Revision zu Recht als nicht ausreichend, denn aus der Tatsache, daß Sc[REDACTED] wußte, daß die Geräte nicht mehr vertrieben werden durften, folgt keineswegs zwingend, daß er sie zuvor nicht von der Beklagten zu 1 gekauft hatte. Gerade wenn das Berufungsgericht, wie vorstehend erwähnt, diese Verkäufer als oft nicht besonders korrekt **ansehen** wollte, durfte es aus der Tatsache, daß Schmidt die Ware nicht als mit einem Mangel behaftet zurückgegeben hat, nicht ohne weiteres schließen, daß er sie im Auftrage der Beklagten verkaufte, sondern mußte auch als möglich in Betracht ziehen, daß Schmidt diese Geräte gleichwohl noch verkaufen wollte, zumal er bei einem derartigen Artikel die Gefahr entdeckt und dann selbst mit einem Gerichtsverfahren überzogen

zu werden, als nicht sehr erheblich ansehen konnte. Schmidt insoweit eindeutige Aussage vor dem Landgericht, der das Landgericht auch Glauben geschenkt hatte, durfte das Berufungsgericht mit einer derartig allgemeinen Erwägung nicht übergehen, zumal es sich selbst keinen unmittelbaren Eindruck von der Glaubwürdigkeit des Zeugen Sc[REDACTED] verschafft hatte.

Der Rechtsstreit ist auch insoweit nicht zur Entscheidung reif, weil nach der Begründung des Berufungsurteils, die Angaben des Zeugen Sc[REDACTED] seien nicht "rechtserheblich" nicht ausgeschlossen werden kann, daß das Berufungsgericht, wie die Revision offenbar meint, insoweit den erhobenen Beweis aus Rechtsgründen überhaupt nicht gewürdigt hat, womit es § 286 ZPO verletzt hätte, weil die Entscheidung insoweit davon abhängen kann, ob Schmidt diese Geräte schon vor dem 24. Januar 1968 fest gekauft hatte und sie deshalb beim Verkauf am 15. Februar 1968 im Rechtssinne nicht mehr von dem

Beklagten vertrieben worden sind. Das Berufungsgericht wird sich deshalb mit der Glaubwürdigkeit der Aussage des Zeugen Sc[REDACTED] noch auseinandersetzen müssen.

Das Urteil war danach im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, als der Klage stattgegeben worden ist.

Das Berufungsgericht wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Merkel

Schwerdtfeger