

010 J
Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

I. Br MilRegVO Nr 78 Art V c Ziff 7;
PatG § 6

1. Vereinbarungen über den Schutzbereich eines Patents, durch die dem Patent ein grösserer Schutzzumfang zugebilligt wird, als er ihm objektiv zukommt, verstoßen dann nicht gegen Art V c Ziff 7 MilRegVO Nr 78, wenn sich der vereinbarte Schutzzumfang innerhalb desjenigen Spielraums hält, über dessen Abgrenzung auch bei objektiver Beurteilung Zweifel bestehen können, und wenn beide Parteien in der Vorstellung gehandelt haben, durch die Abmachung dem Patent keinen weitergehenden Inhalt zu geben, als ihm bei richtiger Auslegung gesetzlich zukommt.
2. Dagegen verstößt eine Vereinbarung, durch die gemeinfrei gewordene Gegenstände dem Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers unterworfen werden, auch dann gegen Art V c Ziff 7 MilRegVO Nr 78, wenn die Parteien rechtsirrtümlich geglaubt haben, damit dem Patent keinen weitergehenden Inhalt zu geben, als das Patentrecht ihm gesetzlich gewährt. Insoweit handelt es sich nicht um die Abgrenzung eines konkreten Schutzzumfanges, sondern um die Nichtbeachtung eines allgemein anerkannten Rechtssatzes.

II. BGB §§ 138, 343

Es wird die Rechtsprechung des Reichsgerichts bestätigt, daß das Mißverhältnis zwischen der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe und der einzelnen späteren Zuwiderhandlung für sich allein nicht ausreicht, um das Vertragsstrafenversprechen als sittenwidrig erscheinen zu lassen (RGZ 64, 181; 85, 101; 114, 307; RG JW 1936, 179).

III. BGB § 343, ZPO § 890

Der Umstand, daß der Schuldner bei Zuwiderhandlungen gegen das Vertragsstrafenversprechen sich gleichzeitig der gerichtlichen Bestrafung wegen Verstoßes gegen ein entsprechendes, durch einstweilige Verfügung angeordnetes Verbot aussetzt, steht der Vereinbarung einer Vertragsstrafe nicht entgegen.

IV. HGB §§ 348, 351

Für die Frage, ob jemand wegen seiner Eigenschaft als Vollkaufmann nicht die Möglichkeit hat, die Herabsetzung einer Vertragsstrafe zu beantragen, kommt es nicht auf den Augenblick der Verwirkung der Vertragsstrafe, sondern auf den Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens an (ebenso RG JW 1908, 148; 1936, 179).

V. HGB § -4

Ob ein Betrieb handwerklicher Art ist, entscheidet sich danach, ob er sich nach seiner inneren Gestaltung im Rahmen des Handwerküblichen hält. Hierauf weist insbesondere hin, wenn nach der Anlage des Betriebs die tätige Mitarbeit des Inhabers des Betriebs üblich und typisch ist. Ohne Bedeutung ist, ob im Einzelfall der Inhaber aus persönlichen Gründen, wie z.B. wegen Erkrankung, längere Zeit an der tätigen Mitarbeit behindert ist.

Aktenzeichen: I ZR 74/50

Urteil vom 5. Oktober 1951

OLG Schleswig

Es wird gebeten, diesen Leitsatz anstelle des bisherigen dem Abdruck des Urteils I ZR 74/50 vom 5.10. 51 vorzuheften.

I ZR 74/50

V e r k ü n d e t :

am 5. Oktober 1951

_____, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In Sachen

1. des Ingenieurs Willy S _____ (Vater),
 2. des Kaufmanns Willy S _____ (Sohn),
beide in K _____-E _____, L _____ strasse _____,
- Beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -
- gegen

den Ingenieur Karl W _____, L _____/_____,
We _____ str. _____ a,

Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. _____ -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. September 1951 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Heidenhain, Schmidt,
Dr. Birnbach, Wilde und Dr. Krüger-Tieland
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in
Schleswig vom 9. Dezember 1949 wird auf ihre
Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Der Kläger ist Inhaber des mit Wirkung vom 21. August 1929 ab erteilten DRP 609 083, das eine

Anordnung zur Verhinderung des Entweichens der unter dem Druck der Brunnenflüssigkeit stehenden, in einer Taucherglocke befindlichen Luft infolge Undichtigkeiten bei elektrisch angetriebenen Tauchpumpensätzen

betrifft. Er ist ferner Inhaber des mit Wirkung vom 29. November 1930 ab erteilten DRP 608 474 betreffend

"Elektrisch angetriebenen Tauchpumpensatz, dessen Motor durch die Luft einer unter ihm angeordneten Taucherglocke vor dem Überfluten geschützt ist".

Pumpen nach diesen Patenten des Klägers wurden zunächst von der Firma Deutsche Werke K (DWK), der der Kläger die ausschließliche Herstellungs- und Vertriebslizenz erteilt hatte, hergestellt und als sogenannte D-Pumpen in den Verkehr gebracht. Seit dem 1. April 1944 werden die Pumpen von der Firma H. W & Co. in L unter der Bezeichnung WT-Pumpen hergestellt.

Der Beklagte zu 1), der früher Abteilungsleiter bei den Deutschen Werken in K war, gründete nach seinem Ausscheiden im Jahre 1945 in Kiel einen Betrieb unter der nicht eingetragenen Bezeichnung "Willy S, Pumpen- und Maschinen-Spezialbau", in dem er u.a. Pumpen, die nach den Patenten des Klägers hergestellt waren, instandsetzte oder Pumpen dieser Art unter Einfügung neuer Ersatzteile zusammenbaute. Am 29. Mai 1946 erwirkte der Kläger gegen den Beklagten zu 1) beim Landgericht Düsseldorf unter dem Aktenzeichen 5 Q 1/46 eine einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten zu 1) unter Strafandrohung verboten wurde,

für nach den deutschen Patenten 609 085 und 608 474 hergestellte Tauchpumpen, insbesondere in Verbindung mit Reparaturen, Überholungen, Wartungen und Instandhaltungen von solchen,

- a) die die Tauchpumpen bildenden Hauptteile (bestehend aus Elektromotor, Kreiselpumpe, Taucherglocke, Außenrohrmantel bzw. bestehend aus einem dadurch zur Wirkung kommenden Kompressor, daß sein Inneres vom Flüssigkeitsspiegel erreicht wird, sowie Wellenverbindungen für Elektromotor, insbesondere mit Einbaumöglichkeit des Kompressors in sie) herzustellen, in den Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen
- b) Neubildungen von Tauchpumpen der genannten Art sowie von den zu a) erwähnten Teilen solcher Pumpen, insbesondere aus alten Tauchpumpen der genannten Art oder aus Teilen von solchen, herzustellen, in den Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen.

Mit Schreiben vom 27. November 1946 teilte der Kläger der Beklagten zu 1) mit, er wolle ihm die Möglichkeit eröffnen, durch Abgabe einer vorbehaltlosen Erklärung die Erhebung der Hauptklage und das Entstehen höherer Gebühren zu vermeiden. Sollte er, der Kläger, nicht bis zum 15. Dezember 1946 im Besitz der beigefügten Verpflichtungserklärung sein, so werde die Hauptklage sofort eingereicht werden. Der Beklagte zu 1) bat in seinem Antwortschreiben vom 3. Dezember 1946 zunächst um Angabe der Höhe der bisher entstandenen Kosten und unterschrieb sodann am 21. Januar 1947 die vorerwähnte Verpflichtungserklärung, in der es u.a. heißt:

"Unter Bezugnahme auf Ihr Schreiben vom 27.11.1946 erkenne ich den Beschluß des Landgerichts Düsseldorf in der vorstehenden Sache in vollem Umfange an und verzichte auf die Durchführung der Klage im ordentlichen Verfahren.

Abgesehen von den angedrohten gerichtlichen Strafen verpflichte ich mich zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 3.000 RM (dreitausend Reichsmark) für jeden Fall der Zuwiderhandlung oder des Versuchs der Zuwiderhandlung."

Am 15. April 1948 wurde im Handelsregister eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma "Willy S. [REDACTED] & Sohn, Pumpen- und Maschinen-Spezialbau" eingetragen, deren Gesellschafter der Beklagte zu 1) und sein Sohn, der Beklagte zu 2) waren. Die Gesellschaft hat nach der Registereintragung am 1. Januar 1948 begonnen.

Der Kläger hat mit der Behauptung, daß die Beklagten sowie die offene Handelsgesellschaft in zahlreichen Fällen gegen die Verpflichtungserklärung vom 21. Januar 1947 verstoßen hätten, Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 40.000 DM verlangt.

Die Beklagten haben geltend gemacht, die Verpflichtungserklärung des Beklagten zu 1) sei wegen der existenzvernichtenden Höhe der Vertragsstrafe sittenwidrig und daher nichtig. Sie haben ferner Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB verlangt. Im übrigen haben sie die vom Kläger behaupteten Verstöße gegen die einstweilige Verfügung bestritten und u.a. geltend gemacht, daß der Einbau solcher Ersatzteile, die mit Zustimmung des Klägers von den DMK in den Verkehr gebracht und von den Beklagten erworben worden seien, keine Verletzung der Vertragspflicht darstelle, da diese Teile gemeinfrei geworden seien.

Das Landgericht hat die Klage gegen den Beklagten zu 2) und die offene Handelsgesellschaft abgewiesen und den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 34.000 DM nebst 4 % Zinsen verurteilt. Es hat zwar als erwiesen erachtet, daß der Beklagte zu 1) gegen die von ihm anerkannte einstweilige Verfügung verstoßen habe, hat aber die Vertragsstrafe für die Zeit nach der Währungsreform gemäß § 343 BGB herabge-

setzt, da der Beklagte zu 1) bei Abgabe des Versprechens nur Minderkaufmann gewesen sei.

Auf die Berufung des Klägers und des Beklagten zu 1) unter Zurückweisung der Berufung der letzteren hat das Oberlandesgericht das Urteil dahin abgeändert, daß die Beklagten, Vater und Sohn, als Gesamtschuldner zur Zahlung von 40.000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem Tage der Klagezustellung sowie zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt werden. Gegen die offene Handelsgesellschaft hat der Kläger in der Berufungsinstanz keine Anträge mehr gestellt, da die offene Handelsgesellschaft nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils mit Wirkung vom 1. Juli 1949 aufgelöst worden ist.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe

I.

Grundlage der Klage ist gegenüber dem Beklagten zu 1) die von ihm am 21. Januar 1947 abgegebene Verpflichtungserklärung sowie das in ihr enthaltene Versprechen einer Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung. Dem Einwand der Beklagten, daß dieses Versprechen als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sei, ist das Berufungsgericht mit Recht nicht gefolgt. Die unverhältnismäßige Höhe einer Vertragsstrafe reicht für sich allein nicht

aus, um das Versprechen als gegen die guten Sitten verstoßend erscheinen zu lassen, da die Strafe, um wirksam zu sein, den Möglichkeiten der Zuwiderhandlung angepaßt sein muß und nicht schon deshalb sittenwidrig sein kann, weil die einzelne spätere Zuwiderhandlung im Mißverhältnis zur Höhe der Klage steht (§ 343 BGB; RGZ 64, 181; 85, 101; 114, 307; RG JW 1936, 179). Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß für den Kläger große wirtschaftliche Interessen auf dem Spiele gestanden hätten, deren wirksame Sicherung durch hohe Vertragsstrafen ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Auch der Umstand, daß der Beklagte im Falle einer Zuwiderhandlung nicht nur die Vertragsstrafe schuldete, sondern möglicherweise auch einer gerichtlichen Strafe wegen des Verstoßes gegen die einstweilige Verfügung ausgesetzt war, kann eine andere Beurteilung nicht rechtfertigen. Die gerichtliche Strafe gemäß § 890 ZPO ist eine öffentliche Strafe, die dem Schuldner wegen der Nichtbeachtung der richterlichen Anordnung auferlegt wird und in die Staatskasse fließt. Daneben bleibt es dem Vollstreckungsgläubiger unbenommen, durch privatrechtliche Vereinbarung mit dem Schuldner eine endgültige Klarstellung seiner Verpflichtungen herbeizuführen und sich deren Einhaltung durch das Versprechen von Vertragsstrafen sichern zu lassen. Ein sittenwidriges Verhalten kann hierin nicht erblickt werden.

II.

Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Be-

rufungsgerichts, daß eine Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB nicht zulässig sei, weil der Beklagte zu 1) bereits bei Abgabe des Versprechens Vollkaufmann gewesen sei (§§ 348, 351 HGB). Das Berufungsgericht hat für erwiesen erachtet, daß in dem Betrieb des Beklagten zu 1) schon im Januar 1947 fünf Facharbeiter, drei kaufmännische Angestellte und ein kaufmännischer Lehrling tätig gewesen seien, und daß die Mitarbeit des Beklagten zu 1) nur in der Anleitung der Facharbeiter bestanden habe, daß also eine persönliche handwerkliche Mitarbeit des Betriebsinhabers nicht stattgefunden habe. Aus dem letztgenannten Umstand und der in der Zahl der kaufmännischen Angestellten zum Ausdruck kommenden Arbeitsteilung zwischen Werkstattbetrieb und kaufmännisch-technischem Büro hat der Berufungsrichter geschlossen, daß es sich bei dem Betrieb des Beklagten zu 1) um einen über den Umfang des Handwerklichen hinausgehenden kaufmännischen Betrieb gehandelt habe. Die geringe Größe der verfügbaren Räume - nämlich ein Büro von rund 15 qm und eine Werkstatt von rund 20 qm mit vier Maschinen - sieht das Berufungsgericht angesichts der damaligen Raumnot in der zerstörten Stadt Kiel als ausreichend an, um dem Beklagten zu 1) den Betrieb eines entsprechenden Unternehmens zu ermöglichen. Die Revision macht geltend, das Berufungsgericht habe bei diesen Ausführungen den Unterschied zwischen Handwerksbetrieb und kleingewerblichem Unternehmen nicht genügend beachtet und sei so zu einer unzutreffenden Würdigung gelangt. Der Angriff der Revision ist jedenfalls im Ergebnis nicht gerechtfertigt.

Für die Frage der Herabsetzbarkeit der Vertragsstrafe kommt es gemäß §§ 348, 351 HGB darauf an, ob der Beklagte zu 1), falls er überhaupt Kaufmann im Sinne des § 1 HGB war, zu den im § 4 HGB genannten Personen gehörte, d.h.

entweder Handwerker war oder einen nichthandwerklichen Gewerbebetrieb hatte, der über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausging. Maßgebender Zeitpunkt ist dabei nicht der Augenblick der Verwirkung der Vertragsstrafe, sondern der Zeitpunkt der Abgabe des Versprechens, hier also der 21. Januar 1947 (RG JW 1908, 148; 1936, 179; HRR 1932 Nr. 1045). Der Beklagte zu 1) war damals nicht im Handelsregister eingetragen. Dieser Umstand würde es aber nicht hindern, daß ihm die Eigenschaft eines Vollkaufmanns gleichwohl zukam, wenn sein Gewerbebetrieb zu einem der in § 1 HGB angeführten Betriebe gehörte, und wenn die Voraussetzungen des § 4 HGB auf ihn nicht zutrafen. Das Berufungsgericht geht richtig davon aus, daß der Gewerbebetrieb des Beklagten unter § 1 Abs 2 Ziff 1 und 2 HGB fiel. Ob ein Betrieb handwerklicher Art ist, entscheidet sich nach Art und Umfang des Betriebes. Hält der Betrieb sich in seiner inneren Gestaltung - nicht nach seiner äußeren Bezeichnung oder Aufmachung - im Rahmen des Handwerksmäßigen und Handwerksüblichen, so bleibt er Handwerksbetrieb, auch wenn die Umsätze beträchtlich sind. Auf das Handwerksübliche weist es vor allem hin, wenn der Betrieb nach seiner Beschaffenheit die tätige Mitarbeit des Inhabers sowie das Vorhandensein gelernter Hilfskräfte voraussetzt (Staub-Bondi, HGB, 14. Aufl § 4 Anm 9; Gadow, HGB, § 4 Anm 3; Lüringer-Hachenburg-Geiler, HGB, 3. Aufl § 4 Anm 10; Geßler-Hildebrandt, HGB § 4 Anm 9, 10; RG JW 1908, 148; RG vom 22. Januar 1924 - 340/23 -). Wenn das Berufungsgericht aber in dem Fehlen einer handwerklichen Mitarbeit des Beklagten ein entscheidendes Anzeichen für das Vorliegen eines nichthand-

werklichen Betriebs sieht, so hat es hierbei nicht den Vortrag der Beklagten gewürdigt, wonach der Beklagte zu 1) infolge einer in den Jahren 1946 und 1947 überstandenen Erkrankung an Lungentuberkulose an der tätigen Mitarbeit verhindert gewesen sei und sich auf die Anleitung der Facharbeiter habe beschränken müssen. Auch ein Betrieb, dessen Inhaber aus persönlichen Gründen tatsächlich nicht mitarbeitet, kann Handwerksbetrieb sein, da es nur darauf ankommt, ob nach der Anlage des Betriebs die Mitarbeit des Inhabers üblich und typisch ist (Staub-Bondi aaO § 4 Anm 9, 12; Gadow aaO). Dieser Fehler berührt jedoch nicht den Bestand des Urteils, weil sich die Auffassung des Berufungsrichters über die Vollkaufmannseigenschaft des Beklagten zu 1) aus anderen Gründen als zutreffend erweist.

Wie das Berufungsgericht unangefochten feststellt, bestand der wesentliche Teil der gewerblichen Tätigkeit des Beklagten zu 1) im Verkauf von Tauchpumpen, die er zusammensetzen ließ. Des weiteren ergibt der unstreitige Sachverhalt, daß der Beklagte zu 1) in seinem Betrieb nicht nur nebensächliche Zutaten für die Betätigung der Reparaturwerkstatt angeschafft und weiterveräußert hat, sondern daß er in großem Umfange Ersatzteile, wie z.B. Pumpenkörper, Kompressorteile, Lauf- und Leiträder bei Dritten hat herstellen lassen oder sonst erworben und diese Teile in die Pumpen eingebaut hat. Diese Tätigkeit hatte einen solchen Umfang angenommen, daß er z.B. einen Lagerbestand unterhielt, von dem aus gewisse Ersatzteile angeboten wurden. Das kaufmännische Gepräge des Betriebs tritt aber besonders deutlich darin hervor, daß den nur fünf Facharbeitern drei kaufmännische Angestellte und

ein kaufmännischer Lehrling gegenüberstanden. Eine im Verhältnis zur Zahl der Facharbeiter so umfangreiche Ausstattung des kaufmännischen Büros mit Hilfskräften und die darin zum Ausdruck kommende Arbeitsteilung lassen erkennen, daß das Schwergewicht des Betriebs nicht im Handwerklichen lag, sondern daß Art und Umfang des Betriebs hierüber hinausgingen (vgl auch Reichswirtschaftsgericht in DJZ 1932, 172). Dem entspricht es auch, daß der Beklagte Mitglied der Industrie- und Handelskammer war und diese seinen Betrieb als einen solchen industrieller Art begutachtet hat. Auch die Kreishandwerkerschaft hat sich für die Eintragung des Beklagten zu 1) in das Handelsregister ausgesprochen. Wenn sie in ihrer späteren, dem Prozeßgericht erteilten Auskunft erklärt hat, man könne angesichts der flüssigen Grenze zwischen Handwerks- und Industriebetrieb beim Betrieb des Beklagten zu 1) auch ebenso gut von einem Handwerksbetrieb sprechen, so brauchte diese schwankende Haltung der Kreishandwerkerschaft das Berufungsgericht angesichts der sonstigen Umstände des Falles nicht zu einer Verneinung der Kaufmannseigenschaft des Beklagten zu veranlassen. Es kommt mithin nur noch darauf an, ob sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausging (§ 4 Abs 1 HGB). Insoweit hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung darauf abgestellt, ob der Betrieb nach Art, Umfang und Organisation als Kleingewerbe zu betrachten sei. Ohne Rechtsirrtum hat es diese Frage auf Grund der Zahl der Beschäftigten und der Höhe der Umsätze (1946: 100.000 RM) in Übereinstimmung mit der gutachtlichen Stellungnahme

der Industrie- und Handelskammer verneint.

Die von der Revision unter Hinweis auf § 286 ZPO hiergegen erhobenen Angriffe sind nicht gerechtfertigt. Die Auskunft der Kreishandwerkerschaft Kiel vom 18. November 1949 ist vom Berufungsgericht gewürdigt worden. Die räumliche Beengtheit des Betriebs hat das Berufungsgericht ebenfalls berücksichtigt und einleuchtend mit den damaligen besonders schwierigen Raumverhältnissen in Kiel erklärt. Unrichtig ist die Auffassung der Revision, daß die Zeugen A. [REDACTED] und W. [REDACTED] nur das Vorhandensein von fünf Facharbeitern und einem kaufmännischen Lehrling bestätigt hätten. Ihre Bekundung ging vielmehr dahin, daß im Januar 1947 "mindestens fünf Facharbeiter, ferner die Arbeitskräfte des Büros, wie auch ein kaufmännischer Lehrling" beschäftigt worden seien. Von einem Widerspruch dieser Zeugenbekundung zu der Auskunft der Industrie- und Handelskammer kann mithin keine Rede sein. Für den Vortrag der Revision, daß dieser Personalbestand über das sachlich Gebotene hinausgegangen sei, fehlt es an jedem tatsächlichen Anhaltspunkt. Angesichts der vom Berufungsgericht über Art und Umfang des Betriebs getroffenen Feststellungen brauchte der Berufsrichter auch nicht auf die Frage einzugehen, aus welchen Gründen der Beklagte zu 1) nicht in das Handelsregister eingetragen worden sei, obwohl er anscheinend seine Eintragung beantragt hatte. Ob schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 2) habe im Jahre 1947 ein Gehalt von rund 2000 RM monatlich gehabt, im Einklang mit dem Parteivortrag steht, und ob die Höhe des Gehalts im Jahre 1947 für die Frage des Geschäftsumfanges im

Januar 1947 von entscheidender Bedeutung sein kann, mag auf sich beruhen, da bereits die übrigen vom Berufungsgericht dargelegten Umstände seine Auffassung über die Eigenschaft des Beklagten zu 1) als Vollkaufmann hinreichend tragen.

III.

Die Haftung des Beklagten zu 2) ergibt sich dem Grunde nach, soweit die Zuwiderhandlungen nach Gründung der offenen Handelsgesellschaft stattgefunden haben, aus § 128 HGB und, soweit es sich um Vertragsstrafen handelt, die schon vor diesem Zeitpunkt durch Handlungen des Beklagten zu 1) verwirkt waren, aus den §§ 28, 128 HGB. Eines Eingehens auf die von der Revision zur Erörterung gestellte Frage, ob die Haftungsvorschrift des § 28 HGB auch dann Platz greift, wenn jemand in das Geschäft eines Minderkaufmannes eintritt (bejahend RGZ 164, 115 119; a.M. Gessler-Hildebrandt, HGB, § 28 Anm 3), bedarf es nicht, da der Beklagte zu 1) bei Gründung der offenen Handelsgesellschaft bereits Vollkaufmann war.

IV.

1) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte zu 1) habe gegen die von ihm anerkannte einstweilige Verfügung in mindestens 31 Fällen schuldhaft verstoßen. In 14 Fällen, die vor dem Währungsstichtag liegen, hat es die verwirkte Vertragsstrafe gemäß § 16 UmstG auf jeweils 300 DM umgestellt; in 17 Fällen, in denen die Zuwiderhandlungen nach dem Währungsstichtag stattgefunden haben, hat es gemäß § 2 WährG die volle Vertragsstrafe von je 3000 DM eingesetzt. Das ist rechtlich unbedenklich

(BGH vom 14.3.1951, Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk Nr 1 zu § 339 BGB). Das Berufungsgericht gelangt auf diese Weise zu einem verwirkten Betrag von insgesamt 55.200 DM und sieht damit den geltend gemachten Klageanspruch von 40.000 DM als in jedem Fall gerechtfertigt an.

Der zunächst erhobene Einwand der Revision, die einstweilige Verfügung sei sachlichrechtlich ganz oder teilweise zu Unrecht ergangen, das Anerkenntnis des Beklagten zu 1) mithin ohne rechtlichen Grund abgegeben und daher rückforderbar (§ 812 BGB), kann nicht durchgreifen. Der Zweck des Anerkenntnisses war es, zur Vermeidung des mit der Durchführung der Hauptklage verbundenen Kostenrisikos die einstweilige Verfügung als endgültige Regelung hinzunehmen und damit für die Zukunft eine klare Rechtslage zu schaffen. Ob diese Regelung den Charakter eines Vergleichs im Sinne des § 779 BGB hat, braucht nicht entschieden zu werden, denn jedenfalls war die Beseitigung des Streites über den Umfang der Unterlassungsverpflichtung des Beklagten der mit dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg. In einem solchen Falle ist das Anerkenntnis auch dann nicht ohne Rechtsgrund abgegeben worden, wenn es entgegen der wahren Rechtslage erklärt sein sollte (RG Recht 1915 Nr 2267; RGRK 8. Aufl Anm 3 vor § 780; Planck BGB 4. Aufl § 812 Erl 5).

2) Ein größerer Teil der Verletzungsfälle betrifft die Neuentwicklung des Elektromotors. Der Senat hat in dem Rechtsstreit des Klägers gegen die Firma Pumpenwart B. Stützel, in welchem die Verletzung derselben Patente des Klägers durch die dort Beklagten zur Entscheidung stand, den Schutzzumfang der beiden Patente geprüft und ist in dem Urteil vom 12. Juni 1951 - I ZR 75/50 - (GRUR 1951, 449) zu dem Ergebnis gelangt, daß der Elektromotor nicht zu den patentrechtlich geschützten Teilen gehört, da keinerlei erfindungsgemäße Beziehung des Motors zu dem Er-

findungsgegenstand bestehe, der Motor vielmehr nur das Mittel zur Erzeugung der Antriebskraft für die Förderung der Brumenflüssigkeit durch die Druckleitung hindurch darstelle. In dieser Rechtsauffassung ist auch in dem vorliegenden Streit festzuhalten. Durch die vertragsgemäße Einbeziehung des Elektromotors in die Unterlassungsverpflichtung des Beklagten zu 1) sind mithin die Schutzrechte des Klägers auf einen Gegenstand ausgedehnt worden, der nach der Patentrechtslage von dem gesetzlichen Patentschutz nicht erfaßt wird. Damit erhebt sich die Frage, ob eine solche Vereinbarung angesichts der Verordnung Nr 78 der britischen Militärregierung über das Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft rechtsgültig ist. Das Berufungsgericht ist auf diese Frage nicht eingegangen, sie muß aber von Amtswegen geprüft werden, da bei Anwendbarkeit der Verordnung Nr 78 insoweit Nichtigkeit kraft Gesetzes eintritt (§ 134 BGB).

a) Die Verordnung Nr 78 ist nach ihrem Art VIII am 12. Februar 1947 in Kraft getreten. Sie greift nach ihren im Vorspruch hervorgehobenen Zielen zweifelsfrei auch in solche Rechtsverhältnisse ein, die bereits bei ihrem Inkrafttreten bestanden haben (Lindenmaier BB 1950, 877; Würdinger GEUR 1949, 276 [281]). Nach Art I Ziff 1 sind "übermäßige Konzentrationen der deutschen Wirtschaftskraft" verboten und zu beseitigen. Nach Art I Ziff 2 gelten u.a. alle Formen von Absprachen oder gemeinschaftlichen Unternehmungen als übermäßige Konzentrationen der Wirtschaftskraft, wenn der Zweck oder die Wirkung in der Beschränkung des Binnen- oder Welthandels oder anderer wirtschaftlicher Tätigkeit besteht.

Zu den Absprachen dieser Art gehören nach Art V c Ziff 7

"Abmachungen im Zusammenhang mit der Ausbeutung von Patenten oder anderen ähnlichen ausschließlichen Schutzrechten mit dem Ziele, das Monopol oder das Schutzrecht auf Gegenstände auszudehnen, die in der gesetzmäßigen Erteilung nicht enthalten sind."

b) Geht man nur vom Wortlaut der Verordnung aus, so würde die Verpflichtungserklärung des Beklagten zu 1), soweit sie den Elektromotor betrifft - und das Gleiche könnte auch für die Kreiselpumpe und ihre Teile gelten - ohne rechtliche Wirksamkeit sein. Allerdings kann nach Lage der Sache nicht davon gesprochen werden, daß die Parteien bei Abschluß der Vereinbarung "mit dem Ziele" gehandelt haben, das gesetzliche Schutzrecht über seinen Umfang hinaus auszudehnen, doch geht die deutsche Übersetzung in der Hervorhebung des subjektiven Moments der Zweckbestimmung über den gemäß Proklamation Nr 2 der Militärregierung maßgebenden englischen Text hinaus, wo es nur heißt: "so as to extend..." Auch der Vorschlag des nord-amerikanischen State Departments an die United Nations über die Schaffung einer World Trade Charter (Havana Charter), dem sich die Regelung der Verordnung Nr 78 und das gleichlautende amerikanische MilReg-Gesetz Nr 56 weitgehend anschließen, zählt im Art 34 zu den verbotenen Vereinbarungen:

"combinations, agreements or other arrangements which
.....

f) extend the use of rights under patents, trademarks or copyrights to matters not properly within the scope, or to products or services which are not the immediate subjects, of the authorized grant."

(vgl. Würdinger: Gesetz und Recht 1947, 347; Haussmann-Würdinger MDR 1947, 174 ff).

Das subjektive Moment der Zweckbestimmung wird also auch dort nicht hervorgehoben.

c) Gleichwohl erweist sich die Anwendung der Verordnung Nr. 78 auf den vorliegenden Fall als nicht gerechtfertigt. Dem Gesetz kommt es darauf an, alle Formen von Abmachungen zu untersagen, die zu einer Beschränkung des Wettbewerbs (restraint of trade) oder zu einer monopolistischen Kontrolle führen. Nach dem deutschen Patentrecht ist der Schutzzumfang des Patents durch Auslegung zu ermitteln. Anders als das nordamerikanische Recht mit seiner weitgehenden Konkretisierung der Schutzansprüche bemißt sich nach deutscher ständiger Rechtsübung der Schutzzumfang eines Patents nach der Reichweite des Erfindungsgedankens, selbst wenn dieser in dem buchstäblichen Sinn der Patentansprüche nicht in voller Klarheit zum Ausdruck kommt. Das bringt es mit sich, daß in manchen Fällen Zweifel über den Schutzzumfang eines Patents entstehen, die letztlich nur durch gerichtliche Entscheidung beseitigt werden können. Wenn in solchen Fällen die Beteiligten zur Vermeidung oder Abkürzung von Rechtsstreitigkeiten eine Vereinbarung treffen, die den Schutzzumfang mit Wirkung für die Parteien festlegt, und wenn sich diese Vereinbarung innerhalb derjenigen Grenzen des Schutzzumfangs hält, über die auch bei objektiver Beurteilung ernsthafte Zweifel bestehen können, so würde es wirtschaftlicher Vernunft widersprechen, eine solche Abmachung unter dem Gesichtspunkt des Art. Vc Ziff. 7 der Verordnung Nr. 78 durch die ordentlichen Gerichte darauf prüfen zu lassen, ob die dem Patentinhaber durch die Ver-

einbarung gewährten Rechte über dasjenige hinausgehen, was das Gericht als wirklichen Schutzzumfang ansehen würde, wenn es hierüber im Streitfalle zu entscheiden hätte. Eine solche Handhabung müßte dazu führen, daß in Verletzungsstreitigkeiten, die sich auf den Schutzzumfang eines Patents beziehen, die Parteien in der Regel überhaupt davon absehen sich auf gutlichem Wege über eine Abgrenzung des Schutzbereichs zu einigen. Eine so unvernünftige Folge kann von der Verordnung Nr. 78 nicht gewollt sein. Diesem Gesetz liegt in weitem Umfang die nordamerikanische Antitrust-Gesetzgebung und -Rechtsprechung zugrunde. Der Gesetzestext ist der deutschen Rechtssprache und den deutschen Rechtsbegriffen nicht angepaßt, verwendet vielmehr die Begriffe des anglo-amerikanischen Rechtskreises, die sich in der Antitrust-Rechtsprechung herausgebildet haben (vgl. Würdinger aaO; derselbe GRUR 1949, 276; Remmert, Gesetz Nr. 56 Seite 21, 35; Köhring GRUR 1950, 496; Lampert GRUR 1950, 1; Lindenmaier BB 1950, 877; Mueller BB 1947, 137; Ewald GRUR 1951, 153). Das amerikanische Antitrust-Recht beruht im wesentlichen auf dem Sherman Act (1890), dem Clayton Act (1914) und dem Miller-Tidings Act (1937) (vgl. Remmert aaO; Trumpler, Unlauterer Wettbewerb und Antitrust-Recht 1944, S. 61 ff). Indessen wurde seit dem Urteil des Supreme Court in Sachen Standard-Oil Comp. of New Jersey gegen U.S. im Jahre 1911 (221 US 1) für die Anwendung des Sherman Acts die dem Common Law angehörige "rule of reason" für anwendbar erklärt, und es finden sich viele höchststrichterliche Entscheidungen, in denen die Frage gestellt ist, ob eine Vereinbarung "reasonable" oder "unreasonable" ist (Würdinger: Gesetz und Recht S. 343 ff; Engelmann: Kampf

gegen die Monopole in den USA, 1951, S 54 ff, 58 ff, 97 ff). Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob der Gedanke der rule of reason, wie im Schrifttum gefordert wird, allgemein zur Auslegung der Verordnung Nr 78 herangezogen werden muß. Wesentlich ist nur, daß auch nach den im Heimatland der Antitrust-Gesetzgebung bestehenden Anschauungen die Frage, ob eine Abmachung "reasonable" ist oder nicht, zum allgemeinen Gedankengut der Antitrust-Rechtsprechung gehört.

Danach kann es nicht gerechtfertigt sein, durch buchstäbliche Anwendung des Art Vc Ziff 7 MilRegVO Nr 78 die Beteiligten daran zu hindern, in Zukunft überhaupt noch Vereinbarungen zur friedlichen Beilegung eines Patentverletzungsstreits zu treffen. Denn der Wortlaut dieser Vorschrift berücksichtigt offensichtlich nicht die besondere Lage, in der sich die Parteien nach deutschem Patentrecht bei Streitigkeiten über den Schutzzumfang eines Patents befinden. Es müssen also Abmachungen zulässig sein, die sich innerhalb desjenigen Spielraums des Schutzzumfangs eines Patents halten, über dessen Abgrenzung ernstliche Zweifel möglich sind. Weitere Voraussetzung für die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung ist, daß beide Parteien in der Vorstellung gehandelt haben, durch die Abmachung dem Ausschließlichkeitsrecht keinen weitergehenden Inhalt zu geben, als er ihm bei richtiger Auslegung des Patents gesetzlich zukommt (Lampert GRUR 1950, 7; Möhring GAUR 1950, 506). So liegt es aber hier. Der Kläger hat vom Beklagten zu 1) nicht mehr verlangt, als ihm durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Düsseldorf zugesprochen worden war. Für seinen guten Glauben kann er sich mithin auf

dieses gerichtliche Erkenntnis stützen, während andererseits der Verzicht des Beklagten zu 1) auf die Durchführung des Verletzungsstreits deutlich zeigt, daß er eine Bekämpfung der einstweiligen Verfügung für aussichtslos hielt, mithin also dem Kläger gewiß nicht mehr gewähren wollte, als diesem nach dem Gesetz zustand. Zudem beweist der Verlauf des Verletzungsstreits, den der Kläger gegen die Firma Pumpen-
art B. & S. angestrengt hatte, daß über den Umfang des den Patenten des Klägers zukommenden Schutzes auch bei den Gerichten erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestanden. Denn noch das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte in jenem Rechtsstreit den Standpunkt des Klägers hinsichtlich des Elektromotors als richtig anerkannt und erst in der Revisionsinstanz wurde durch das - bereits erwähnte - Urteil des Senats vom 12. Juni 1951 klargestellt, daß der Elektromotor in den Patentschutz nicht einbezogen werden kann. Darin allein aber, daß beide Parteien bei Abschluß der Vereinbarung vom 21. Januar 1947 über die Rechtslage geirrt haben, kann ein Verstoß gegen die Verordnung Nr. 78 nicht gefunden werden.

Daraus folgt aber, daß die Verurteilung wegen der Neuentwicklung von Elektromotoren zu Recht ergangen ist. Denn die Neuentwicklung kommt einer Neubildung des Elektromotors gleich, die dem Beklagten zu 1) unter I b der einstweiligen Verfügung vom 29. Mai 1946 ausdrücklich auch im Zusammenhang mit Reparaturen untersagt worden ist. Dafür, daß insoweit die sich an die einstweilige Verfügung anschließende Verpflichtungserklärung des Beklagten zu 1) den Rahmen des gesetzlichen Patentschutzes überschreitet, ist kein Anhaltspunkt vorhanden.

3) Dagegen liegt ein Verstoß gegen die MilRegVO Nr 78 in einem anderen Punkte vor. Die einstweilige Verfügung vom 29. Mai 1946 umfaßt nach Wortlaut und Begründung auch den Einbau von solchen Ersatzteilen, die mit Zustimmung des Klägers oder seines ausschließlichen Lizenznehmers in den Verkehr gelangt sind. Auf Grund der Lehre vom Zusammenhang der Benutzungsarten wird aber eine vom Patentinhaber (oder dem Inhaber einer Herstellungs- und Verkaufslizenz) hergestellte Ware dann patentfrei, wenn sie durch Veräußerung seitens des Berechtigten in den Verkehr gelangt (RG 51, 139; BGH vom 12. Juni 1951, GRUR 1951, 449). Durch die Einbeziehung solcher gemeinfrei gewordenen Teile in die Vereinbarung vom 21. Januar 1947 ist das Ausschließlichkeitsrecht des Klägers auf Gegenstände ausgedehnt worden, die nach deutschem Patentrecht vom Patentschutz nicht mehr erfaßt werden. Das bedeutet aber einen klaren Verstoß gegen die MilRegVO Nr 78. Hieran würde auch eine etwaige Gutgläubigkeit der Parteien nichts ändern, denn insoweit handelt es sich nicht um die Abgrenzung des streitigen Schutzzumfanges eines bestimmten Patents, sondern um die Nichtbeachtung eines für alle Patente geltenden allgemeinen Rechtssatzes.

Die Beklagten haben Behauptungen über den Einbau von gemeinfrei gewordenen Kompressorteilen in der Klagebeantwortung aufgestellt und in der Berufungsbegründung sowie im Schriftsat. vom 18. Oktober 1949 wiederholt. Von diesem Einwand werden die folgenden Fälle betroffen: Beleg Nr 94, 113, 97, 100, 98, 99, 110. Da die Richtigkeit dieser Behauptungen für die Revisionsinstanz unterstellt werden muß, sind die für diese Fälle zugesprochenen Beträge von

der Gesamtsumme abzusetzen. In den Fällen der Belege Nr 50, 28 und 108 sind jedoch außer dem Kompressorkreisel noch andere Teile angeboten oder geliefert worden; die hierauf entfallenden Beträge können daher nicht abgesetzt werden.

4) Beim Beleg Nr 61 fehlt es an einer tatsächlichen Feststellung, um was für einen "neuen Pumpenteil" es sich handelt. Der hierfür zugesprochene Betrag muß daher außer Betracht bleiben.

5) Die hiernach gebotene Ausscheidung von einer Reihe von Fällen berührt aber den Bestand des angefochtenen Urteils im Ergebnis nicht. Das Berufungsgericht hat unter Ziff 6 a und b für verwirkt angesehen 35.400,- DM

Hiervon sind die vorerwähnten 8 Fälle abzusetzen, und zwar

Nr 94, 113, 97, 100 zu je 300,- DM = 1.200,- DM

Nr 98, 61, 99, 110 zu je 3000,- DM = 12.000,- DM

13.200,- DM 13.200,- DM

Es verbleiben mithin

22.200,- DM

Hierzu treten 12 Fälle für Neuwicklung des Motors, nämlich

6 Fälle zu je 300,- DM = 1.800,- DM und

6 Fälle zu je 3.000,- DM = 18.000,- DM

19.800,- DM

19.800,- DM

42.000,- DM

=====

Die Verurteilung erstreckt sich mithin auf alle vom Berufungsgericht festgestellten Verletzungsfälle mit Ausnahme der zu den Belegen Nr 94, 113, 97, 100, 98, 61, 99, 110 gehörigen, jedoch mit der Maßgabe, daß der vom Berufungs-

gericht zu Ziff 6 b zuletzt aufgeführte Fall - Beleg
Nr 95 - nur mit einem Teilbetrag von 1.000 RM erfaßt
ist.

6) Unbegründet ist schließlich die Bemängelung der
Kostenentscheidung durch die Revision. Wenn das Berufungs-
gericht in der Erklärung des Klägers, die er in der münd-
lichen Verhandlung vom 25. November 1949 abgegeben hat,
keine Zurücknahme der Klage gegen die zunächst noch be-
klagte offene Handelsgesellschaft erblickt hat, so ist dies
aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zutreffend hat
außerdem das Berufungsgericht darauf hingewiesen, daß Ge-
sellschafter der offenen Handelsgesellschaft nur die beiden
anderen Beklagten waren und sämtliche Beklagten von dem-
selben Prozeßbevollmächtigten vertreten waren, besondere
Kosten also nicht entstanden sind.

Die Revision war hiernach mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Heidenhain

Birnbach

Schmidt

Wilde

Krüger-Lieland