

I ZR 81/60

Verkündet

am 5. Januar 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

der Firma Heinrich K [REDACTED] KG, Schuhfabrik in P [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Walter K [REDACTED], P [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

den Kaufmann Hermann D [REDACTED], M [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.von [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 5. Januar 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundes-
richter Pehle, Dr. Spengler, Ebel und Claßen

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Neustadt/
Weinstraße vom 22. Dezember 1959 wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Erfinder eines Damenschuhes mit Metallabsatz und auswechselbarem Lauffleck. Das ihm auf Grund des Ersten Überleitungsgesetzes vom 8. Juli 1949 mit Wirkung vom 2. Oktober 1948 erteilte Patent Nr. 810 361 ist inzwischen wegen Nichtzahlung der 7. Jahresgebühr gelöscht.

Im August 1952 führte der Kläger mit der Beklagten Verhandlungen über die Herstellung und den Vertrieb solcher Schuhe. Die Beklagte versprach zunächst, einige Musterschuhe herzustellen, zögerte die Herstellung aber trotz wiederholter Mahnungen des Klägers bis zum Frühjahr 1953 hinaus. Mit Schreiben vom 22. Oktober 1953 forderte dieser die der Beklagten übergebenen Schuhleisten, Stanzmesser und Metallabsätze zurück, die nach Erhebung einer Herausgabeklage am 19. Januar 1954 dem Kläger zurückgegeben wurden.

Der Kläger behauptet, im August 1952 sei mündlich ein Lizenzvertrag zustande gekommen, durch den er der Beklagten das ausschließliche Recht zur Auswertung seiner Erfindung übertragen habe; je Paar Schuhe sei eine Lizenzgebühr von 1 DM vereinbart und außerdem eine Einigung dahin erzielt worden, daß er gegen eine Provision von 6 % des auf 25 DM veranschlagten Verkaufspreises den Vertrieb im Bundesgebiet und in West-Berlin für Rechnung der Beklagten zu übernehmen und ihr ferner die erforderlichen Metallabsätze nebst Zubehör und Ersatzlaufflecken gegen Entgelt zu liefern habe. Er fordert mit der am 28. Dezember 1956 zugestellten Klage Schadensersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung dieses behaupteten, durch seine Kündigung jedenfalls beendeten Vertrages. Sein Antrag ging zunächst auf Zahlung eines der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrages; den Gesamtschaden für 40 Monate bezifferte der Kläger hierbei unter Aufgliederung in Provisionsverlust, in Entgang

von Lizenzgebühren und Verkaufsgewinnen, und in Werbeaufwendungen auf etwa 193 000 DM. Mit Schriftsatz vom 18. Februar 1957 erklärte der Kläger sodann unter Aufrechterhaltung seiner Schadensberechnung, mit der vorliegenden Klage den in den Monaten November und Dezember 1952 entstandenen Schaden geltend zu machen. Er beantragte,

die Beklagte zur Zahlung eines Teilbetrages von 10 700 DM und 5 % Zinsen seit 1. Januar 1953 zu verurteilen.

In der mündlichen Verhandlung erklärte der Kläger hierzu weiter, vorsorglich stütze er den Klageanspruch auch auf den in späterer Zeit entstandenen Schaden.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt, das Zustandekommen eines endgültigen Vertrages bestritten, die Erfindung auch als technisch nicht ausführbar, jedenfalls aber als fabrikatorisch nicht ausführbar bezeichnet und die Einrede der Verjährung erhoben.

Land- und Oberlandesgericht hatten zunächst dahingestellt gelassen, ob ein Vertrag geschlossen worden sei, und die Klage abgewiesen, weil der Kläger nicht entsprechend § 326 BGB vorgegangen sei. Diese Urteile hat der erkennende Senat durch Urteil vom 22. Mai 1959 - I ZR 46/58 - (abgedruckt GRUR 1959, 616) aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat nach Beweisaufnahme nunmehr das landgerichtliche Urteil abgeändert, die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Landgericht zurückverwiesen, diesem auch die Entscheidung über die Kosten des Berufungs- und des Revisionsrechtszuges übertragen.



Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen, hilfsweise, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger mit dem damaligen Alleininhaber der Beklagten im August 1952 zwei Unterredungen gehabt. Bei der ersten sei vereinbart worden, daß die Beklagte zwei Paar Schuhe herstelle, um zu prüfen, ob der in Aussicht genommenen Herstellung fabrikatorische Schwierigkeiten entgegenständen. Diese Probeschuhe seien zur Zufriedenheit beider Parteien ausgefallen. Bei der zweiten Besprechung sei dem Kläger, wie auch später noch einmal, erklärt worden, daß keine Herstellungsschwierigkeiten beständen; daraufhin sei der vom Kläger behauptete Vertrag mündlich zustande gekommen; darin habe die Beklagte sich insbesondere verpflichtet, dem Kläger zunächst eine Musterkollektion von Damenschuhen mit dem patentierten Metallabsatz anzufertigen, um ihm zu ermöglichen, Aufträge hereinzuholen; die Produktion habe sofort aufgenommen werden sollen; es habe sich nicht mehr um die bloße Erprobung der Erfindung, nicht um einen Vorvertrag, sondern um einen sofort wirksamen "Hauptvertrag" gehandelt. Das Berufungsgericht stützt seine Würdigung namentlich auf eidliche Aussagen zweier Zeugen und auf Schreiben der Beklagten vom 9. Oktober 1952, 13. Februar und 23. Juli 1953, in denen die Beklagte weder ihre Pflicht zur Lieferung der Musterschuhe in Abrede gestellt noch geltend gemacht habe, daß deren Herstellung Schwierigkeiten entgegenständen.

1. Die Revision macht zunächst geltend, die Annahme des Berufungsgerichts, daß der behauptete Vertrag mündlich zustande gekommen sei, verstoße gegen die allgemeine Lebenserfahrung, nach der Verträge von so weittragender Bedeutung in aller Regel schriftlich geschlossen zu werden pflegten.

Dieser auf § 286 ZPO gestützte Angriff ist nicht begründet, denn das Berufungsgericht hat den von der Revision bezeichneten Erfahrungssatz nicht unberücksichtigt gelassen und auch sein Gewicht nicht verkannt. Es hat ihn vielmehr an die Spitze seiner Erwägungen gestellt und die Ungewöhnlichkeit eines mündlichen Vertragsschlusses bei derartigen Umständen ausdrücklich hervorgehoben, hier aber auf Grund eingehender Beweisaufnahme und in ausführlicher Begründung eine Ausnahme von der Regel als gegeben erachtet.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe den Inhalt der Schreiben des Klägers vom 7. Februar und 1. März 1953 außer acht gelassen, damit die Korrespondenz nur lückenhaft gewürdigt und gegen § 286 ZPO verstoßen; aus diesen Schreiben ergebe sich, daß nicht einmal der Kläger selbst angenommen habe, daß ein Vertrag bereits zustande gekommen sei.

Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben, denn aus den beiden Schreiben des Klägers ergibt sich der von der Revision gezogene Schluß nicht. Wenn der Kläger dort der Beklagten vorhält, sie wäre verpflichtet gewesen, ihm ihre Absicht, die Schuhe nicht herzustellen, in kürzester Frist mitzuteilen, so läßt diese Erklärung sich im Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt beider Schreiben nur dahin verstehen, daß er der Beklagten ihre Verantwortung für die Schadensentwicklung vorhalten wollte. Im übrigen enthalten beide

Schreiben nichts, was für die Auslegung des Verhaltens der Vertragschließenden von solcher Bedeutung wäre, daß der Tatrichter es in den Urteilsgründen zu behandeln hatte; keinesfalls war er deshalb gehalten, sich in der schriftlichen Beweiswürdigung mit diesen Einzelheiten zu befassen, wenn die Begründung im übrigen ergibt, daß eine sachgerechte Würdigung aller wesentlichen Gesichtspunkte stattgefunden hat (BGHZ 3, 162, 175); das ist hier der Fall.

3. Die Revision macht ferner geltend, die Beklagte habe der Behauptung vom Zustandekommen des Vertrages auch entgegengehalten, es hätten noch keine Probestücke vorgelegen, die Erfindung sei überdies praktisch nicht ausführbar gewesen; hierfür habe sie sich auf das Zeugnis des Wilhelm K. [REDACTED] bezogen, dessen im Armenrechtsverfahren erstattete Aussage das Berufungsgericht verfahrenswidrig verwertet habe, obwohl seine Vernehmung als Zeuge beantragt gewesen sei.

Dieser Angriff geht zum Teil von unzutreffenden Voraussetzungen aus. Der Zusammenhang des Vorbringens der Beklagten ergibt nämlich nicht, daß sie diesen Zeugen auch dafür benannt habe, daß keine Probestücke vorgelegen hätten; denn einmal konnten über diese Frage ersichtlich nur die bei Vertragsschluß anwesend gewesenen Personen aussagen, zu denen der Zeuge Kind nicht gehörte; außerdem ergibt auch der Inhalt der eingehenden Aussage dieses Zeugen im Armenrechtsverfahren, daß seine Vernehmung nur für die zweite Frage in Betracht kam, ob die Erfindung praktisch ausführbar war, denn mit der Fabrikation des fraglichen Schuhs war der Zeuge als früherer Betriebsleiter der Firma E. [REDACTED] befaßt gewesen. Vor allem aber konnte das Berufungsgericht den Beweisantrag der Beklagten unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung seiner Fassung im Schriftsatz vom 30. September 1959 dahin verstehen, daß der Zeuge nur zur

Frage der Ausführbarkeit der Erfindung benannt werde, zumal sich der an derselben Stelle angebotene weitere Beweis durch Sachverständige gleichfalls nur auf diese Frage beziehen konnte.

Es ist nun allerdings richtig, daß das Ergebnis einer Zeugenvernehmung, die im Armenrechtsverfahren nach § 118 a ZPO stattgefunden hat, im folgenden Prozeßverfahren dann nicht verwertet werden darf, wenn eine Partei die nochmalige Vernehmung beantragt, denn die Beweisaufnahme im Armenrechtsverfahren braucht nur dem begrenzten Ziele der Darlegung hinreichender Erfolgsaussicht zu dienen, also nicht erschöpfend zu sein (BGH NJW 1960, 862, 863). Die hierauf gestützte Revisionsrüge ist aber nicht schlüssig, denn sie macht nicht ersichtlich, was die Beklagte im einzelnen über das von dem Zeugen in jener Vernehmung Bekundete hinaus in sein Wissen stellen wollte. Was der Zeuge bekundet hatte, ist aber vom Berufungsgericht als wahr behandelt worden. Wenn das Berufungsgericht diese Aussage gleichwohl seiner Entscheidung als unerheblich nicht zugrunde gelegt hat, weil das die Herstellungsschwierigkeiten veranlassende Material, eine zu spröde Feder, später ausgetauscht worden sei, so wird dies von der Verfahrensrüge nicht betroffen. Eine Vernehmung des Zeugen hierüber war jedenfalls nicht beantragt.

In dem Unterbleiben nochmaliger Vernehmung kann ein Verfahrensverstoß ferner auch deshalb nicht erblickt werden, weil die Beklagte - wie das Berufungsgericht feststellt - hinsichtlich der Unausführbarkeit keine substantiierten Behauptungen aufgestellt hatte. Auf keinen Fall konnte das Berufungsgericht bei dieser Sachlage nach Erhebung der übrigen von der Beklagten angebotenen Beweise annehmen, diese bestehe zur Frage der Ausführbarkeit auf der nochmaligen Vernehmung des Zeugen K[REDACTED].

II. Das Berufungsgericht hat sich sodann die Frage vorgelegt, ob etwa der Vertrag hinsichtlich der Verwertung des Patents auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb nach § 306 BGB nichtig gewesen sei. Unter diesem Gesichtspunkt hat es die Frage der "praktischen" Ausführbarkeit des Patents und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit seiner Verwertung behandelt und bezüglich beider Fragen hinreichende Anhaltspunkte zur Verneinung als nicht gegeben erachtet.

Die Revision meint, auch diese Fragen seien schon im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zustandekommen des behaupteten Vertrages zu behandeln gewesen; der Kläger habe also das Risiko auch der wirtschaftlichen Verwertbarkeit einer fabrikmäßigen Herstellung mindestens hinsichtlich der eigenen Leistung tragen sollen. Das Berufungsgericht habe durch Nichterhebung des hierzu angebotenen Sachverständigenbeweises gegen §§ 286, 402 ZPO verstoßen.

1. Auch insoweit kann die Revision keinen Erfolg haben. Es mag zwar nicht ausgeschlossen sein, daß sogar der wirksame Abschluß des Vertrages nach dem Willen der Verhandelnden davon abhängen soll, daß die fragliche Erfindung sich als fabrikatorisch ausführbar und wirtschaftlich nutzbringend verwertbar erweist. Ob ein solcher Wille im Einzelfall angenommen werden kann, ist aber eine Frage der Auslegung; diese ist bei Verträgen der hier gegebenen Art, da sie keinen typischen, sondern individuellen Inhalt haben, im Revisionsrechtszuge nur daraufhin nachprüfbar, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt worden sind (BGHZ 28, 144 = GRUR 1959, 125, 127 - Pansana). Das Berufungsgericht, das diese Frage gesehen hat, ist jedoch aus rechtlich nicht angreifbaren Er-

wägungen zu der Feststellung gelangt, daß die Parteien einen sofort wirksamen "Hauptvertrag" haben schließen wollen, nachdem die Beklagte sich durch eine Probeherstellung davon überzeugt hatte, daß der Fabrikation keine Schwierigkeiten entgegen standen.

2. Die Revision - wie auch das Berufungsgericht - unterscheidet bei ihren Ausführungen nicht scharf zwischen der technischen Ausführbarkeit der Erfindung als solcher, die eine Voraussetzung ihrer Patentfähigkeit bildet und deren Fehlen daher Vernichtbarkeit des Patents bedeutet, zwischen der Eignung der Erfindung zur fabrikmäßigen Herstellung und schließlich der nutzbringenden wirtschaftlichen Verwertbarkeit. Wenn die Revision mit der "praktischen" Ausführbarkeit auch die zuerst genannte technische Ausführbarkeit erfassen will, so würde sich allerdings die Frage stellen können, ob deren Fehlen zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 306 BGB führen kann oder ob nicht auch dann, wie es der erkennende Senat auch für sonstige Fälle der Vernichtbarkeit eines Patents angenommen hat, der Vertrag als wirksam zu erachten und lediglich den veränderten Verhältnissen unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB anzupassen ist (BGH GRUR 1957, 595 - Verwandlungstisch; BGH GRUR 1961, 494, 495 - Hubroller; vgl. auch Urteil des Senats vom 22. Mai 1959 - I ZR 51/58). Das kann jedoch auch hier dahingestellt bleiben, denn das Berufungsgericht hat die technische Ausführbarkeit als solche ohne Rechtsirrtum bejaht. Seine Überzeugung hat es insoweit auf die Tatsache gestützt, daß Schuhe der fraglichen Art und Ausführung bereits von Dritten in größerer Zahl fabrikmäßig hergestellt und im ordnungsmäßigen Handel verkauft worden waren; zusätzlich hat es auf den Umstand verwiesen, daß auch die Beklagte selbst solche Schuhe probeweise herstellt und weder bei Vertragsschluß noch in der Korrespon-

denz die Unausführbarkeit geltend gemacht hatte. Mit diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist rechtsirrtumsfrei zugleich auch die fabrikatorische Ausführbarkeit der Schuhe festgestellt. Die Beklagte ist nicht dadurch beschwert, daß das Berufungsgericht die letztere Frage jedenfalls rechtsirrtümlich im Rahmen des § 306 BGB untersucht hat.

Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht gehalten, Sachverständigenbeweis darüber zu erheben, ob Schuhe nach dem Patent des Klägers überhaupt oder fabrikmäßig hergestellt werden konnten, zumal da die Beklagte es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unterlassen hat, insoweit bestimmte Mängel zu behaupten.

3. Es stellt auch keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten dar, wenn das Berufungsgericht weiter geprüft hat, ob der Vertrag mangels nutzbringender Verwertbarkeit auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb nach § 306 BGB nichtig war. Beim Fehlen besonderer Anhaltspunkte ist jedenfalls im allgemeinen davon auszugehen, daß der Lizenznehmer das Risiko der wirtschaftlich nutzbringenden Verwertbarkeit des Patents trägt. Den hierauf bezüglichen Ausführungen des Berufungsurteils liegt allerdings möglicherweise die Auffassung zugrunde, daß eine wirtschaftliche Unverwertbarkeit der Erfindung nach den Vorstellungen der Vertragschließenden und den gesamten Umständen von Einfluß auf die beiderseitigen Rechte und Pflichten sein sollte; es prüft nämlich, ob die Beklagte die Schuhe nach dem Patent des Klägers "unter normalen, zumutbaren Kraftanstrengungen fabrikmäßig herstellen konnte" und ob dabei eine "tragbare Preiskalkulation" möglich gewesen wäre. Das Berufungsgericht hält danach grundsätzlich die Beklagte als Lizenznehmerin für verpflichtet, das überlassene Patent

auszuwerten, und nur ausnahmsweise hiervon freigestellt. Eine solche Ausübungspflicht entspricht für Verträge der hier gegebenen Art herrschender Rechtsauffassung, nach der im Falle ausschließlicher Lizenz der Lizenznehmer zur Ausübung in der Regel verpflichtet ist, wenn der Vergütungsanspruch des Lizenzgebers nach dem Umsatz des Lizenznehmers bemessen ist (vgl. z.B. RG GRUR 1937, 37, 38). Im Streitfall ergeben sich Bedenken gegen die Annahme einer grundsätzlichen Ausübungspflicht umso weniger, als über die Einräumung der Lizenz hinaus eine weitgehende kaufmännische Zusammenarbeit der Parteien vereinbart war und der Kläger die Beklagte in diesem Rahmen bereits mit den zur Herstellung erforderlichen Vorrichtungen beliefert hatte.

Die Rechtsprechung räumt dem Lizenznehmer allerdings sowohl ein Kündigungsrecht als auch ein Recht auf Anpassung des Vertragsverhältnisses an wesentlich veränderte Verhältnisse ein, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der bei Vertragsschluß erkennbar gewordenen Risikoverteilung nicht zugemutet werden kann, am Vertragsverhältnis unverändert festgehalten zu werden, namentlich wirtschaftliche Opfer für die Ausübung der Lizenzpflicht in einem nicht zumutbaren Umfang zu erbringen (§§ 157, 242 BGB; vgl. BGH GRUR 1957, 595 - Verwandlungstisch; GRUR 1958, 175, 177 - Wendemanschette; GRUR 1958, 231 - Rundstuhlwerkware; Urteil vom 6. November 1959 - I ZR 182/57 - Farbopter). Je nach dem Grade der Änderung der bei Vertragsschluß vorausgesetzten Verhältnisse können sich demgemäß unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit im Einzelfall unterschiedliche Rechtsfolgen für die Anpassung des Vertragsverhältnisses bis zu dessen völliger Auflösung ergeben.

Im Streitfall hat die Beklagte die fabrikmäßige Herstellung der Schuhe nicht einmal versucht und dadurch den Kläger außerstande gesetzt, deren Verkäuflichkeit durch seine Vertretertätigkeit zu erweisen. Daß selbst ein solcher Versuch der Herstellung unzumutbar wäre, wird Ausnahme sein; dazu würde etwa gehören, daß die herzustellende Ware rufgefährdend, etwa völlig untauglich oder für den Abnehmer schädlich wäre. Solche Umstände liegen hier nicht vor. Bei dieser Sachlage ist es jedenfalls kein Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten, wenn das Berufungsgericht die Frage der wirtschaftlichen Verwertbarkeit nach dem oben wiedergegebenen Maßstab gestellt hat, denn dieser trägt den schutzwürdigen Interessen des Lizenznehmers in sehr weitgehendem Maße Rechnung undbürdet ihm ein verhältnismäßig geringes Risiko auf. Insbesondere hat das Berufungsgericht damit zutreffend die Zumutbarkeit nicht nur des Beginns der Herstellung, sondern auch der serienmäßigen Fabrikation selbst einer Prüfung unterzogen.

4. Bei der tatsächlichen Würdigung des Parteivorbringens und des Beweisergebnisses zu der wie dargelegt formulierten Frage ist das Berufungsgericht zu einem der Beklagten ungünstigen Ergebnis gelangt; das Vorbringen der Beklagten reiche nicht aus, um die Unzumutbarkeit der Herstellung darzutun. Dem Hinweis der Beklagten auf die Höhe des vom Kläger als vereinbart bezeichneten Leistungsentgelts hält das Berufungsgericht entgegen, dieses sei daneben auch für tatsächlich abzuschließende Verkaufsverträge (6 % des Verkaufspreises) und für Lieferung von Absätzen nebst Zubehör durch den Kläger gedacht gewesen; das Entgelt für die Einräumung der Lizenz als solcher erreiche mit 1 DM je Paar Schuhe, mithin etwa 4 % des Schuhverkaufspreises, keine untragbare Höhe. Das Berufungsgericht unterstellt dabei ausdrücklich, daß die Schuhindustrie damals zu äußerster Preis-

kalkulation gezwungen gewesen sei, hebt demgegenüber aber hervor, daß die fraglichen Schuhe eine Besonderheit gebildet haben würden, die sich im Preise hätte auswirken können. Ob sie in der Herstellung überhaupt teurer als vergleichbare andere Schuhe gewesen wären, könne allerdings nicht festgestellt werden, da die Beklagte hierüber keine Kalkulationsunterlagen gegeben habe. Bei der gegebenen Sachlage sei es aber Sache der Beklagten gewesen, substantiierte Behauptungen über die Kalkulation aufzustellen.

Diese tatsächliche Würdigung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden; auch hat das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt, denn der nur ausnahmsweise zuzulassende Einwand der Unzumutbarkeit der Ausübung des Patents muß vom Lizenznehmer bewiesen werden.

Weiter weist das Berufungsgericht im Rahmen seiner bereits erörterten, das Risiko der wirtschaftlichen Verwertbarkeit weitgehend dem Kläger aufbürdenden Auffassung darauf hin, es stehe nicht einmal fest, daß ein nach den Wünschen der Beklagten kalkulierter Preis auf dem Markt nicht erzielbar gewesen wäre; dafür wäre es nämlich auf den Erfolg der Verkaufsbemühungen des Klägers angekommen, zu denen es infolge des Verhaltens der Beklagten nicht habe kommen können. Auch gegen diese tatsächliche Würdigung läßt sich vom Rechtsstandpunkt aus nichts geltend machen. Sie läuft zwar darauf hinaus, daß wegen Unterbleibens jeden Versuchs der vereinbarten Zusammenarbeit nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden kann, daß ihr kein Erfolg beschieden gewesen wäre, eine Ungewißheit, die aber auf dem eigenen Verhalten der Beklagten beruht, der in Anbetracht des schon geschehenen Verkaufs derartiger Schuhe aber mindestens zugemutet werden konnte, dem Kläger durch Herstellung und Lie-

ferung einiger Muster die Chance des Abschlusses von Kaufverträgen zu geben. Es ist nichts dafür dargetan worden, daß etwa schon der Versuch des Vertriebes der herzustellenden Ware unzumutbar gewesen wäre. Bei dieser Sachlage liegt entgegen der Ansicht der Revision auch kein Verstoß gegen §§ 286, 402 ZPO darin, daß der Berufungsrichter davon abgesehen hat, den angebotenen Sachverständigenbeweis zu erheben. Denn für einen solchen Beweis fehlte es an dem erforderlichen tatsächlichen Vorbringen der Beklagten und an hinreichend sicheren tatsächlichen Grundlagen. Eine ganz andere Frage ist es, wie das Ausmaß der Umsatz- und Gewinnchance unter Berücksichtigung der Marktlage einzuschätzen ist und ob damit die Höhe des vom Kläger behaupteten Gewinnentganges ohne einen Sachverständigen beurteilt werden kann; diese Frage durfte das Berufungsgericht aber dem Betragsverfahren vorbehalten.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang noch, daß das Berufungsgericht sich nicht mit der Behauptung der Beklagten auseinandergesetzt hat, sie habe drei Schuhherstellern die Fabrikation der fraglichen Schuhe vergeblich angeboten. Auf diese nicht näher ausgeführte Behauptung brauchte das Berufungsurteil jedoch nicht einzugehen, weil keine Anhaltspunkte dafür mitgeteilt oder gegeben waren, aus welchen Gründen diese Unternehmen auf das Angebot nicht eingegangen sind.

III. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht eine fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Kläger darin erblickt, daß er am 22. Oktober 1953 Herausgabe der Leisten, Absätze und Zubehörteile forderte, die er ihr zum Zwecke der Herstellung der fraglichen Schuhe überlassen hatte. Diese Kündigung war auch rechtswirksam, weil die Beklagte sich trotz mehrerer, sich über etwa ein Jahr hinziehen-

der Mahnungen nicht bereitgefunden hatte, die zugesagten Musterschuhe zu liefern; denn angesichts dieses Verhaltens, für das die Beklagte dem Kläger gegenüber keine Gründe angegeben hatte, konnte diesem eine Fortsetzung des auf gegenseitiges Vertrauen gegründeten Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden. Aus den im ersten Urteil des erkennenden Senats dargelegten Gründen stand dem Kläger der Weg der Kündigung anstelle eines Vorgehens nach § 326 BGB zu Gebote, denn die dort dargelegten Voraussetzungen eines auf Dauer berechneten gesellschaftsähnlichen Schuldverhältnisses, das mindestens von seiten des Klägers schon zu einem nicht unerheblichen Teil durchgeführt worden war, sind nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gegeben.

Die Revision beanstandet insoweit lediglich die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe mit der Werbung von Kunden bereits begonnen gehabt; sie macht geltend, eine derartige Behauptung habe der Kläger nicht aufgestellt. Indessen enthält das Berufungsurteil, wenn auch in den Entscheidungsgründen (S. 12), die tatbestandliche Feststellung, daß der Kläger diese Behauptung aufgestellt habe; eine Berichtigung dieser Feststellung hat die Beklagte nicht beantragt; sie ist deshalb im Revisionsrechtszuge als bindend zugrunde zu legen. Im übrigen ergibt sich aus der Schadensberechnung des Klägers die Behauptung, daß er etwa 3 500 DM für Werbung ausgegeben habe.

Daß dem Kläger durch die vertragswidrige Verzögerung der Lieferung von Musterschuhen und durch die Nichtausübung der Lizenz in den Monaten November und Dezember 1952 ein Schaden entstanden ist, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Rechtliche Bedenken sind insoweit auch nicht gegeben.

IV. Die Einrede der Verjährung ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat die Klageforderung entsprechend den ausdrücklichen Erklärungen des Klägers als Anspruch auf Ersatz des Schadens angesehen, der durch das vor der Kündigung liegende vertragswidrige Verhalten der Beklagten entstanden ist. Wie der Senat in seinem ersten Urteil bereits ausgeführt hat, ist bei Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses der hier vorliegenden Art ein Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Veranlassung der Kündigung gegeben, der die aus dem vorausgegangenen schuldhaften vertragswidrigen Verhalten des anderen Teils erwachsenen Schäden umfaßt. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob Ansprüche des Lizenzgebers auf Zahlung laufender Gebühren und des Handelsvertreters auf Zahlung von Provisionen nach §§ 197, 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB binnen vier Jahren verjähren, und nimmt an, jedenfalls beginne die Verjährung eines aus der Nichterfüllung solcher Ansprüche erwachsenden Schadensersatzanspruchs nicht, bevor dieser "klagereif" geworden sei; selbst wenn hier die Klagereife schon vor der Kündigung eingetreten sei, so doch keinesfalls vor Ende 1952; durch die am 28. Dezember 1956 zugestellte Klage sei die Verjährung daher jedenfalls rechtzeitig unterbrochen worden. Diese Unterbrechung wirke für den gesamten Klagebetrag, da der Kläger bereits in der Klageschrift seinen gesamten Schaden beziffert habe.

Die Revision ist der Meinung, die Klage habe die Verjährung nicht unterbrechen können, weil sie keinen bezifferten Antrag enthalten und deshalb dem wesentlichen Erfordernis des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht entsprochen habe. Die Klageschrift habe den zuzusprechenden Betrag in unzulässiger Weise in das Ermessen des Gerichts gestellt, da sie keine genügenden tatsächlichen Anhaltspunkte für die Ausübung dieses Ermessens enthalten und überhaupt nicht angegeben habe, welcher Teil des umfangreichen Anspruchsgeltend gemacht werden solle.

Die klärende Angabe, daß die im November und Dezember 1952 entstandenen Schäden den Gegenstand der Klage bilden, sei erst nach Eintritt der Verjährung abgegeben worden.

Dem Berufungsurteil ist im Ergebnis beizutreten. Bei der Klageforderung handelt es sich nicht um Ansprüche aus der Besorgung fremder Geschäfte (§ 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB; vgl. auch § 88 HGB) oder auf Zahlung wiederkehrender Lizenzgebühren (hierzu vgl. BGHZ 28, 144 ff). Der Klage liegt auch nicht ein Schadensersatzanspruch zugrunde, der aus der Nichterfüllung derartiger Ansprüche hervorgegangen wäre und aus diesem Grunde der für den Erfüllungsanspruch geltenden kurzen Verjährung unterworfen wäre (BGH MDR 1955, 462; Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Bearb. § 233 II). Es handelt sich vielmehr um den einheitlichen Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verweigerung der Erfüllung der Pflicht der Beklagten zur Ausübung des ihr eingeräumten ausschließlichen Auswertungsrechts; dieser Anspruch verjährt wie der Erfüllungsanspruch, aus dem er hervorgegangen ist, gemäß § 195 BGB nach 30 Jahren.

Es braucht hiernach nicht noch darauf eingegangen zu werden, ob dem Berufungsgericht darin beizutreten ist, daß die Klageschrift den Anforderungen des § 253 ZPO genüge, und ebensowenig bedarf der Prüfung, ob die nahezu zweijährige Dauer des Armenrechtsverfahrens den Lauf der Verjährungsfrist nach §§ 203 Abs. 2, 205 BGB gehemmt hat (vgl. dazu RGZ 87, 52, 55; 168, 214, 224; BGH LM BGB § 254 E Nr. 2).

V. Die Revision der Beklagten gegen das angefochtene Zwischenurteil war nach alledem mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Pehle

Spengler

Ebel

Claßen