

18

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 83/67

URTEIL

Verkündet am
9. Oktober 1968
Werner,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] - Pfeifenfabrik Werner F. [REDACTED],
O [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

die Firma V [REDACTED] Vereinigte Pfeifenfabriken Adolf
E [REDACTED] KG N [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch
ihren persönlich haftenden Gesellschafter Ernst E [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr
von [REDACTED] -.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1968 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 9. Mai 1967 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiete der Herstellung und des Vertriebs von Raucher-Gebrauchsartikeln. Die Klägerin stellt seit vielen Jahren aus Papier bestehende Filterpatronen her, die dem Zweck dienen, in den Rauchkanal von Tabakspfeifen eingesetzt zu werden und den Tabakrauch zu entgiften und zu kühlen. Eine bestimmte Ausführung dieser Filterpatronen hat die Form einer kleinen Keule. Diese Form entspricht der Bohrung zahlreicher von der Klägerin hergestellter Pfeifenmodelle. Es gibt jetzt auch Pfeifenmodelle anderer Hersteller, in die die keulenförmigen Filter der Klägerin passend eingesetzt werden können.

Die Klägerin besaß früher für diese Filterpatronen das im Jahre 1923 eingetragene Gebrauchsmuster Nr. 854 202. Die Klägerin vertritt die Auffassung, sie habe für diese seit mehr als 40 Jahren unter dem Namen "Dr. P" vertrie-

- 3 -

benen Filterpatronen Ausstattungsschutz im Sinne des § 25 WZG erworben.

Die Beklagte bezog bis Januar 1959 die von ihr benötigten Filterpatronen von der Klägerin. Am 2. Januar 1959 teilte diese ihr mit, daß sie die bestehende Geschäftsverbindung abbrechen müsse, weil sie sich entschlossen habe, ihre Erzeugnisse nicht mehr über den Großhandel, sondern ausschließlich über ihren Vertreterstab an den Kleinhandel abzusetzen. Die Beklagte stellte daraufhin keulenförmige Filterpatronen selbst her und brachte sie unter der Bezeichnung "S. [REDACTED]"-Gesundheitsfilter in den Verkehr.

Im Jahre 1960 erhob die Klägerin gegen die Beklagte Klage auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen der Herstellung bestimmter Pfeifenständer und Tabakfäßchen (3 HKO 38/60 LG Nürnberg-Fürth). Dieser Rechtsstreit ist am 1. Februar 1961 durch Prozeßvergleich beendet worden, in dem die Beklagte Unterlassungspflichten übernahm, die Klägerin dagegen auf Rechnungslegung und Schadensersatz verzichtete und die Kosten des Rechtsstreits gegeneinander aufgehoben wurden. Die Niederschrift über den Vergleich enthält nichts über die jetzt streitige Herstellung keulenförmiger Filterpatronen. Die Klägerin behauptet aber, die Beklagte habe im Rahmen des Vergleichsabschlusses auch die Unterlassung der Herstellung und des Vertriebes solcher Patronen verbindlich zugesagt und es sei auf Wunsch des Inhabers der Beklagten lediglich aus Kostengründen davon abgesehen worden, diese Verpflichtung protokollieren zu lassen.

Die Beklagte hat unstreitig auch in jüngerer Zeit keulenförmige Filterpatronen hergestellt und in den



Verkehr gebracht. Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten unter Strafandrohung zu verbieten, Filterpatronen herzustellen und zu vertreiben, die eine keulenförmige Gestalt aufweisen und zwar derart, daß auf einen dünneren walzenförmigen Stiel eine dickere gleichfalls walzenförmige Keule folgt.

Sie hat sich auf den nach ihrer Behauptung geschlossenen mündlichen Vertrag, auf § 1 UWG, §§ 823 ff BGB und § 25 WZG gestützt und behauptet, die Beklagte ahme die Filterpatronen der Klägerin sklavisch nach, verwende auch weitgehend die Verpackung, den Verpackungsaufdruck und den Werbespruch der Klägerin. Es handele sich um eine nicht technisch bedingte Gestaltung, die seit langem nur von der Klägerin benutzt werde und die der Verkehr als betrieblichen Herkunftshinweis auffasse.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, sie habe am 1. Februar 1961 nicht verbindlich erklärt, keulenförmige Filterpatronen nicht mehr herzustellen. Wenn sie etwas Derartiges aber erklärt haben sollte, so nur unter dem Eindruck der irreführenden Rechtsbehauptung der Klägerin, der Nachbau solcher Patronen verstoße gegen das Gesetz. Eine etwa abgegebene Unterlassungserklärung sei daher an die selbstverständliche Bedingung geknüpft gewesen, daß diese Behauptung sich als richtig erweise. Durch Fachjuristen sei sie später darüber aufgeklärt worden, daß der Rechtsstandpunkt der Klägerin unrichtig sei; sie habe ihre Herstellung deshalb mindestens in entschuldbarem guten Glauben an die Berechtigung ihres

Handelns fortgesetzt, so daß schon aus diesem Grunde ein Verstoß gegen § 1 UWG entfalle. Die keulenförmige Gestaltung der Filterpatronen sei überdies technisch bedingt und deshalb nicht schutzfähig.

Das Landgericht hat die Beklagte entsprechend dem Klageantrag dahin verurteilt, es zu unterlassen,

Filterpatronen für Tabakpfeifen, die eine keulenförmige Gestalt aufweisen derart, daß auf einen dünneren walzenförmigen Stiel ein dickerer gleichfalls walzenförmiger Zylinder folgt, herzustellen und zu vertreiben.

Mit der hiergegen erhobenen Berufung hat die Beklagte ergänzend geltend gemacht, der von der Klägerin behauptete mündliche Vertrag verstoße jedenfalls gegen §§ 15, 20, 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Anträgen der Beklagten, gegen die Klägerin wegen Verstoßes gegen § 15 und § 26 Abs. 1 GWB ein Bußgeldverfahren einzuleiten und der Klägerin nach § 22 GWB mißbräuchliche Ausnutzung ihrer behaupteten marktbeherrschenden Stellung zu untersagen, hat das Bundeskartellamt nicht stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat daraufhin die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

In Übereinstimmung mit dem Landgericht sieht das Berufungsgericht als erwiesen an, daß die Beklagte am 1. Februar 1961 in rechtlich verpflichtender Weise zugesagt habe, daß sie in Zukunft keine keulenförmigen Pfeifenfilter mehr herstellen und vertreiben werde. Unstreitig habe die Klägerin in der Zeit von Frühjahr 1959 bis kurz vor dem Abschluß des Vergleichs in Briefen und Unterredungen immer wieder die Unterlassung der Herstellung auch dieser Filter gefordert. Aus der vorgelegten Korrespondenz ergebe sich, daß diese Forderung stets eines der Hauptanliegen der Klägerin gewesen sei und daß dieses nur deshalb nicht alsbald gerichtlich ausgetragen worden sei, weil die Klägerin auf Grund verschiedener Erklärungen der Beklagten gehofft habe, die Sache werde sich vielleicht anderweitig zu ihren Gunsten erledigen. Das Berufungsgericht würdigt in diesem Zusammenhang ein Schreiben der Beklagten vom 28. Oktober 1959 und ein Schreiben der Klägerin vom 24. November 1960 und führt sodann aus: Berücksichtige man weiter, daß der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin mit dem Inhaber der Beklagten noch am Vorabend des Sühnetermins eine persönliche Unterredung gehabt habe, bei der dieser zwar mündliche Zusagen gemacht, aber eine schriftliche Vereinbarung verweigert habe, dann könnten die von dem damaligen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED], als Zeuge bekundeten Vorgänge nur dahin verstanden werden, daß die Beklagte am 1. Februar 1961 eine echte rechtsverbindliche und endgültige Unterlassungsverpflichtung übernommen habe. Ihr Inhaber habe nämlich auf das Drängen der Klägerin, diese Verpflichtung in den gerichtlichen Vergleich aufzunehmen, erklärt, er stehe zu seinem (bisherigen) mündlichen Wort, das doch soviel gelte

wie ein schriftlicher Vertrag; er wolle (lediglich) wegen der Kosten diese Zusagen nicht in den gerichtlichen Vergleich aufgenommen haben; er werde auf keinen Fall mehr, wenn er die vorrätigen Patronen verbraucht habe, weitere herstellen und vertreiben. Diese Aussage hat das Berufungsgericht auch durch eine Aktennotiz und ein Gedächtnisprotokoll des Zeugen als gestützt angesehen. In dem mündlich geschlossenen Vertrag sieht das Berufungsgericht einen Vergleich, da die Beklagte das Zugeständnis herausgehandelt habe, daß die Klägerin auf Ansprüche anderer Art, z.B. auf Schadensersatzansprüche für die Vergangenheit verzichtet und von ihrem Verlangen auf Protokollierung Abstand genommen habe.

1. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 BGB unbeachtet gelassen, wonach, wenn eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet wurde, der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen ist, bis die Beurkundung erfolgt. Darin kann ihr jedoch schon deshalb nicht gefolgt werden, weil nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten eine Beurkundung nicht verabredet war, sondern allenfalls die Klägerin und nur sie auf eine Beurkundung gedrängt, die Beklagte jedoch eine Beurkundung nie ins Auge gefaßt hatte. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist vielmehr der nicht durch § 154 Abs. 2 BGB erfaßte Fall gegeben, daß ein Vertrag mündlich fest abgeschlossen wurde und der eine Vertragsteil sich dem Wunsch des anderen nach Beurkundung widersetzt. Eine solche Weigerung kann allerdings je nach den Umständen ein Beweisanzeichen gegen einen Verpflichtungswillen darstellen; das aber hat das Berufungsgericht nicht verkannt.

Soweit die Revision sich mit der Vorgeschichte des Vertrages befaßt und aus ihr herleitet, daß die Beklagte in der Korrespondenz niemals einen bindenden Verpflichtungswillen zum Ausdruck gebracht habe, gehen ihre Angriffe an der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts vorbei, denn auch dieses hat nicht angenommen, daß die Beklagte sich schon in diesem Zeitpunkt zur Unterlassung fest verpflichtet habe.

Die Revision greift sodann die Feststellung des Berufungsgerichts, der Inhaber der Beklagten sei am Abend vor dem Sühnetermin vom 1. Februar 1961 bei dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin gewesen und habe dort mündliche Zusagen gemacht, als dem eigenen Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 15. Februar 1965, S. 3, widersprechend an.

Der behauptete Widerspruch besteht jedoch nicht. Die Klägerin hat dort lediglich ausgeführt, daß der Inhaber der Beklagten sich bei dieser Gelegenheit geweigert habe, die Unterlassungspflicht schriftlich zu bestätigen, weil dies die Kosten des Vergleichs verteuern würde. Das schließt nicht aus, daß der Inhaber der Beklagten auch bei dieser Unterredung die Unterlassung mündlich fest zugesagt hat. Ebenso wenig läßt dieses Verhalten entgegen der Ansicht der Revision darauf schließen, daß der Inhaber der Beklagten "eine verbindliche Zusage verweigern werde".

Unrichtig ist die Darstellung der Revision, die Klägerin habe nicht die Behauptung der Beklagten in deren Berufungsbegründung bestritten, wonach ihr Inhaber am Abend vor dem Sühnetermin überhaupt kein Gespräch mit dem

persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin gehabt habe. Die Klägerin hat, was auch die Revision - wie aus ihrer Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 15. Februar 1965 hervorgeht - nicht verkennt, den Inhalt der Zeugenaussage ihres Prozeßbevollmächtigten zum Gegenstand ihres Parteivorbringens gemacht. Dieser Zeuge aber hat bekundet, daß eine Unterredung zwischen den beiden genannten Personen am Abend vor dem Termin stattgefunden habe, wovon ihn der persönlich haftende Gesellschafter der Klägerin verständigt habe. Entgegen der Darstellung der Revision war auch nicht unbestritten, daß der Inhaber der Beklagten vor dem Termin vom 1. Februar 1961 keinerlei Zusagen irgendwelcher Art gemacht habe.

2. Die Revision hält ferner die Annahme des Berufungsgerichts, es habe sich bei dem festgestellten Vertragschluß um einen V e r g l e i c h gehandelt, weil beide Parteien nachgegeben hätten, für unvereinbar mit dem eigenen Vorbringen der Klägerin und für einen Verstoß gegen den Verhandlungsgrundsatz des § 128 Abs. 1 ZPO.

Es ist richtig, daß die Klägerin in der Berufungserwiderung die Auffassung bekämpft hat, es liege ein Vergleich vor, und daß sie zur Begründung ausgeführt hat, die Beklagte habe dem Verlangen der Klägerin voll nachgegeben, deshalb könne nur von einem V e r z i c h t s v e r t r a g die Rede sein; folgerichtig habe Rechtsanwalt Dr. Bergold insoweit auch keine Vergleichsgebühr berechnet.

Der behauptete Verstoß gegen § 128 Abs. 1 ZPO liegt jedoch nicht vor. Mit dem von der Revision angeführten Vorbringen wehrte die Klägerin sich gegen die im zweiten

Rechtszug vorgetragene Rechtsauffassung der Beklagten, es liege allenfalls ein Anerkenntnis vor, das mangels Schriftform nichtig sei. Bei dem Gegenvorbringen der Klägerin handelte es sich ebenfalls um Rechtsausführungen, an die das Gericht nicht gebunden war, und die, soweit sie zur Begründung geltend machten, es habe auf seiten der Klägerin kein "Nachgeben" vorgelegen, nicht das frühere substantiierte tatsächliche Vorbringen der Klägerin über die bei Vertragsabschluß abgegebenen Erklärungen aus der Welt schafften. Diese aber gingen u.a. dahin, daß der Inhaber der Beklagten das Unterlassungsversprechen nur mit der Maßgabe abgegeben habe, daß er die vorrätigen keulenförmigen Patronen aufbrauchen wolle. Ersichtlich ging ferner das Vorbringen der Klägerin dahin, daß ihr hinsichtlich anderer Erzeugnisse ausgesprochener Verzicht auf Schadensersatzansprüche sich auch auf die in der Vergangenheit liegenden Herstellungs- und Vertriebshandlungen der Beklagten hinsichtlich der hier fraglichen Erzeugnisse beziehen solle. Das hat auch das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Bei dieser Sachlage war das Berufungsgericht durch die Vorschrift des § 128 Abs. 1 ZPO nicht gehindert, das unsubstantiierte Vorbringen der Klägerin, sie selbst habe nicht "nachgegeben", als bloße Rechtsausführung außer Betracht zu lassen. Eine die prozessualen Rechte der Beklagten beschneidende Überraschungsentscheidung lag hierin schon deshalb nicht, weil bereits das Landgericht die Vereinbarung als einen Vergleich gewertet hatte.

3. Die eingehende Beweiswürdigung des Berufungsurteils läßt entgegen der Annahme der Revision auch erkennen, daß das Berufungsgericht nicht den Grundsatz verkannt hat, daß der gerichtliche Vergleich, wie jede über ein Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde, die Vermutung der Vollstän-

digkeit für sich hat. Der Revision kann auch nicht darin beigetreten werden, es bestehe eine geschäftliche Übung, wonach Verpflichtungserklärungen, die in einem Gerichtstermin abgegeben, aber aus irgendeinem Grunde nicht in den protokollierten Vergleich aufgenommen werden, durch gesondertes Schreiben zu bestätigen seien.

4. Die Revision hält es schließlich für einen Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht sich im Rahmen der Beweiswürdigung nicht mit dem Verhalten der Klägerin nach dem behaupteten Vertragsschluß auseinandergesetzt hat. Sie verweist hierzu auf das Schreiben der Klägerin vom 20. März 1964, in dem diese geschrieben habe, es sei wohl nicht mehr erforderlich, an die seinerzeitige Angelegenheit zu erinnern, die Beklagte werde wohl wissen, was die Klägerin meine. Es war jedoch nicht erforderlich, daß das Berufungsgericht sich auch mit dieser für die Frage des Vertragsschlusses nichts besagenden Einzelheit im Urteil auseinandersetzte.

In dem von der Revision zu derselben Verfahrensrüge weiter angeführten Schreiben der Klägerin vom 2. Juli 1964 verlangte die Klägerin von der Beklagten Unterlassung zwar nicht auf Grund Vertrages, sondern auf Grund des § 1 UWG, und sie forderte die Beklagte auf, sich die Angelegenheit zu überlegen und innerhalb von zwei Wochen mitzuteilen, ob sie bereit sei, auf die Herstellung zu verzichten.

Auch dieses Schreiben steht dem Ergebnis der Beweiswürdigung des Berufungsurteils nicht entgegen. Das Berufungsgericht brauchte sich auch mit diesem Vorbringen der Klägerin nicht auseinanderzusetzen, denn die Berufung der Klägerin auf die sich ihrer Ansicht nach aus dem G e s e t z

ergebende Lage war schon deshalb verständlich, weil die Klägerin - wie sich aus dem Gang des vorliegenden Rechtsstreits und dem Vorbringen beider Parteien deutlich ergibt - mit Rücksicht auf drohende Auseinandersetzungen mit dritten Herstellern ein besonderes Interesse daran hatte, ihren Unterlassungsanspruch als bereits aus dem Gesetz herleitbar darzustellen.

5. Das Berufungsgericht hat somit ohne Verfahrensverstoß das Zustandekommen eines Vergleichs über die Unterlassungspflicht der Beklagten festgestellt. Irgendwelche sonstigen Bedenken gegen die Wirksamkeit dieses Vertrages hat die Revision nicht geltend gemacht. Solche sind auch nicht ersichtlich. Zutreffend hat das Berufungsgericht insbesondere angenommen, daß durch den Vergleich die bei den Vertragsschließenden bestehende Ungewißheit über die Rechtslage beseitigt werden sollte und daß deshalb nicht etwa die damals von der Klägerin aufgestellte Rechtsbehauptung, die Unterlassungspflicht der Beklagten ergebe sich schon aus dem Gesichtspunkt des sog. sklavischen Nachbaus und des Ausstattungsschutzes, diese Frage außer Streit gestellt habe.

Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, daß der Inhaber der Beklagten damals auf die Richtigkeit der von dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vorgebrachten Rechtsbehauptung ohne weiteres vertraut habe, daß die Klägerin dies auch habe erkennen können und daß es der Klägerin aus diesem oder einem anderen Grunde nach Treu und Glauben verwehrt wäre, sich auf den Vergleich zu berufen. Auch die Beklagte ist Kaufmann und war bei dem Vergleichsabschluß überdies anwaltschaftlich vertreten.

Auf die Rechtsverteidigung der Beklagten, der Vergleich verstoße gegen §§ 1, 15, 20, 21 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ist die Revision nicht mehr zurückgekommen. Für einen dorartigen Verstoß fehlt es in der Tat an Anhaltspunkten jedenfalls deshalb, weil bei Abschluß des Vergleichs die Voraussetzungen tatsächlicher Art, von denen ein Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG und gegen § 25 WZG abhängig war, umstritten gewesen sind und insbesondere in dem damaligen Prozeß, der einen anderen Streitpunkt betraf, nicht geklärt worden waren.

6. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler erkennen läßt, war die Revision der Beklagten mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Krüger-Nieland	Pehle	Mösl	Alff	Merkel
----------------	-------	------	------	--------