

Verkündet am 13. November 1956
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Fabrik v [REDACTED]-p [REDACTED] Pr [REDACTED]
B [REDACTED] & Co. GmbH, H [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Dr. Ma [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsklägerin

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den praktischen Tierarzt Dr. med. vet. Wilhelm M [REDACTED] in Ho [REDACTED]
[REDACTED], Kreis P [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. November 1956 unter Mitwirkung
des Präsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. h.c. Weinkauff
und der Bundesrichter Dr. Nastelski, Dr. Christoph, Dr. Weiß
und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle
vom 10. November 1954 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der praktischer Tierarzt ist, hatte in seiner Praxis erprobt, daß bei Verfütterung von frischen und eingesäuerten Rübenblättern an Rinder Beigaben von Kieselsäure ein wirksames Mittel gegen das Auftreten von Durchfällen ist, die sich bei solcher Art der Fütterung häufig zeigen und schädliche Folgen aufweisen. Zum Zwecke der wirtschaftlichen Ausnutzung dieser Erfahrungen trat er Ende 1949 an die Beklagte, eine GmbH, heran, die eine Fabrik veterinär-medicinischer Präparate betreibt und deren Geschäftsführer Dr. Ma [REDACTED] ihm als Angehöriger derselben studentischen Verbindung bekannt war. Die Beklagte ist ein Unternehmen der Wirtschaftsgenossenschaft deutscher Tierärzte - ihre sämtlichen Geschäftsanteile befinden sich in den Händen dieser Genossenschaft - und stellt lediglich Tierarzneimittel her, die ausschließlich durch Tierärzte angewendet werden und nur an Tierärzte und auf deren Anweisung an Landwirte, nicht aber an Apotheken, Drogerien und den Handel ausgeliefert werden. Dabei handelt es sich überwiegend um Mittel, die in der wissenschaftlichen Abteilung der Beklagten ausgearbeitet sind, zum Teil aber auch um solche, die auf Ideen der Genossen der Wirtschaftsgenossenschaft beruhen. Nach den Leistungsbestimmungen der Genossenschaft (Katalog 1950/51 Bl 2 Rücksl.), der etwa 90 v.H. der praktischen Tierärzte sowie tierärztliche Kliniken und Veterinärinstitute angehören - auch der Kläger war Mitglied dieser Genossenschaft, bis er auf Grund des der vorliegenden Klage zugrundeliegenden Sachverhalts ausgeschlossen wurde - hat jeder Genosse das Recht, von ihm ausgearbeitete Arzneimittel, die sich in seiner Praxis bewährt haben und wissenschaftlich etwas Neues bringen, der Beklagten zum Vertrieb anzubieten, damit sie von ihrer wissenschaftlichen Abteilung als Spezialität ausgearbeitet und allen anderen Tierärzten zugänglich gemacht werden. In

- 3 -

diesen Leistungsbestimmungen ist weiter gesagt, daß auf solche Arzneimittel für die Dauer von 10 Jahren 10 % des Umsatzes vergütet werden.

Nachdem die Beklagte die Kieselsäure an dem Rinderbestand der Wirtschaftsgenossenschaft hatte nachprüfen lassen, kamen die Parteien Anfang 1950 dahin überein, daß die Beklagte die Herstellung und den Vertrieb übernehmen sollte; dabei wurde für das Mittel zwischen den Parteien der Name "Basex" festgelegt. Die Parteien verständigten sich weiter darüber, daß der Kläger entsprechend den Leistungsbestimmungen der Beklagten den üblichen Anteil von 10 % des Verkaufserlöses auf die Dauer von 10 Jahren erhalten sollte. Dieser Verkaufspreis der Beklagten wurde auf 17,50 DM je 50 kg festgesetzt, der Verkaufspreis der Tierärzte auf 22 DM je 50 kg. Diese Abrede der Parteien ist niedergelegt in den Schreiben der Beklagten vom 11. Januar und 12. Oktober 1950.

Der Kläger erhielt zunächst auch regelmäßig seine Vergütung in der vorbezeichneten Höhe.

Auf einen vom Kläger geäußerten Wunsch hin übersandte die Beklagte ihm am 26. Oktober 1950 einen Vertragsentwurf in zwei Stücken. Dieser enthält u.a. folgende Bestimmung:

"Herr Dr. M. (Kläger) übergibt der Firma B. & Co (Beklagte) die Herstellungsvorschrift und verpflichtet sich, während der Dauer des Vertrages die Zusammensetzung anderen Firmen oder Personen nicht bekanntzumachen und mit ihnen wegen Herstellung und des Vertriebes des Präparates (Basex) nicht in Verbindung zu treten."

Der Kläger behielt diese Vertragsentwürfe bei sich, ohne sie unterzeichnet zu haben. Die Beklagte erinnerte ihn auch nicht an die Rücksendung des Vertrages.



Bei Beginn der Geschäftsverbindung mit der Beklagten hatte der Kläger diese mehrfach, u.a. mit seinem Schreiben vom 18. Februar 1950 gebeten, auch die Landwirtschaftliche Hauptgenossenschaft in den Verkauf einzuschalten, was die Beklagte jedoch unter Hinweis auf die Gestaltung der Wirtschaftsgenossenschaft abgelehnt hatte. Darauf trat der Kläger im Frühjahr 1950 mit der Firma Gebr. W. [REDACTED] in A. [REDACTED] in Verbindung und vertrieb durch diese Firma seit Beginn der Rübenblattsaison 1950 Kieselsäure unter dem Namen "Gewe 50". Die Kieselsäure bezog er ebenso wie die Beklagte von der Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft in Dörentrup. Später entschloß sich der Kläger, das Mittel durch die Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft unmittelbar zu vertreiben, und zwar auch unter dem Namen "Gewe 50". Unter dem 8. Dezember 1951 schrieb die Beklagte dem Kläger, sie habe festgestellt, daß er an der Herstellung und dem Vertrieb des Mittels "Gewe 50" beteiligt sei, damit sei er vertragsbrüchig geworden. Sie forderte den Kläger zur Äußerung auf und teilte ihm mit, daß sie zunächst jede weitere Berechnung und Zahlung auf das Mittel "Basex" einstelle. Der Kläger erwiderte darauf, er vertreibe das Mittel "Gewe 50", das in der Zusammensetzung nicht voll dem "Basex" entspreche, aber in der Wirkungsweise mit ihm gleich sei, nur über den Landhandel, es bestehe jedoch zwischen ihnen keine Vereinbarung, wonach er das Mittel nicht anderweit vertreiben dürfe. Seiner Aufforderung auf Weiterzahlung der vereinbarten Provision kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger, der der Ansicht ist, der Beklagten keine ausschließliche Lizenz zum Vertrieb des Mittels "Basex" eingeräumt zu haben, verlangt mit der vorliegenden Klage Zahlung von 1 000 DM nebst Zinsen als Teilbetrag seiner rückständigen Provisionsforderung.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Außerdem hat sie Widerklage erhoben mit dem Antrage auf Rechnungslegung über die vom Kläger oder unter seiner Beihilfe durch die Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft Dörentrup vertriebenen Präparate Gewe 50 und Geme 50 oder eines sonstigen mit dem Präparat "Basex" nach Wirkstoff und Indikationsgebiet gleichen Präparats sowie auf Zahlung des danach zu ermittelnden Verkaufserlöses abzüglich 10 % Provision darauf. Weiter hat die Beklagte mit der Widerklage die Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Klägers hinsichtlich allen weiteren Schadens verlangt, der der Beklagten aus dem Vertriebe der genannten Präparate erwachsen sei oder noch erwachsen werde. Schließlich hat die Beklagte mit der Widerklage noch gefordert, dem Kläger unter Strafandrohung zu verbieten, die genannten Präparate herzustellen und zu verbreiten oder durch andere, insbesondere durch die Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft Dörentrup, herstellen und vertreiben zu lassen. Die ursprünglich in den Widerklageanträgen enthaltenen Worte "Gewe 30, Geme 30" sowie "oder im wesentlichen ähnlichen" hat die Beklagte im Berufungsverfahren fallen lassen.

Zur Begründung ihrer Anträge hat die Beklagte geltend gemacht, die Parteien hätten sich von vornherein darauf geeinigt, daß die Beklagte die alleinige Herstellung und den Vertrieb des Mittels "Basex" haben solle. Das sei dem Kläger gegenüber bei den Vertragsverhandlungen stets zum Ausdruck gebracht worden. Dabei habe die Beklagte auch immer betont, daß ausschließlich die Tierärzte Bezieher des Mittels sein sollten und daß deshalb die Bitte des Klägers, das Mittel auch unmittelbar an Landwirte zu liefern, abgelehnt werden müsse. Dadurch, daß der Kläger den übersandten Vertragsentwürfen auch nicht widersprochen habe, habe er anerkannt, daß der

Beklagten ein ausschließliches Herstellungs- und Vertriebsrecht zustehe. Der Kläger sei daher nicht berechtigt gewesen, ein gleichartiges Mittel auf anderem Wege unter Umgehung der Tierärzteschaft zu vertreiben. Die vom Kläger vertriebenen Mittel seien praktisch mit "Basex" identisch, da es sich um mit dem gleichen Wirkstoff ausgestattetes Mittel für den gleichen Zweck handle. Weiter hat die Beklagte mit einer Schadensersatzforderung aufgerechnet, die ihr wegen der Vertragsverletzung des Klägers zustehe. Hilfsweise hat sie deswegen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Der Kläger, der um Abweisung der Widerklage gebeten hat, hat erwidert, die von ihm vertriebenen Mittel deckten sich nicht mit "Basex"; denn die Beklagte habe, und zwar ohne sich vorher mit ihm zu verständigen, noch Calciumphosphate beigegeben. Dadurch sei das Präparat nicht mehr frei verkäuflich gewesen, sondern der Arzneimittelverordnung unterfallen, während das Mittel in der ursprünglichen Zusammensetzung sowohl als Arzneimittel als auch als Futtermittel zu vertreiben gewesen sei. In der Nichtunterzeichnung der übersandten Vertragsentwürfe könne keinesfalls seine Zustimmung dazu gesehen werden. Er habe vielmehr die Entwürfe gerade deshalb nicht zurückgesandt, weil dieser Vertragsentwurf völlig einseitig die Interessen der Beklagten gewahrt habe.

Das Landgericht hat nach persönlicher Anhörung des Klägers und des Geschäftsführers Dr. Ma. die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und die Widerklageanträge weiter. Hilfsweise beantragt sie unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils und des landgerichtlichen Urteils dem Kläger unter Strafandrohung zu verbieten, ein mit "Basex" nach Wirkstoff und Indikationsgebiet identisches oder im wesentlichen ähnliches Präparat unter irgendeiner Bezeichnung; insbesondere "Gewe 30", "Geme 30", "Gewe 50" und "Geme 50" herzustellen und zu verbreiten oder durch andere, insbesondere durch die Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft Dörentrup herzustellen und verbreiten zu lassen, es sei denn, daß die Verbreitung an den Landhandel erfolgt.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt, was auch das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen hat, davon ab, ob zwischen den Parteien eine einfache oder ausschließliche Lizenzabrede über die Herstellung und den Vertrieb des Mittels "Basex" zustande gekommen ist. Im ersteren Falle hat der Kläger das Recht, seine Präparate "Gewe 50" und "Geme 50", die nach der rechtsirrtumsfreien Feststellung des Berufungsgerichts in Zusammensetzung und Wirkung dem Präparat "Basex" im wesentlichen gleichen, über den Landhandel zu vertreiben. Beide Vorinstanzen haben das Vorliegen einer ausschließlichen Lizenz auf Seiten der Beklagten verneint. Dabei geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß die Gewährung einer ausschließlichen Lizenz nicht zu vermuten sei, da nach der Lebenserfahrung ein Erfinder von seinem Erfindungsgedanken nur soviel preisgebe, als es seinem Interesse entspreche (RG in GRuR 1937, 1001).

38

Weiter nimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum - auch von der Revision nicht bemängelt - auf Grund der Erklärungen des Klägers und des Geschäftsführers Dr. Mandel an, daß zwischen den Parteien ursprünglich nicht darüber gesprochen worden sei, daß der Beklagten das alleinige Herstellungs- und Vertriebsrecht zustehen solle. Auch der Brief des Dr. Ma [REDACTED] vom 11. Januar 1950, der nach dessen Schreiben vom 12. Oktober 1950 als Vertrag gelten sollte, berührt diese Frage nicht. Erst der dem Kläger übersandte Vertragsentwurf vom 26. Oktober 1950 enthält eine Bestimmung über das alleinige Herstellungs- und Vertriebsrecht der Beklagten.

1.) Das Berufungsgericht hat sodann geprüft, ob der zwischen den Parteien im Rahmen der Leistungsbestimmungen der Beklagten geschlossene Lizenzvertrag mit Rücksicht auf diese Leistungsbestimmungen und die Satzung der Wirtschaftsgenossenschaft als ausschließliche Lizenzabrede auszulegen sei. Das verneint das Berufungsgericht. Die Leistungsbestimmungen enthalten, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt und was auch die Revision nicht verkennt, keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß der Wirtschaftsgenossenschaft oder der Beklagten als deren Institut ein ausschließliches Lizenzrecht an dem von der Beklagten übernommenen Arzneimittel zustehen solle. Zu Unrecht macht die Revision geltend, diese Leistungsbestimmungen ließen auch ohne die ausdrückliche Hervorhebung der Ausschließlichkeit einer solchen Lizenz deutlich erkennen, daß nur eine solche gemeint sein könne. Die Revision verweist dabei auf den gesamten Inhalt der ersten Seiten des oben angeführten Katalogs 1950/51. Auf Seite 1 sei nämlich vermerkt, daß die Beklagte und das Serumwerk Memsen Institute der Deutschen Tierärztegenossenschaft seien. Diese hätten daher ihre Arbeit nach den Zielen der Genossenschaft auszurichten, also deren Interessen nicht entgegenzuarbeiten. Den Interessen

dieser Genossenschaft entspräche aber nur die Übernahme ausschließlicher Lizenzen. Das in den Leistungsbestimmungen enthaltene Angebot, Arzneimittel der Tierärzte zur Erprobung und zum Vertrieb zu übernehmen, stelle ein Entgegenkommen dar. Der einzelne Tierarzt erhalte dadurch die Möglichkeit, seine Präparate ohne eigene Kosten, zu deren Aufbringung er in der Regel gar nicht in der Lage wäre, fabrikationsreif machen zu lassen. Ihm entstünden auch keine Werbungskosten, während er andererseits mit 10 % am Umsatz beteiligt werde. Der Ausgleich für die Wirtschaftsgenossenschaft bzw. für die Beklagte könne nur in der Gewährung eines ausschließlichen Herstellungs- und Vertriebsrechts gesehen werden. Dabei komme es nicht entscheidend darauf an, ob das Mittel "Basex", wie das Berufungsgericht festgestellt habe, keine erhebliche Erprobungskosten erfordert habe. Jedenfalls sei mit Schäden an den Versuchstieren oder anderen Fehlschlägen zu rechnen gewesen.

Die Revision meint zunächst, daß der streitige Lizenzvertrag der freien Auslegung durch das Revisionsgericht unterliege, da er im Rahmen der Leistungsbestimmungen der Wirtschaftsgenossenschaft geschlossen sei und diese Bestimmungen für eine Vielheit von bereits bestehenden oder künftigen Rechtsverhältnissen in der Bundesrepublik maßgebend seien (BGHZ 1, 23 [267]). Es kann auf sich beruhen, ob die Auffassung der Revision über die Revisibilität des streitigen Vertrages wenigstens insoweit zutrifft, als er einschlägige Teile der "Leistungsbestimmungen" übernommen hat. Auch wenn dieser Vertrag insoweit frei auszulegen wäre, könnte die Auslegung des Revisionsgerichts keine andere sein als die vom Berufungsgericht vorgenommene Vertragsauslegung. Die Revision könnte daher auch bei Zugrundelegung eines teilweise typischen Vertrages nicht durchdringen. Weder

der Inhalt noch der Zweck dieser Leistungsbestimmungen zwingen zu der von der Revision gezogenen Folgerung, daß bei von der Beklagten im Rahmen dieser Leistungsbestimmungen übernommenen Präparate als Ausgleich nur eine ausschließliche Lizenz infrage kommen müsse. Insbesondere kann der in diesen Leistungsbestimmungen enthaltenen Bestimmung, auf ^{die} die Revision auch im anderen Zusammenhang besonderen Wert legt, wonach nur Tierärzte, nicht aber Apotheken, Großhandlungen und Drogerien beliefert werden, für die Auslegungsfrage im Sinne der Beklagten keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden; denn durch diese Bestimmung sollte ersichtlich eine Verpflichtung der Beklagten festgelegt werden, die einen Anreiz für den Eintritt der Tierärzte in die Genossenschaft bilden sollte. Deren Mitglieder erhalten, wie sowohl in den Leistungsbestimmungen als auch in den Lieferungsbedingungen (Bl 1 Rücksl. des genannten Katalogs 1950/51) hervorgehoben worden ist, auf sämtliche von ihnen von der Genossenschaft bezogene Mittel 10 % Rabatt, außerdem nach den genannten Lieferungsbedingungen noch 5 % Skonto bei Zahlung von innerhalb 14 Tagen. Daß in der Tierärzteschaft derartige Lizenzverträge als ausschließliche Lizenzabreden aufgefaßt würden, was die Beklagte behauptet hat, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dagegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Zutreffend weist das Berufungsgericht dabei darauf hin, daß die Beklagte zum Nachweise der von ihr in der Ärzteschaft bestehenden Verkehrsauffassung nur für vier schriftliche Lizenzverträge vorgelegt habe, von denen nur einer die Abrede einer ausschließlichen Lizenz ergebe, während die drei anderen darüber nichts sagten. In diesem ausschließlichen Lizenzvertrage vom 8. Juni 1936 hatte sich

der Lizenzgeber ausdrücklich ausbedungen, daß die Prüfung der von ihm der jetzigen Beklagten übergebenen Spezialmittel (Mittel zur Bekämpfung der Sterilität der Pferde und Rinder, zur Änderung der Konstitution und zur Bekämpfung der Trichonemadenseuche) durch - namentlich benannte - Professoren an tierärztlichen Hochschulen und einigen nach verschiedenen geologischen Verhältnissen ausgesuchte Praktiker geschehe. Es waren also erhebliche Erprobungskosten erforderlich. Weiter hat sich die Beklagte in dem genannten Vertrage für den Fall der Übernahme dieser Präparate verpflichten müssen, ihrerseits keine Präparate für die gleichen Indikationen aufzunehmen, die einen oder mehrere Bestandteile dieser drei Spezialmittel enthielten. Die Gewährung der ausdrücklichen Lizenz war also mit ganz besonderen - über den Rahmen der üblichen Erprobungskosten wesentlich hinausgehenden - Verpflichtungen der Beklagten verknüpft.

Zur Begründung seiner Auffassung, daß auch die Satzung der Wirtschaftsgenossenschaft keine geeignete Grundlage für eine Auslegung des streitigen Lizenzvertrages im Sinne der Beklagten biete, führt das Berufungsgericht aus, die in Betracht kommenden Vorschriften, insbesondere des Abschnitts III Teil 14 Nr 3, die den Genossen die Pflicht auferlegten, weder unmittelbar noch mittelbar sich an einem gleichen oder ähnlichen Unternehmen zu beteiligen, hätten offensichtlich den Sinn, daß sich die Genossen nicht an einer anderen Genossenschaft, Organisation, Personal- oder Kapitalgesellschaft beteiligen sollten, die als Gesamtheit ähnliche Ziele für die Wirtschaftsgenossenschaft deutscher Tierärzte verfolgten.

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts geben zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte bei Beurteilung dieses Auslegungstoffes in erster Linie Abschnitt III, Teil 14 Nr. 2 der Satzung berücksichtigen müssen, wonach es Pflicht der Genossen sei, "dem Interesse der Genossenschaft nicht zuwider zu handeln". Dieses Interesse der Genossenschaft ergebe sich einmal aus Teil I, 2 der Satzung, wonach Gegenstand des Unternehmens "gemeinschaftliche Herstellung und Einkauf von Verbrauchsstoffen und Gegenständen des tierärztlichen Berufs" und "gemeinschaftlicher Verkauf tierärztlicher Bedarfsartikel" sowie "Beteiligung an gleichen oder ähnlichen Unternehmungen" sei und ferner aus Satz 1 der Leistungsbestimmungen, wonach Lieferung ausschließlich an Tierärzte erfolge. Diese Bestimmungen gäben den Tierärzten praktisch ein Monopol auf die von der Wirtschaftsgenossenschaft bzw. von der Beklagten erzeugten Medikamente. In der Verletzung dieses Monopols sieht die Revision die Verletzung der Interessen der Gesellschaft und somit eine Zuwiderhandlung gegen die Genossenschaftspflichten nach Teil II Ziff. 2. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Satzungsbestimmung in anderem Zusammenhange (§ 16 des angefochtenen Urteils) in ausreichender und rechtlich einwandfreier Weise dahin auseinandergesetzt, die Bindung der Genossen an die Genossenschaft sei weit geringer als die Bindung eines Gesellschafters der OHG und gehe nach dem Genossenschaftsrecht nicht so weit, daß eine erteilte Lizenz als ausschließliche zu behandeln sei. Eine praktische Monopolstellung der Tierärzte an den von der Beklagten übernommenen Präparaten kann höchstens insoweit angenommen werden, als die Wirtschaftsgenossenschaft diese Präparate nur an Tierärzte mit der Maßgabe

abgeben darf, daß den Genossenschaftsmitgliedern ein Rabatt von 10 % und ein Skonto von 5 % zu gewähren ist. Der einzelne Genosse hat nach den Leistungsbestimmungen keine Verpflichtung, sondern nur ein Recht, von ihm ausgearbeitete, in seiner Praxis bewährte und wissenschaftlich etwas Neues darstellende Arzneimittel der Genossenschaft zum Vertrieb anzubieten. In welchem Rahmen aber - ob durch Gewährung einer ausschließlichen oder einer einfachen Lizenz - dies zu geschehen hat, ist weder in den Leistungsbestimmungen noch in der Genossenschaftssatzung festgelegt. Insbesondere spricht nicht, wie bereits oben ausgeführt, für die Annahme einer ausschließlichen Lizenz Satz 1. der Leistungsbestimmungen, wonach die Lieferung seitens der Beklagten ausschließlich an Tierärzte, nicht an Apotheken, Großhandlungen und Drogerien erfolgt. Denn diese Regelung bezweckt nur einen Anreiz für die Tierärzte zum Eintritt in die Genossenschaft.

In den Geboten und Rücksichten der Kollegialität kann im vorliegenden Falle ebenfalls kein besonderer Umstand gesehen werden, der die Annahme der ausschließlichen Natur des streitigen Lizenzvertrages rechtfertigen könnte. Dazu führt das Berufungsgericht zutreffend aus, der Tierarzt, der eine Erfindung auf dem Gebiete der Arzneimittel oder Futtermittel gemacht habe, beteilige seine Kollegen an seinem Erfindungsgedanken schon dann unbedingt, wenn er der Beklagten eine einfache Lizenz erteile. Eine solche setze die Beklagte in den Stand, alle ihr zugehörenden Tierärzte uneingeschränkt zu beliefern. Wenn der Lizenzgeber daneben seine Erfindung noch persönlich ausbeute, so betreffe das nur die rein wirtschaftliche Seite der Angelegenheit. Für diese seien nicht kollegiale, sondern genossenschaftsrechtliche Gesichtspunkte ausschlaggebend. Das Genossenschaftsrecht gebiete aber nicht die von einem Genossen der Wirtschaftsgenossenschaft

erteilte Lizenz als ausschließliche zu behandeln. Gewähre ein Tierarzt seiner Genossenschaft eine Lizenz, so trete er ihr als Dritter gegenüber. Insoweit hat die Revision besondere Beanstandungen auch nicht erhoben.

Weiter geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß auch ein gesellschaftsrechtlicher Einschlag allein das Verhältnis zwischen dem Kläger und der Genossenschaft die streitige Lizenz nicht zu einer ausschließlichen machen würde. Es verneint überdies ohne Rechtsirrtum - auch von der Revision nicht angefochten - das Vorliegen eines solchen gesellschaftsrechtlichen Einschlages mit der Begründung, die Parteien hätten sich nicht zu einer gemeinsamen Tätigkeit verbunden. Der Kläger erhalte zwar eine gewisse Stückgebühr, die Parteien hätten sich jedoch nicht verpflichtet, ihre Beobachtungen und Erfahrungen auszutauschen, Verbesserungen einander mitzuteilen und zu überlassen.

Auch aus dem Gesichtspunkte besonderer Aufwendungen seitens der Beklagten bei Erprobung des Mittels "Basex" läßt sich nach Auffassung des Berufungsgerichts, was ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist, die Annahme einer Ausschließlichkeitsabrede nicht rechtfertigen, da durch die Erprobung dieses Mittels für die Beklagte besondere Aufwendungen nicht entstanden sind und die von ihr zu tragenden Werbungskosten durch Steigerung des Umsatzes wettgemacht werden können. Dem allgemein mit solchen Erprobungen von Präparaten verbundenen Risiko für die Versuchstiere kann entgegen der Auffassung der Revision ein entscheidendes Gewicht nicht beigemessen werden.

Die Revision bemängelt schließlich, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung des streitigen Lizenzvertrages wesentliche, außerhalb des ausdrücklichen Textes der Leistungsbestimmungen liegende, den Beteiligten bekannte Umstände nicht

herangezogen. Der Kläger sei sich nach seiner eigenen Angabe durchaus darüber im klaren gewesen, daß er den Vertrieb seines Mittels an andere Arzneimittelfirmen nicht habe übertragen dürfen. Andererseits habe er jedoch vorgetragen, die Beklagte habe sein Mittel erst durch den Zusatz von Calciumphosphat zum Arzneimittel gemacht. Bis dahin sei also das Mittel des Klägers nach seiner Darstellung ein Futtermittel gewesen. Daß er auch auf dem Sektor des Futtermittelvertriebes der Beklagten nicht habe ins Gehege kommen dürfen, sei ihm ebenfalls klar gewesen; denn seine Bitte, das Mittel über die Hauptgenossenschaft zu vertreiben, könne nicht anders verstanden werden. Das hätte das Berufungsgericht bei Prüfung der Auslegungsfrage beachten müssen. Außerdem habe das Berufungsgericht nicht außer acht lassen dürfen, daß der vom Kläger selbst entworfene, von der Beklagten gedruckte Werbetext für den Basex-Handzettel den Vermerk vorsah "zu beziehen nur durch die Tierärzte" (Schreiben des Klägers vom 4. November 1949). Der Kläger sei sich des Monopols der Beklagten also bewußt gewesen. Das Berufungsgericht hat diese Umstände nicht ausdrücklich gewürdigt. Darin ist jedoch ein entscheidungsbedeutsamer Rechtsfehler nicht zu erblicken. Weder die Bitte des Klägers, das Mittel "Basex" auch über die Hauptgenossenschaft zu vertreiben, noch der in dem von ihm entworfenen Werbetext enthaltene Vermerk "zu beziehen nur durch die Tierärzte" zwingen für sich allein oder im Zusammenhange miteinander oder mit den Gesamtumständen des Falles zu der Annahme, daß der Kläger eine ausschließliche Lizenz habe einräumen wollen. Seine Bitte um Einschaltung des Landhandels hat er sowohl in dem von der Revision angezogenen Schreiben vom 18. Februar 1950 wie auch bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht damit erklärt, durch die von ihm erwähnte Einschaltung des Landhandels habe der Umsatz gesteigert werden sollen. Der vom Kläger entworfene

38

Prospektvermerk "zu beziehen nur durch die Tierärzte" rührt zudem, wie sich aus dem von der Revision angeführten Schreiben des Klägers vom 4. November 1949 ergibt, aus der Zeit vor dem Abschluß des streitigen Lizenzvertrages her. Da sich die Propaganda zur Einführung des Mittel "Basex" zunächst nur auf den Verkauf durch Tierärzte erstrecken sollte, folgt daraus nicht zwingend, daß der Vertrieb später nicht auch auf die Hauptgenossenschaft erstreckt werden durfte.

2.) Das Berufungsgericht hat ferner erwogen, ob etwa nach der - die Ausschließlichkeit nicht enthaltenden - ursprünglichen Vereinbarung in der Zeit bis zur Übersendung der Vertragsentwürfe vom 26. Oktober 1950 zwischen den Parteien die Ausschließlichkeitsklausel vereinbart worden sei. Dieser Beweispflicht, die das Berufungsgericht zutreffend der Beklagten auferlegt hat, hat diese nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht genügt. Dazu führt es aus, der Kläger habe eine solche ausdrückliche Änderung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses in Abrede gestellt. Das Berufungsgericht lehnt die Meinung des Dr. Ma [REDACTED] ab, eine solche Vertragsvereinbarung sei darin zu erblicken, daß der Kläger geschwiegen habe, als sein Vorschlag auf Beteiligung der landwirtschaftlichen Hauptgenossenschaft abgelehnt worden sei. Durch sein Schweigen habe sich der Kläger keineswegs der Auffassung der Beklagten über die Unzulässigkeit der Lieferung auch an den Landhandel unterworfen. Für eine solche Annahme spreche auch nicht, daß der Kläger sein von den Parteien als "Basex" bezeichnetes Mittel unter dem Namen "Gewe 50" und "Geme 50" an den Landhandel vertreibe. Daß dies zu Tarnungszwecken geschehen sei, sei nicht ohne weiteres anzunehmen. Diese Maßnahme des Klägers könne auch auf seiner Absicht beruhen, der Beklagten möglichst wenig ins Gehege zu kommen.

In diesen Erwägungen des Berufungsgerichts tritt ein entscheidungserheblicher Rechtsirrtum nicht zutage. Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht hätte in der Frage, ob eine ausschließliche Lizenz vereinbart sei, den Angaben des Dr. Ma[REDACTED] und nicht denen des Klägers den Vorzug geben müssen, so liegt dies auf tatsächlichem und daher der Revision verschlossenen Gebiet.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhange als verfahrensrechtlichen Verstoß gegen §§ 286, 447, 448 ZPO noch, daß das Berufungsgericht, wenn es eine ausdrückliche Ausschließlichkeitsabrede unter den Parteien für nicht erwiesen angesehen habe, nicht den Professor Ba[REDACTED], einen weiteren Geschäftsführer der Beklagten, gehört habe, dessen Vernehmung im Beweisbeschuß vom 5. Dezember 1953 ausdrücklich vorbehalten gewesen sei. Diese Rüge kann nicht durchgreifen. Es handelt sich insoweit, wie auch die Revision nicht verkennt, um eine Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO. Eine solche Parteivernehmung ist in das pflichtmäßige Ermessen des Gerichts gestellt. Dafür, daß das Berufungsgericht dieses Ermessen verletzt habe, ist kein Anhalt gegeben. Darin, daß vorliegend nicht näher dargelegt ist, aus welchem Grunde das Berufungsgericht von der im Beweisbeschuß vorgesehenen Vernehmung des Professors Barke Abstand genommen hat, ist ein Rechtsfehler nicht zu erblicken (OGHZ 1, 226 [228]).

3.) Nach alledem hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei angenommen, daß bis zur Übersendung der Vertragsentwürfe vom 26. Oktober 1950 eine ausschließliche Lizenz zwischen den Parteien nicht vereinbart worden war. Das Schweigen des Klägers auf diese Vertragsentwürfe hat das Berufungsgericht nicht als Zustimmung gewertet, weil diese Entwürfe in grundlegenden Teilen von den bindenden ursprünglichen Vereinbarun-

gen der Parteien abwichen. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Schweigen auf einen Vertragsabänderungsantrag könnte höchstens unter ganz besonderen Umständen als Zustimmung gewertet werden (vgl. BGHZ 18, 212 [218]; LM § 150 BGB Nr 1). Solche Umstände sind hier nicht dargetan. Es ist kein Anhalt dafür gegeben, daß der Kläger der Beklagten eine ausschließliche Lizenz habe einräumen wollen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist auf Seiten des Klägers, soweit er die streitigen Präparate über den Landhandel vertreibt, weder ein Verstoß gegen seine Lizenzvertragspflichten noch gegen § 1 UnlWG festzustellen.

Was den von der Revision gestellten Hilfsantrag anlangt, so hat sie geltend gemacht, die mit dem Widerklageantrag erstrebte Unterlassung habe darauf abgezielt, dem Kläger die Herstellung und den Vertrieb eines Präparates, das mit "Basex" identisch sei, schlechthin zu verbieten. Die Vollabweisung dieses Antrages werde aber durch die Begründung des Berufungsgerichts, die nur den Vertrieb des Klägers über den Landhandel für zulässig halte, nicht getragen. Der Kläger habe selbst angegeben, gewußt zu haben, daß er andere Arzneimittelfirmen nach seinen Vereinbarungen mit der Beklagten nicht beliefern dürfe. Dem Unterlassungsanspruch hätte daher zu mindest in dem eingeschränkten Umfange, nämlich Verbot der Lieferung außer an den Landhandel, stattgegeben werden müssen. Diese Rüge kann keinen Erfolg haben. Dem Berufungsgericht kann allerdings nicht darin gefolgt werden, daß der streitige Unterlassungsanspruch nur den Vertrieb über den Landhandel zum Gegenstande habe. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieses Unterlassungsanspruchs (herzustellen und zu verbreiten durch andere, insbesondere durch die Quarzsand- und Kiesverkaufsgesellschaft, herstellen und vertreiben zu lassen) und nach der ganzen Sachlage sollte dem Kläger die Verbreitung der streitigen Präparate uneingeschränkt untersagt werden. Nach ständiger Rechtsprechung können aber der Verurteilung

zur Unterlassung nur die konkreten Verletzungsformen zugrundegelegt werden (vgl. LM WZG § 24 Anm 4). Insoweit war allerdings vom Berufungsgericht in Betracht zu ziehen, daß die Beklagte auch beanstandet hatte, der Kläger vertreibe die streitigen Präparate an Tierärzte. Dies ist nach der eigenen Auffassung des Klägers nach den Vereinbarungen mit der Beklagten unzulässig. Eine solche Lieferung an einen Tierarzt ist jedoch nach den einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nur einmal erfolgt. Das Berufungsgericht hat dazu weiter festgestellt, daß diese Lieferung des Klägers versehentlich geschehen sei und daß mit weiteren derartigen Lieferungen des Klägers nicht zu rechnen ist. Insoweit besteht also keine Beeinträchtigungsgefahr. Das Berufungsgericht hat daher die Berufung der Beklagten in vollem Umfange mit Recht zurückgewiesen.

Nach alledem war die Revision der Beklagten als unbegründet mit der Folge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Weinkauff

Nastelski

Christoph

Weiß

Spreng