

2544 037

Ia ZR 121/63

Verkündet

am 23. April 1963

Oechsler, Justizangestellte
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Dietrich M [REDACTED], Ge[REDACTED],
G[REDACTED]str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Gerh. S c h [REDACTED], D[REDACTED],
Bl[REDACTED]str. [REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma Karl B[REDACTED] KG., D[REDACTED]-R[REDACTED], N[REDACTED]
Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ia-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. März 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Nastolski und der Bundesrichter
Dr. Löscher, Dr. Spengler, Claßen und Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düssel-
dorf vom 16. Februar 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter der Firma Karl B. KG, der früheren Firma Karl B. Söhne, vom Beklagten die Erstattung von Lizenzzahlungen, welche dieser in den Jahren 1957/58 von der Gemeinschuldnerin auf Grund eines Lizenzvertrages vom 23. August 1957 empfangen habe. Dieser Vertrag hatte folgenden Wortlaut:

"Die Firma Karl B. Söhne ist berechtigt, das von Herrn M. entwickelte "Pumpenaggregat zur Feinstbödenentwässerung" geschützt durch D.B.G.M. in Einsatz zu bringen.
Als Lizenzgebühr zahlt die Firma Karl B. Söhne DM 30.-/Betriebstag."

Er wurde am 30. September 1958 von der nachmaligen Gemeinschuldnerin wegen arglistiger Täuschung angefochten, weil das erwähnte Aggregat nicht durch ein Gebrauchsmuster geschützt gewesen sei. - Der Beklagte hatte zwar am 22. Mai 1957 ein Pumpenaggregat zur Entwässerung von Feinstböden zum Gebrauchsmuster angemeldet. Eine Eintragung auf diese Anmeldung hin ist aber nicht erfolgt; der Beklagte hatte einen Zwischenbescheid des Patentamts vom 17. Oktober 1957 unbeantwortet gelassen. Auf eine weitere Anmeldung vom November 1957 hin hat das Patentamt indessen im April 1959 das Gebrauchsmuster 1 786 776 eingetragen, das gleichfalls ein Pumpenaggregat zur Entwässerung und/oder Stabilisierung von Feinstböden betrifft.

Auf Grund des Lizenzvertrages hat die Gemeinschuldnerin am 26.10.1957, 14.12.1957 und 30.4.1958 Lizenzbeträge in Höhe von insgesamt 8.467,13 DM abgeführt, und zwar nicht an den Beklagten persönlich, sondern kraft Abtretung an Rechtsanwalt Dr. W., der die Zahlungen dazu verwandt hat, Gläubiger des Beklagten zu befriedigen.

- 3 -

Das Landgericht hat den Beklagten wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Rückzahlung eines zunächst eingeklagten Teilbetrages von 2.000.- DM nebst 12 % Zinsen verurteilt. Bald nach der am 9. Mai 1961 erfolgten Verkündung des Landgerichtsurteils wurde durch Gerichtsbeschluß vom 18. Mai 1961 das Konkursverfahren über das Vermögen der Karl Below KG eröffnet. Der Rechtsstreit nahm jedoch zunächst ohne Zuziehung des Konkursverwalters seinen Fortgang; und zwar legte der Beklagte am 1. September 1961 Berufung ein, während die Gemeinschuldnerin durch Schriftsatz vom 22. Dezember 1961 ihre Klage auf insgesamt 8.467,13 DM nebst 12 % Zinsen erhöhte. Erst durch Schriftsatz vom 11. Januar 1962 erklärte der nunmehrige Kläger, daß er als Konkursverwalter in den Rechtsstreit eintrete und diesen aufnehme. Endlich wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht die Erklärung abgegeben, beide Parteien seien sich darüber einig, daß das Verfahren die Konkursmasse der Firma Karl B. KG betreffe und daß der Konkursverwalter den Rechtsstreit aufgenommen habe.

Daraufhin hat das Oberlandesgericht den Beklagten durch Urteil vom 16. Februar 1962 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung und Anschlußberufung insgesamt verurteilt, an den Kläger 8.467,13 DM nebst gestaffelten Zinsbeträgen von teils 4 %, teils 10 1/2 % zu zahlen, und die Klage wegen der darüber hinausgehenden Zinsforderungen abgewiesen.

Mit seiner gegen dieses Urteil eingelegten Revision verfolgt der Beklagte seinen alten Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I. Zu Unrecht meint die Revision, dem angegriffenen Urteil sei weder eine wirksame Berufung noch eine wirksame Anschlußberufung vorausgegangen, weil beide Rechtsmittel eingelegt worden seien, bevor der Konkursverwalter die Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Rechtsstreits erklärt habe.

Zwar ist mit der Revision davon auszugehen, daß die am 18. Mai 1961 erfolgte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Firma Karl B. KG zur Unterbrechung des vorliegenden Rechtsstreits führte (vgl. § 240 ZPO) und daß diese Unterbrechung solange andauerte, bis der Rechtsstreit in der Form des § 250 ZPO nach den für den Konkurs geltenden Vorschriften aufgenommen wurde. Das hatte zur Folge, daß beide während der Unterbrechung eingelegten Rechtsmittel der anderen Partei gegenüber zunächst ohne rechtliche Wirkung waren (§ 249 Abs. 2 ZPO). Diese Rechtsmittel hätten also nicht zu einem Sachurteil des Berufungsgerichts führen können (vgl. RGZ 66, 400; BGH WM 1956, 1473), es sei denn, daß der Verfahrensmangel im weiteren Verlauf des Verfahrens geheilt oder daß die Rechtsmitteleinlegung wirksam erneut vorgenommen worden wäre.

Nach feststehender Rechtsprechung handelt es sich bei dem Verstoß gegen § 249 Abs. 2 ZPO um einen verzichtbaren Mangel (vgl. RG WarnRspr 1915, Nr. 222), so daß eine vor der Aufnahme des Verfahrens erfolgte Zustellung des Urteils (RGZ 51, 97), Einlegung des Rechtsmittels (RGZ 14, 334; RG JW 1907, 713; LZ 1908 Sp. 70 Nr. 4; BGH WM 1961, 1355) und Begründung des Rechtsmittels (RGZ 78, 344; JW 1911, 769; LZ 1912, Sp. 400 Nr. 5) durch rügeloses Verhandeln zur Sache gemäß § 295 ZPO geheilt werden kann. Diese Heilung nach § 295 ZPO war vorliegend auch dadurch nicht ausgeschlossen,

daß die Aufnahmeerklärung des Konkursverwalters ihrerseits nicht in der vorgeschriebenen Form erfolgt war, weil der Schriftsatz vom 11. Januar 1962 ausweislich der Akten nicht der Gegenseite zugestellt worden ist; denn dieser Formverstoß gegen § 250 ZPO war ebenfalls gemäß § 295 ZPO heilbar, und zwar unabhängig davon, daß das Rechtsmittel bereits vor der Aufnahme eingelegt worden war (vgl. RG JW 1911, 769; RGZ 66, 401; BGHZ 23, 172, 175).

Kraft dieser Rechtsgrundsätze ist jedenfalls die Berufung, welche der Beklagte am 1. September 1961 eingelegt hat, nachträglich auch dem Konkursverwalter gegenüber wirksam geworden; denn in der mündlichen Verhandlung haben beide Parteien erklärt, daß der Rechtsstreit vom Konkursverwalter aufgenommen worden sei; ferner hat der Kläger den Verstoß gegen § 249 Abs. 2 ZPO nicht gerügt. - In der Revisionsinstanz können die genannten Verfahrensmängel hiernach gemäß § 558 ZPO nicht mehr gerügt werden.

Fraglich ist es allerdings, ob in gleicher Weise auch eine Heilung für die Anschlußberufung, die am 22. Dezember 1961 noch von der Gemeinschuldnerin selber eingelegt worden ist, angenommen werden könnte, obwohl Rechtshandlungen der Gemeinschuldnerin den Beschränkungen der §§ 8, 10 KO unterlagen. Für einen Fall dieser Art hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dem Rechtsmittel des Gemeinschuldners die rechtliche Wirkung aberkannt, ohne die Möglichkeit einer späteren prozessualen Heilung zu erörtern (vgl. BGHZ 36, 259). Jedoch braucht im vorliegenden Falle auf diese grundsätzliche Frage nicht eingegangen zu werden. Denn der Konkursverwalter hat sich die bereits früher eingelegte Anschlußberufung in seinem Schriftsatz vom 11. Januar 1962 zu eigen gemacht und sie durch diesen Schriftsatz sowie durch Verlesung der entsprechenden Anträge in der mündlichen Verhandlung wiederholt. Zumindest diese vom Konkursverwalter persönlich erhobene neue

Anschlußberufung war wirksam, so daß es auf die Frage der etwaigen Heilbarkeit des zunächst vom Gemeinschuldner eingelegten Rechtsmittels nicht ankommt (vgl. auch BGHZ 36, 259).

II. In der Sache selbst bejaht das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht die Verpflichtung des Beklagten, die an seinen Zessionar und "Vertreter" Dr. W. abgeführten Lizenzbeträge aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung an den Kläger zurückzuzahlen. Dabei geht es von der Rechtsauffassung aus, der Lizenzvertrag vom 23. August 1957 sei deshalb, weil das seinen Gegenstand bildende Schutzrecht in Wirklichkeit nicht bestanden habe, auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen und daher nach § 306 BGB nichtig.

Dieser rechtliche Ausgangspunkt begegnet Bedenken.

1. Für das allgemeine Schuldrecht ist es anerkannt, daß im Falle des Verkaufs einer nicht bestehenden Forderung oder eines nicht bestehenden sonstigen Rechts nicht ohne weiteres die Nichtigkeitsfolge des § 306 BGB Platz greift, sondern daß hier die Sonderbestimmungen der §§ 437, 440 BGB anzuwenden sind, wonach den Verkäufer eine Gewährleistungshaftung für den rechtlichen Bestand des Rechts trifft. Schon in RGZ 90, 240, 244 wurde es als feste Rechtsprechung des Reichsgerichts und einhellige Auffassung der Rechtslehre bezeichnet, daß der Verkauf eines nicht bestehenden Rechts nicht - wie der Verkauf einer nicht existierenden Sache - nach § 306 BGB nichtig sei, sondern daß der Verkäufer zur Verschaffung des Rechts verpflichtet sei und im Falle der Nichterfüllung auf Schadensersatz hafte, sofern nicht das Recht ein solches sei, dessen Entstehung überhaupt unmöglich sei (ebenso RGZ 86, 213; 92, 73, 76; ferner BGB RGRK § 306 Anm. 8; § 437 Anm. 3). Auf Grund jener Sonderregelung, die sich gemäß § 445 BGB nicht auf den Rechtskauf im engeren Sinne be-

schränkt, sondern auf jegliche Veräußerung oder Belastung eines Rechts gegen Entgelt entsprechende Anwendung findet, kann die Nichtigkeitsfolge des § 306 BGB also nur dann eintreten, wenn die Entstehung eines Rechts mit dem vereinbarten Inhalt überhaupt unmöglich ist. Auch für das Spezialgebiet des Verkaufs von gewerblichen Schutzrechten und der Lizenzbestellung an solchen Rechten geht die in Rechtsprechung und Rechtslehre herrschende Auffassung dahin, daß den Verkäufer oder Lizenzgeber eine Vertragshaftung gemäß §§ 437, 440, 445 BGB für den anfänglichen Rechtsbestand des übertragenen oder zur Ausübung überlassenen Rechts trifft (vgl. RGZ 82, 155; GRUR 1960, 45 - Uhrgehäuse; Krausse-Katluhn-Lindenmaier, PatG § 9, Anm. 7, 32; Lindenmaier GRUR 1955, 508, 509; Reimer PatG 2. Aufl. § 9 Anm. 25. Bei nachträglicher Vernichtung oder Beschränkung des Schutzrechts ist allerdings gemäß BGH in GRUR 1957, 595, 596 - Verwandlungstisch - und GRUR 1958, 231 - Rundstuhlwirkware - § 242 BGB anzuwenden). Noch nicht entschieden ist in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur die Sonderfrage, ob in Übereinstimmung mit der einschlägigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RGZ 68, 292; RG JW 1932, 1836; sowie Lindenmaier GRUR 1955, 509, 511 m.w.Nachw.) die Nichtigkeit nach § 306 BGB zumindest dann anstelle der Verschaffungspflicht aus § 437 BGB eintritt, wenn ein Schutzrecht übertragen oder zur Nutzung überlassen worden ist, dessen Entstehung überhaupt rechtlich unmöglich war.

Das Berufungsgericht ist im vorliegenden Falle von der Anwendbarkeit des § 306 BGB ausgegangen; es hat jedoch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, aus denen sich ergebe, daß die Erlangung eines Gebrauchsmusterschutzes auf Grund der vom Beklagten am 22. Mai 1957 eingereichten Anmeldung M 25 133/59 von vornherein absolut ausgeschlossen gewesen wäre. Vielmehr ist im Tatbestand des Urteils nur festgehalten, daß das Patentamt dem Beklagten am 17. Oktober 1957

mitgeteilt hat, er müsse mit einer Zurückweisung seiner Anmeldung rechnen. Ergänzend wird in den Urteilsgründen auf eine ältere Entscheidung desselben Gerichts vom 28. August 1959 - 2 U 33/59 - Bezug genommen, welche folgende Begründung für die Anwendbarkeit des § 306 BGB auf den strittigen Lizenzvertrag vom 23. August 1957 gegeben hatte:

"Gegenstand des Vertrages war seinem Wortlaut nach ein Pumpenaggregat, das durch Gebrauchsmuster geschützt war. ... Ein Gebrauchsmusterschutz bestand bei Vertragsschluß jedoch nicht, da ein solcher gemäß § 5 GebrMG erst mit Eintragung des Gebrauchsmusters entsteht, die damals schon eingereichte Gebrauchsmusteranmeldung M 25 133/59 b Gm jedoch bis heute nicht zur Eintragung geführt hat und das Gebrauchsmuster Nr. 1 786 776 seinerzeit noch nicht einmal angemeldet war."

Auch aus diesem älteren Urteil läßt sich nicht die Feststellung entnehmen, daß die Entstehung eines Gebrauchsmusters aus der älteren Anmeldung des Beklagten objektiv unmöglich gewesen wäre. Etwas Derartiges ergibt sich schließlich ebensowenig unter Berücksichtigung des im Tatbestand des Urteils vom 28. August 1959 erwähnten und bei den Akten 2 U 33/59 befindlichen Zwischenbescheids der Gebrauchsmusterstelle des Deutschen Patentamts vom 17. Oktober 1957. Dort ist nur beanstandet worden, daß in der Anmeldung eine Mehrheit von Einzelgegenständen zu einer sogenannten "Gesamtlage" vereinigt worden sei. Das sei nach § 1 GebrMG unstatthaft. Es sei also mit einer Zurückweisung der Anmeldung zu rechnen, sofern diese nicht "auf einen technisch organhaft zusammenhängenden Teil, der bereits offenbart sein muß, beschränkt wird".

Wie diese Tatumstände, von denen das Berufungsurteil ausgeht, zeigen, hat das Berufungsgericht den Rechtsgrundsatz verkannt, daß eine Anwendung des § 306 BGB auf Lizenzverträge allenfalls dann in Betracht kommen kann, wenn das lizenzierte Schutzrecht nicht existiert und auch seinem

Wesen nach überhaupt einem Patent- oder Gebrauchsmusterschutz nicht zugänglich ist.

2. Diese rechtsirrigte Anwendung des § 306 BGB würde allerdings, für sich allein betrachtet, noch nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nötigen, weil dem Kläger ein Bereicherungsanspruch wenigstens dem Grunde nach im Ergebnis zu Recht zugebilligt worden ist.

Aus der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellung, das den Gegenstand des Lizenzvertrages bildende Gebrauchsmuster habe weder im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden, noch habe die damals schwebende Anmeldung je zu einer Eintragung geführt, ergibt sich nämlich gemäß §§ 437, 440, 445 BGB als Rechtsfolge, daß sich die Rechte der Gemeinschuldnerin als der Lizenznehmerin nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB bestimmen. Und zwar stehen die dort geregelten Ansprüche der Lizenznehmerin unabhängig davon zur Seite, ob es sich um einen Fall anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit bzw. anfänglichen oder nachträglichen Unvermögens handelt (vgl. RGZ 99, 234 und st. Rspr.; BGB RGRK § 440 Anm. 8; Iarenz, Schuldrecht, Bd. I § 7 II; Bd. II § 36 II, 3; Enneccerus-Lehmann, § 107 I; Esser, Schuldrecht, § 104, 5; zustimmend mit Beschränkung auf § 437 BGB auch Staudinger-Ostler, § 440 Anm. 6b a.E., die für die sonstigen Anwendungsfälle des § 440 BGB von der herrschenden Lehre abweichen).

Der Beklagte hat allerdings, wie das Berufungsgericht feststellt, auf Grund einer weiteren Anmeldung vom November 1957 im April 1959 die Eintragung des Gebrauchsmusters 1 786 776 betreffend ein Pumpenaggregat zur Entwässerung und/oder Stabilisierung von Feinstböden erlangt. Hieraus kann jedoch nicht zugunsten des Beklagten gefolgert werden, es

habe nur eine zeitweilige, später behobene Leistungsstörung vorgelegen, so daß allenfalls Verzugsfolgen, aber keine Ansprüche wegen dauernder Unmöglichkeit oder dauernden Unvermögens geltend gemacht werden könnten. Denn durch den Lizenzvertrag vom 23. August 1957 wurde ein Dauerschuldverhältnis begründet, auf Grund dessen der Beklagte der Gemeinschuldnerin während der gesamten Dauer der Vertragsbindung für den Bestand des in Lizenz vergebenen Schutzrechts einzustehen hatte. Bei solchen Dauerschuldverhältnissen fällt eine vorübergehende Unmöglichkeit nicht, wie es bei Einzelschuldverhältnissen der Fall sein kann, unter den Begriff des Leistungsverzuges, sondern sie ist zumindest für ihre Dauer der dauernden Leistungsunmöglichkeit gleichzuachten (so RGZ 146, 60, 66; BGH LM § 275 BGB (Nr. 3); BGHZ 10, 187, 189).

Im vorliegenden Falle konnte der Beklagte die von ihm geschuldete Dauerleistung frühestens von der Eintragung des Gebrauchsmusters 1 786 776 an, also ab April 1959, erbringen. Das bedeutet, daß der Gemeinschuldnerin für die davor liegende Zeit - also für den ganzen Zeitraum, in dem ihre Benutzungshandlungen, die zu den drei Lizenzzahlungen vom 26.10., 14.12.1957 und 30.4.1958 geführt haben, erfolgt sind - alle Ansprüche zustehen, die aus einer Unmöglichkeit der Leistung hergeleitet werden können. Dabei bedarf es im Rahmen des § 440 BGB keiner abschließenden Klärung der Frage, ob es sich um eine anfängliche oder nachträgliche Leistungsstörung, um eine objektive Unmöglichkeit oder um ein subjektives Unvermögen gehandelt hat. Der Kläger kann somit die von der Gemeinschuldnerin während des Nichtbestehens eines Schutzrechts geleisteten Zahlungen gemäß § 440 Abs. 1 BGB, in Verbindung sei es mit § 323 Abs. 3, sei es mit § 325 Abs. 1 Satz 3, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern.

3. Es erübrigt sich dabei, auf die umfänglichen Rechtsausführungen einzugehen, mit denen die Revision dartun möchte, die auf Bereicherung gestützte Klage müsse bereits daran scheitern, daß infolge Abführung der Zahlungen an einen Mittelsmann, Rechtsanwalt Dr. W., das Erfordernis einer unmittelbaren Vermögensverschiebung (§ 812 BGB) nicht erfüllt sei. Hierauf kommt es bei der gebotenen Anwendung des § 440 BGB nicht an; denn nach feststehender Rechtsprechung hat die sowohl in § 323 Abs. 3 als auch in § 325 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 ausgesprochene Verweisung auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung ausschließlich die Bedeutung, daß der Umfang einer als bereits vorhanden angenommenen Herausgabepflicht näher abgegrenzt wird, während die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 812 BGB als solche nicht erfüllt zu sein brauchen (vgl. RGZ 139, 22).

Hiernach ist das Revisionsgericht von sich aus in der Lage zu entscheiden, daß dem Kläger ein Bereicherungsanspruch dem Grunde nach zusteht.

4. Allerdings bleibt noch die Frage offen, in welcher Höhe der Beklagte bereichert ist. Denn die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sind nicht ausreichend, um eine Entscheidung des Revisionsgerichts darüber zuzulassen, ob das Schutzrecht der einzige Gegenstand des Lizenzvertrages gewesen ist, oder ob dieser daneben, wie die Revision meint, noch eine gedanklich trennbare Abrede über die Zurverfügungstellung der technischen Erfindung als solcher enthielt. Ohne eine solche erschöpfende Klärung des Vertragszwecks läßt sich nicht beurteilen, ob eine völlige oder, wie die Revision meint, nur eine teilweise Unmöglichkeit bzw. Unvermögen zur Leistung vorgelegen hat; diese Abgrenzung läßt sich bloß auf Grund einer erschöpfenden Würdigung von Inhalt und Zweck des Schuldverhältnisses vornehmen (vgl. RGZ 140, 383).

Das Berufungsgericht hat zwar in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Erörterung der §§ 306, 139 BGB, die Natur des Lizenzvertrages in gewissem Umfange erörtert. Es hat dabei vor allem angeführt, daß für die Gemeinschuldnerin keine Veranlassung bestanden habe, dem bei ihr angestellten Beklagten eine gesonderte Vergütung für die bloße Benutzungsüberlassung der Erfindung zu zahlen, da er ihr die Benutzung seiner Erfindung ohnehin schon im Zusammenhang mit dem Abschluß des Dienstvertrages zugesagt habe. Hieraus zieht das Berufungsgericht die Folgerung, daß die Gemeinschuldnerin den Lizenzvertrag in Kenntnis des fehlenden Schutzrechts nicht abgeschlossen hätte. - Der Senat trägt jedoch Bedenken, diese unter einem anderen rechtlichen Blickwinkel getroffene Beurteilung zugleich als tatrichterliche Stellungnahme zur Frage der Teilunmöglichkeit oder vollständigen Unmöglichkeit anzusehen. Zudem werden die vorstehend wiedergegebenen Feststellungen dadurch abgeschwächt, daß das Berufungsurteil an früherer Stelle ausführt, der Lizenzvertrag habe sich nicht nur auf eine Benutzungsüberlassung der Erfindung bezogen, sondern auch das Schutzrecht selbst betroffen.

Hiernach ist das Sachverhältnis noch nicht hinreichend geklärt, um dem Revisionsgericht die abschließende Entscheidung darüber zu erlauben, ob der Beklagte gemäß § 323 BGB seinen Anspruch auf die Gegenleistung gänzlich verloren hat (Abs. 1, 1. Halbsatz), oder ob sich die von der Gemeinschuldnerin zu erbringende Gegenleistung nur infolge teilweiser Unmöglichkeit nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB vermindert hat (Abs. 1, 2. Halbsatz).

Demnach mußte das angefochtene Urteil gemäß § 564 ZPO aufgehoben und die Sache gemäß § 565 ZPO an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

III. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht unter anderem den von der Revision hervorgehobenen Umstand berücksichtigen und würdigen müssen, daß die Gemeinschuldnerin selbst, als sie erkannte, daß ein Gebrauchsmusterschutz nicht bestand, daraus nicht die Folgerung gezogen hat, daß die Lizenzgebühr gänzlich wegfallen müsse, sondern nur mit Schreiben vom 23. August 1958 eine Herabsetzung der Gebühr gefordert hat.

Allerdings müßte einer Untersuchung der Rechtsfrage, ob die Ansprüche des Klägers auf vollständige oder nur auf teilweise Unmöglichkeit bzw. Unvermögen gestützt werden können, die im ersten Berufungsurteil noch nicht angestellte Prüfung vorausgehen, ob etwa der Lizenzvertrag vom 23. August 1957 durch die am 30. September 1958 seitens der Gemeinschuldnerin ausgesprochene Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig geworden ist.

Sollte das Berufungsgericht wiederum zu einer Verurteilung des Beklagten gelangen, so müßte es sich in Ansehung des Zinsanspruchs mit der Rüge der Revision auseinandersetzen, es sei rechtsirrig, eine Haftung des Beklagten für entgangene Bankzinsen daraus herzuleiten, daß der Beklagte eine Aufklärungspflicht aus dem Dienstvertrage verletzt habe. Dieser in der Tat nicht unbedenklichen Konstruktion bedarf es nicht, weil eine Aufklärungspflicht gleichen Inhalts, wie sie das Berufungsgericht aus dem Dienstvertrage glaubt herleiten zu können, wahrscheinlich nach § 242 BGB schon aus dem Lizenzvertrag als solchem zu entnehmen ist, der - wie oben dargelegt - entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht gemäß § 306 BGB nichtig ist. Aus der Verschaffungspflicht des Beklagten - § 437 BGB - folgte, vorbehaltlich der tatrichterlichen Würdigung des konkreten Vertrages, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte - § 242 BGB - die Nebenpflicht, die Vertragspartnerin zu unterrichten, nachdem ernste Zweifel aufgetaucht

waren, ob der Beklagte seiner Verschaffungspflicht überhaupt würde genügen können. Diese Aufklärungspflicht ergibt sich im vorliegenden Falle um so zwangloser, als der Beklagte bei dem Vertragsabschluß bereits von einem bestehenden Gebrauchsmusterschutz gesprochen hatte, obschon er damals erst über eine Anmeldung verfügte. Die unterlassene Benachrichtigung der Gemeinschuldnerin von dem ungünstigen Amtsbescheid wird also den Beklagten möglicherweise aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig machen, wenn die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung beim Vertragsschluß nicht durchgreifen sollte.

Nach alledem war, wie geschehen, zu erkennen. Die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz war dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Nastelski Löscher Spengler Claßen Schneider

(