

B
—

33

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 102/63

URTEIL

Verkündet am

15. Dezember 1965
Wüst, Justizhaupt-
sekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. des Schreinermeisters Michael A. [REDACTED] in G. [REDACTED] Ufr.,
2. des Josef R. [REDACTED], M. [REDACTED], R. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Frhr. von [REDACTED]
- Prozeßbevollmächtigter zu 2: Rechtsanwalt [REDACTED] - [REDACTED]

gegen

Firma "K. [REDACTED]", T. [REDACTED], Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung, N. [REDACTED] bei A. [REDACTED] vertreten durch den
Geschäftsführer Karl Heinz U. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 11. Juli 1963 aufgehoben, soweit es dem Antrag auf Leistung des Offenbarungseides stattgegeben hat. Auch in diesem Umfang wird die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Im übrigen werden die Revisionen mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß unter Ziffer II des angefochtenen Urteils das Wort "gesamtschuldnerisch" entfällt und daß der Unterlassungsanspruch in der Hauptsache erledigt ist.

Auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges wird dem Landgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der früher in B■■■■, jetzt in La C■■■■ F■■■■ wohnhafte Kaufmann Charles G■■■■ hinterlegte am 8. März 1950 bei dem Internationalen Büro in Bern ein Tischfußballspielgerät in Gestalt eines Lichtbildes, das dort unter der Nummer 12 949 registriert worden und dessen Schutzdauer bis zum 7. März 1965 verlängert worden ist.

- 3 -

Die Klägerin hat behauptet, in der Bundesrepublik Deutschland das Alleinvertriebsrecht hinsichtlich dieses Geräts eingeräumt erhalten zu haben. Im Jahre 1952 habe der Schreinermeister M. in V., den sie mit der Herstellung von Tischfußballspielen nach dem hinterlegten Modell beauftragt gehabt habe, sie mit dem Beklagten zu 1 in Verbindung gebracht, dem sie gleichfalls einen Auftrag zur Herstellung derartiger Tische erteilt habe. Dabei habe sie diesen auf die bestehenden Schutzrechte hingewiesen und ihn dahin belehrt, daß er Tische dieser Art nicht an Dritte liefern dürfe. Trotzdem habe der Beklagte zu 1 über den ihm erteilten Auftrag hinaus Tische der fraglichen Ausführung hergestellt und an den Beklagten zu 2 verkauft, der sie weitervertrieben habe. Der Beklagte zu 2 habe schon früher 50 derartige Spieltische unmittelbar von der Klägerin bezogen gehabt und sei bei dieser Gelegenheit auf das Bestehen von Schutzrechten hingewiesen worden. Auf schriftliche Verwarnungen vom 30. April und 21. Oktober 1953 habe der Beklagte zu 1 wahrheitswidrig erklärt, er habe Tische der fraglichen Art anderweitig nicht veräußert; außerdem habe er zugesagt, er werde dies auch künftig nicht tun.

Im ersten Rechtszug stellte die Klägerin ihre auf diesen Tatbestand gestützten Unterlassungs-, Auskunfts- und Schadensersatzanträge auf die Lieferung von Spieltischen ab, die denjenigen der Klägerin "gleich oder gleichartig" seien. Sie bezeichnete sowohl die Bestimmungen des Geschmacksmusterrechts und des Patentrechts als auch der §§ 1, 18 UWG, 823 Abs. 1, 826 BGB als verletzt und behauptete ferner, für ihr Gerät Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG erlangt zu haben.

Dem Antrag der Beklagten entsprechend hat das Landgericht die Klage abgewiesen.



Mit der Berufung hat die Klägerin die Klageanträge dahin gefaßt

- I. Das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 18.3.1959 aufzuheben.
- II. Die Beklagten samtverbindlich zu verurteilen, bei Meidung von Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder von Haftstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung
 1. es zu unterlassen, hölzerne Tische für Fußballspiele mit den Merkmalen,
daß der tischartige, in sich aufgestockte Oberteil eine kompakte, kaum gegliederte, wuchtig und unerschütterlich wirkende Einheit darstellt, wobei die am gesamten Oberteil befindlichen senkrecht verlaufenden 4 äußeren Ecken abgerundet sind, und
daß dieses Oberteil von 2 flächenartig gestalteten Seitenteilen (dem sog. "Wangenfuß"), die trapezförmig nach unten und völlig ungegliedert sachlich glatt verlaufen und jeweils auf einem waagerechten Träger mit 2 massiven Blöcken ruhen, getragen wird,
herzustellen, anderweitig herstellen zu lassen und zu vertreiben.
 2. Auskunft darüber zu erteilen, an welche Firmen und Personen außer der Klägerin, sie gleiche oder gleichartige Tische, wie sie die Klägerin für ihr "K[REDACTED]"-Tischfußballspiel verwendet, geliefert haben, wo solche Tische bzw. die mit ihnen betriebenen Tischfußballspiele aufgestellt sind,
Rechnung über ihre Einnahmen aus diesen Lieferungen und Aufstellungen zu legen und die Richtigkeit der Auskunftserteilung zu beschwören.
 3. Einen noch - notfalls durch Sachverständigengutachten - festzustellenden Betrag als Schadensersatz an die Klägerin zu zahlen.

Die Beklagten haben insbesondere geltend gemacht, Fußballspieltische in der Form des von dem Lizenzgeber der

Klägerin hinterlegten, mit dem Warenzeichen "K[REDACTED]" bezeichneten Geräts seien schon 1939 auf dem Markt gewesen; das Gerät der Klägerin verkörpere auch keine eigentümliche geschmackliche Leistung. Für das Vorbekanntsein der Form des fraglichen Fußballspieltisches haben die Beklagten sich vor allem auf die im Katalog "Deutsches Heimatwerk" vom Jahre 1940 abgebildeten Erzeugnisse des Möbelhandwerks berufen.

Das Oberlandesgericht hat

(II) die Beklagten gesamtschuldnerisch verurteilt,

1. es zu unterlassen, hölzerne Tische für Fußballspiele in der Art der "K[REDACTED]"-Tischfußballspieltische der Klägerin herzustellen, anderweitig herstellen zu lassen und zu vertreiben, die folgende Merkmale aufweisen:

Der tischartige, in sich aufgestockte Oberteil bildet eine kompakte, wenig gegliederte, wuchtig wirkende Einheit; die am gesamten Oberteil befindlichen und senkrecht verlaufenden vier äußeren Ecken sind abgerundet; dieses Oberteil wird von zwei flächenartig gestalteten Seitenteilen, den sogenannten Wangenfüßen getragen; diese verlaufen trapezförmig und gerade nach unten, sind glatt und ruhen je auf einem waagrechten Träger mit 2 massiven Blöcken;

2. Auskunft darüber zu erteilen, an welche Firmen und Personen außer an die Klägerin sie gleiche oder gleichartige Tische wie die "K[REDACTED]"-Tische der Klägerin geliefert haben, Rechnung über ihre Einnahmen aus diesen Lieferungen zu legen und die Richtigkeit der Auskunftserteilung zu beschwören.

(III) den Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Zur weiteren Verhandlung und Entscheidung hat das Berufungsgericht das Verfahren an das Landgericht zurückverwiesen. Mit ihren hiergegen erhobenen Revisionen erstreben beide Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Die Klägerin beantragt, den Unterlassungsanspruch mit Rücksicht auf den während des Revisionsrechtszuges eingetretenen Ablauf der Schutzdauer des Geschmacksmusters für erledigt zu erklären und bittet im übrigen um Zurückweisung der Rechtsmittel. Die Beklagten haben erklärt, der Teilerledigungserklärung nicht zu widersprechen.

Entscheidungsgründe:

I. Unterlassungsanspruch.

Zwar ist über den Unterlassungsanspruch selbst infolge der unwidersprochen gebliebenen Erledigungserklärung der Klägerin nicht mehr zu entscheiden. Einer Prüfung seiner Begründetheit im Zeitpunkt des Eintritts des erledigenden Ereignisses bedarf es jedoch im Hinblick auf die insoweit nach § 91 a ZPO zu treffende Kostenentscheidung.

Wie das Berufungsgericht zutreffend und von den Revisionen nicht angefochten ausführt, ist für den damals in Belgien wohnhaften Lizenzgeber der Klägerin, Charles G. [REDACTED], mit der internationalen Hinterlegung des in fotografischer Abbildung dargestellten Modells eines Tischfußballspielgeräts im Berner Büro für die nachträglich in Anspruch ge-

nommene Gesamtdauer von 15 Jahren der Schutz nach Maßgabe des deutschen Geschmacksmustergesetzes vom 11. Januar 1876 entstanden (Artikel 1 des Haager Abkommens vom 6. November 1925 über die internationale Hinterlegung gewerblicher Muster und Modelle, Londoner Fassung, - BGBl III - 01 - 442 - 1 in Verbindung mit Artikel 3 der Pariser Verbandsübereinkunft - aaO. 01 - 424 - 1). Da die Hinterlegung am 8. März 1950 erfolgt ist, endete demnach der Geschmacksmusterschutz mit dem 7. März 1965.

Die internationale Hinterlegung begründete in Deutschland dieselbe Rechtswirkung, wie wenn das Modell im Zeitpunkt der internationalen Hinterlegung hier unmittelbar hinterlegt worden wäre (Art. 4 Abs. 2 des Haager Abkommens vom 6. November 1925, Londoner Fassung). Das Modell muß daher im Zeitpunkt der Hinterlegung den vom inländischen Recht gestellten Anforderungen an seine Geschmacksmusterfähigkeit genügt haben; insbesondere muß es neu und eigentümlich gewesen sein (§ 1 Abs. 2 GeschmMG) und ferner darf nicht vor der internationalen Hinterlegung ein nach dem Modell gefertigtes Erzeugnis verbreitet worden sein (§ 7 Abs. 2 GeschmMG). Diese Voraussetzungen waren nach der Auffassung des Berufungsgerichts im Streitfall zugunsten der Klägerin gegeben; dazu hat es im einzelnen ausgeführt:

1. Das hinterlegte Geschmacksmuster habe eine Schöpfung zum Gegenstand, die durch ihre Form auf das ästhetische Empfinden einwirken solle. Bei dem hinterlegten Muster seien die flächigen Seitenteile zu tragenden Elementen eines massiv wirkenden kastenförmigen Tischteils verwendet und die Wangen glatt und trapezförmig gehalten; es entstehe der Eindruck einer ruhig wirkenden, geballten Masse; dieser Eindruck beruhe auf dem Zusammenwirken der genannten Teile, die völlig glatt gehalten seien und hierdurch, sowie durch ihre Form den Eindruck der Masse, aber auch den des Gebrauchswerts des Geräts.

unterstrichen. Trotz der im Rechtsstreit erwiesenen Möglichkeit anderer Lösungen erscheine die gefundene Gestaltung dem Betrachter aus technischen Gesichtspunkten nötig und selbstverständlich, ja naheliegend, was für ihren individuell-schöpferischen Gehalt spreche. Zu Unrecht werde die Neuheit des Geschmacksmusters von den Beklagten bestritten. Zwar seien Tischfußballspiele nach Art und Handhabung des Spiels und auch nach der Anordnung der Spielerfiguren vorbekannt gewesen, nicht dagegen eine Ausführung der hinterlegten äußeren Form. Dies führt das Berufungsurteil anhand der umfangreichen Beweisaufnahme eingehend aus. Es legt sodann weiter dar, daß dem Klagemuster auch die Eigentümlichkeit nicht abzusprechen sei. Das Gerät der Klägerin falle durch seinen wuchtigen Eindruck auf; der Oberteil sei sehr tief heruntergezogen und nahezu ungegliedert; nach allen Seitenrichtungen zeige er glatte Flächen und bilde damit eine kastenartige kompakte Einheit. Diese betonte schwere Horizontalmasse begründe den überwiegenden Eindruck des schwer und fest auf der Erde Stehenden, des Unerschütterlichen und Unverrückbaren. Dieser Eindruck werde durch die zwei flächenartig gestalteten, gerade nach unten verlaufenden, trapezförmigen, starken und gleichfalls ungegliederten Wangenfüße unterstrichen, unter denen sog. Schuhe nur wenig hervorträten. Diese Merkmale seien, wie auch später erschienene Ausführungen anderer Unternehmen, z.B. der Firma G. & S., erkennen ließen (Typen Weltmeister de Luxe und six for eleven) nicht technisch notwendig bedingt und begründeten auch einen von anderen Geräten dieser Art abweichenden ästhetischen Eindruck.

2. Diese Ausführungen enthalten entgegen der Ansicht der Revisionen keinen Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß nach § 1 Abs. 2 GeschmMG nur eine eigentümliche, sich an den Formen- oder Farbensinn wendende Ge-

staltung geschmacksmusterfähig ist und daß, wie die Rechtsprechung hierzu ausgeführt hat, die sich in dem Muster verkörpernde gestalterische Leistung über das hinausgehen muß, was innerhalb des Durchschnittskönnens eines Mustergestalters liegt. Was die Revision des Beklagten zu 1 insoweit über das Vorbekanntsein der Tischplatte und die technische Notwendigkeit verschiedener Vorrichtungen des fraglichen Geräts im Anschluß an die Begründung des landgerichtlichen Urteils ausführt, liegt neben der Sache, da diese Ausführungen nicht diejenigen Formelemente betreffen, aus denen allein in ihrem Zusammenwirken das Berufungsgericht den Geschmacksmusterschutz begründet hat. Soweit die Revisionen in diesem Zusammenhang Wangenfüße als "bei Schreibtischen und Couchtischen allgemein bekannt" bezeichnen und von einer entsprechenden Möbelmode sprechen, tragen sie unzulässigerweise einen nicht festgestellten Sachverhalt vor, ohne durch eine ordnungsmäßige Verfahrensrüge darzulegen, daß ein substantiiertes tatsächliches Vorbringen der Beklagten vom Berufungsgericht verfahrenswidrig übergangen worden sei. Demgegenüber ist hervorzuheben, daß das Berufungsgericht dem Vorbringen der Parteien in Bezug auf vorbekannte Ausführungsformen eingehend nachgegangen ist, aber ohne Rechtsirrtum zu der Feststellung gelangt ist, daß Fußballspieltische - und auch sonstige Tische - ähnlicher Form für die Zeit vor der Hinterlegung des Klagemusters nicht nachgewiesen werden konnten. Auch die Revisionen bezeichnen insoweit kein konkretes Modell als vorbekannt und neuheitsschädlich.

a) Die Rüge der Revisionen, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß - wie sich bei dem Augenschein vom 27. Februar 1958 (GA 106) bestätigt habe - alle im Handel befindlichen Tischfußballspiele einander sehr ähnlich und "im wesentlichen" durch die technische Anlage des Spieles bedingt seien, ist unbegründet. Die

vom Landgericht in Augenschein genommenen Spieltische waren erst nach dem Hinterlegungstag erstmals hergestellte Typen (BU 20), wie der Beklagte zu 2 auch ausdrücklich eingeräumt hatte (GA 212 R); die weitere Behauptung über die wesentliche technische Bedingtheit widerspricht - wenn die Revision sie auf den Gegenstand des vorliegenden Musterschutzes beziehen will - den bereits erwähnten Feststellungen des Berufungsgerichts, gegen die die Revisionen im einzelnen nichts vorbringen.

b) Die weitere Rüge der Revisionen, der Beklagte zu 1 habe vorgetragen, daß Geräte "in der streitigen Form" schon seit 1939 in Deutschland vertrieben worden seien, beruht auf einem offenbaren Mißverständnis; unter der streitigen Form war die technische Konstruktion der fraglichen Geräte zu verstehen; das ergibt sich aus dem von den Revisionen bezeichneten Schriftsatz vom 13. Oktober 1959 (GA 202 ff), in welchem in dem von ihnen bezeichneten Abschnitt nur von einem damals von der Klägerin noch in Anspruch genommenen Gebrauchsmusterschutz die Rede ist. Die Revisionen mißverstehen in demselben Zusammenhang auch die von ihnen bezeichneten Zeugnisaussagen.

c) Ohne Erfolg bemängeln die Revisionen ferner, daß das Berufungsgericht - wie bestimmte Wendungen der Begründung erkennen lassen - in seinem Urteil möglicherweise auch das Gutachten des von den Beklagten mit Erfolg abgelehnten gerichtlichen Sachverständigen Dr. Tetzner verwendet hat. Das Berufungsgericht hat, wie es ausdrücklich hervorhebt, das Gutachten als Parteivortrag berücksichtigt. Hieran war es nicht gehindert, denn die Klägerin hatte das Gutachten, wie das Berufungsurteil an zwei Stellen hervorhebt (BU 12, 19) und sich übrigens aus den Akten klar ergibt, entgegen der Behauptung der Revisionen sogar ausdrücklich zum Gegenstand ihres Vortrags gemacht.

Die Revision des Beklagten zu 2 macht hierzu ergänzend geltend, das Gutachten eines mit Erfolg abgelehnten Sachverständigen dürfe nach dem Sinn und Zweck des § 406 ZPO auch nicht als Parteivorbringen verwertet werden. Das trifft jedoch in dieser Allgemeinheit nicht zu. Die erfolgreiche Ablehnung eines Sachverständigen hat grundsätzlich nur zur Folge, daß der Sachverständige nicht als solcher weiterhin im Verfahren mitwirken darf; dagegen kann er z.B. als Zeuge gehört werden (BGHSt 20, 222, 224 für die gleichliegende Frage im Strafverfahren). Nach dem auch den Zivilprozeß beherrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung kann die tatrichterliche Würdigung auch auf überzeugendes Parteivorbringen gestützt werden, wobei nicht entscheidend ist, woher die Partei ihr Wissen bezogen hat. Allerdings ist bei der Würdigung solchen Vorbringens Zurückhaltung besonders dann geboten, wenn gegen den Sachverständigen nicht lediglich eine im Ergebnis ungerechtfertigte, die Ablehnung nur vom Standpunkt der Partei begründende Besorgnis der Befangenheit, sondern ein objektiver Grund geltend gemacht werden kann, der die Unparteilichkeit des Sachverständigen schon im Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens in Frage stellt. Im vorliegenden Falle aber hat das Berufungsgericht nicht ein Gutachten herangezogen, das vom Sachverständigen *n a c h* Entstehung des Ablehnungsgrundes erstattet worden wäre; vielmehr ist der Ablehnungsgrund erst nach Erstattung des Gutachtens entstanden und nicht etwa erst nachträglich entdeckt worden; der Sachverständige Dr. Tetzner hatte sich der Klägerin für ein weiteres Gutachten in einer anderen Rechtssache zur Verfügung gestellt in der Annahme, der vorliegende Rechtsstreit sei inzwischen bereits abgeschlossen. Gegen die Verwertung eines zweifelsfrei vor der Entstehung des Ablehnungsgrundes erstatteten Gutachtens eines gerichtlichen Sachverständigen als Parteivorbringen - und nicht im

Wege des Urkundenbeweises - bestehen aber jedenfalls keine verfahrensrechtlichen Bedenken.

d) Unbegründet ist auch die Rüge der Revisionen, das Berufungsgericht habe angesichts der seinem Standpunkt entgegenstehenden Gutachten der Sachverständigen Johann und Hammler nicht ohne Anhörung eines "Obergutachters" entscheiden dürfen. Hat das Gericht Sachverständige gehört, so ist es weder gehalten, sich deren Gutachten anzuschließen, noch, weiteren Sachverständigenbeweis zu erheben. Das gilt insbesondere dann, wenn - wie im Streitfall - die Beurteilung der auf dem Gebiete des Ästhetischen liegenden Fragen verhältnismäßig einfach ist.

Soweit die Revisionen hierzu noch geltend machen, durch die bisher erstatteten Gutachten von Sachverständigen, die über eine hinreichende Sachkunde nur auf technischem, nicht aber auf ästhetischem Gebiete verfügten, sei der Stand der auf dem betreffenden Gebiet geleisteten geschmacklichen Vorarbeit nicht ausreichend ermittelt worden, und aus diesem Grunde sei die Zuziehung eines geeigneten Sachverständigen erforderlich gewesen, verkennen sie, daß die Darlegung dieser geschmacklichen Entwicklung Sache der für den Einwand mangelnder Neuheit und Eigentümlichkeit beweispflichtigen Beklagten gewesen wäre.

3. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte zu 1 nach dem hinterlegten Modell gebaut und hierbei die Gestaltungsmerkmale übernommen hat, in denen der Geschmacks-musterschutz begründet ist, wird von den Revisionen ebenso wenig angegriffen, wie die weitere Feststellung, daß der Beklagte zu 2 Tische dieser Art vertrieben hat, die vom Beklagten zu 1 angefertigt worden waren. Objektiv haben daher der Beklagte zu 1 gegen § 5 GeschMG, der Beklagte zu 2 gegen

§ 14 Abs. 1 desselben Gesetzes in Verbindung mit § 25 LitUrhG verstoßen.

4. Da die Beklagten im Rechtsstreit auf ihrem Recht beharrten, Fußballspieltische der zugunsten der Klägerin geschützten äußeren Form herzustellen bzw. zu vertreiben, hat das Berufungsgericht auch die Gefahr der Wiederholung ohne Rechtsirrtum als gegeben angesehen und daher dem auf Unterlassung gerichteten Klageantrag zu Recht stattgegeben.

5. Durch ein nachträglich während des Revisionsrechtszuges eingetretenes, von außen wirkendes Ereignis, nämlich durch den Ablauf der Schutzdauer des Geschmacksmusters zum 8. März 1965, hat sich der Unterlassungsanspruch in der Hauptsache erledigt. Die Klägerin hat darauf ohne Widerspruch der Beklagten beantragt, diesen Anspruch für erledigt zu erklären. Diesem Antrage war stattzugeben. Gegen eine einseitige Erledigungserklärung des Klägers bestehen zwar dann Bedenken, wenn der Klageanspruch ursprünglich ohne die sich aus dem Geschmacksmusterrecht ergebende zeitliche Begrenzung erhoben und mit dieser Begründung bis zur letzten mündlichen Verhandlung aufrechterhalten worden ist. So liegt es jedoch im vorliegenden Fall nicht. Im Klageantrag braucht die zeitliche Begrenzung in Fällen dieser Art nicht enthalten zu sein, ebenso wenig in der Urteilsformel, da sie sich aus den Urteilsgründen ergibt. Nun hat zwar die Klägerin im Laufe des Rechtsstreits auch die Vorschriften der §§ 1, 18, 19 UWG, 1004, 840, 823, 826 BGB, 25 WZG als verletzt bezeichnet, und auch das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei zusätzlich aus diesen Gesichtspunkten - allerdings nicht auch aus dem des Ausstattungsschutzes (§ 25 WZG) - begründet. Aber abgesehen davon, daß die Urteilsbegründung sich insoweit in einer formelhaften Wiederholung der Gesetzesbestimmungen erschöpft, ergibt das Vorbringen der Klägerin,

daß sie alle genannten Vorschriften und auch eine von ihr geltend gemachte vertragliche Unterlassungszusage - jedenfalls nach der im Berufungsrechtszuge vorgenommenen Klageänderung - nur unter der zusätzlichen Voraussetzung des Bestehens eines Geschmacksmusterschutzes geltend gemacht hat. Für diese Auslegung des Klagevorbringens spricht auch, daß die Klägerin trotz der ihr günstigen, im Berufungsurteil enthaltenen zusätzlichen rechtlichen Begründung den Unterlassungsantrag nach Ablauf der Schutzdauer des Geschmacksmusters für erledigt erklärt hat und daß die Beklagten dieser Erklärung nicht widersprochen haben.

II. Ansprüche auf Auskunft, Leistung des Offenbarungseides und Schadensersatz.

1. Entgegen der Ansicht der Revisionen hat das Berufungsgericht ein Verschulden der Beklagten ohne Rechtsverstoß als gegeben erachtet. Hinsichtlich des Beklagten zu 1 begründet das Berufungsgericht dies ausreichend mit der nicht angegriffenen Feststellung, dieser Beklagte sei vor Ausführung des ersten Auftrags zur Herstellung der Tische durch seinen für die Klägerin arbeitenden Auftraggeber M. darauf hingewiesen worden, daß Musterschutz für den Tisch bestehe, und er sei dann nochmals durch den Geschäftsführer der Klägerin dahin belehrt worden, für den Tisch bestehe gesetzlicher Schutz, er dürfe deshalb nicht nachgebaut oder an Dritte geliefert werden.

Hinsichtlich des Beklagten zu 2 stellt das Berufungsgericht, gleichfalls nicht angegriffen, fest, dieser Beklagte habe zunächst 50 Fußballspieltische der geschützten Form von der Klägerin gekauft und sei bei dieser Gelegenheit darüber belehrt worden, daß "sämtliche Teile der Tische patentrechtlich und gesetzlich geschützt" seien; später habe der

Beklagte zu 2 dann Tische derselben Ausführung von dem Beklagten zu 1 gekauft.

Bei dieser Sachlage fällt, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, beiden Beklagten hinsichtlich der Verletzung des Geschmacksmusterrechts der Klägerin mindestens Fahrlässigkeit zur Last. Das gilt auch dann, wenn sie aufgrund nachträglicher Erkundigung festgestellt haben, daß Patent schutz nicht bestehe. Denn entgegen dem Vorbringen der Revisionen hatte die Klägerin nicht nur auf einen Patentschutz hingewiesen. Zu Unrecht rügt die Revision des Beklagten zu 2 in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe die Zeugenaussage des Sohnes dieses Beklagten (GA 395) unberücksichtigt gelassen. Das Berufungsgericht hat vielmehr diese Aussage im Einklang mit der Niederschrift über die Aussage dahin wiedergegeben, die Belehrung habe dahin gelautet, die Tische seien "patentamtlich und gesetzlich" geschützt. Bei dieser Sachlage aber hätte auch der Beklagte zu 2 spätestens vor Veräußerung der Tische auch das Bestehen eines Geschmacksmusterschutzes in Rechnung stellen und bei Zweifeln hierüber von der Klägerin Aufklärung fordern müssen (Furter Geschmacksmustergesetz, 2. Aufl. § 14 Rdz. 14). Wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt, ist gerade bei Gegenständen der hier fraglichen Art, wenn sie neu auf dem Markt erscheinen, mit dem Bestehen von Geschmacksmusterschutz zu rechnen.

Da der Klägerin durch die Handlungsweise der Beklagten mit Wahrscheinlichkeit ein Schaden entstanden ist, hat das Berufungsgericht nach alledem ohne Rechtsirrtum auch dem Auskunftsbegehren entsprochen und die Schadensersatzpflicht der Beklagten dem Grunde nach zutreffend festgestellt.

Da die Auskunft von beiden Beklagten gesondert mit nicht notwendig gleichem Inhalt geschuldet wird, ist ihre

Haftung entgegen der Annahme des Berufungsgerichts allerdings keine gesamtschuldnerische; insoweit war die Formel des angefochtenen Urteils daher zu berichtigen.

2. Dagegen hätte das Berufungsgericht die Beklagten nicht zugleich mit dem Urteil über die Auskunftspflicht bereits verurteilen dürfen, die Richtigkeit der Auskunft zu beschwören. Die Klage auf Ableistung des Offenbarungseides ist zwar zulässigerweise mit der Klage auf Auskunft verbunden worden (§ 254 ZPO); eine Verurteilung zur Leistung des Eides ist jedoch erst zulässig, wenn die Auskunft erteilt ist (BGHZ 10, 385; GRUR 1960, 247, 248 - Krankenwagen); denn erst dann kann geprüft werden, ob Grund zu der Annahme besteht, daß die Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt ist (§§ 259, 260 BGB). Das Berufungsurteil enthält zu diesem Klageanspruch auch keine Begründung; insbesondere wäre die vorzeitige Verurteilung zur Eidesleistung auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Beklagte zu 1, wie die Klägerin behauptet hat, ihr vor dem Rechtsstreit eine unrichtige Auskunft über den Vertrieb oder Besitz von Tischen der fraglichen Art erteilt hat.

In diesem Umfang war die Verurteilung der Beklagten aufzuheben, ohne daß insoweit eine abschließende Entscheidung des Revisionsgerichts möglich wäre; für diesen Teil der Klage gilt vielmehr die Zurückverweisung des Rechtsstreits nach Maßgabe der Ziffer IV des Berufungsurteils.

III. Soweit die Revision Erfolg hat, war das angefochtene Urteil aufzuheben. In diesem Umfang war die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen, an das der Rechtsstreit vom Berufungsgericht zurückverwiesen worden ist. Auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Landgericht vorzubehalten. Bei der abschließenden Kostenentscheidung wird das Landgericht zu berücksichtigen haben, daß die auf den erledigten Unterlassungsantrag entfallenden Kosten gemäß § 91a ZPO den Beklagten zur Last fallen.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Sprenkmann Mösl