

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB §§ 157 Ge, 249 Gb; VOL/B § 11 Abs. 2

- a) Hat eine Vertragspartei die alleinige Haftung für Ansprüche Dritter wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte übernommen, so kann darin die Verpflichtung gegenüber der anderen Vertragspartei liegen, diese von Ansprüchen Dritter freizustellen.
- b) Die Verpflichtung zur Freistellung umfaßt in diesem Falle auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche Dritter vom Vertragsgegner abzuwehren.
- c) Wird der Vertragsgegner von einem Dritten in Anspruch genommen und verweigert der zur Freistellung Verpflichtete die Freistellung, so ist der Vertragsgegner berechtigt, den Dritten zu befriedigen, und er kann dann grundsätzlich die zur Befriedigung gemachten Aufwendungen als Schadenersatz erstattet verlangen.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1970 - VIII ZR 268/67 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 268/67

URTEIL

Verkündet am

24. Juni 1970

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der B u n d e s r e p u b l i k D e u t s c h l a n d ,
vertreten durch den Bundesminister der Verteidigung, die-
ser vertreten durch den Leiter des Bundesamtes für Wehrtechnik
und Beschaffung in K [REDACTED], Am R [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S [REDACTED] & C o . G m b H , N [REDACTED]
M [REDACTED] in L [REDACTED], S [REDACTED] L [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer, den Kaufmann Heinz-
Dietrich B [REDACTED], daselbst,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Mezger, Dr. Hessner, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 26. April 1967 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz vom 17. Dezember 1964 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten aller Rechtszüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die Metallwaren herstellt, lieferte der beklagten Bundesrepublik auf Grund zweier Aufträge vom 24. Mai und 8. Juni 1960 Feldflaschen für die Bundeswehr. Mit der Klage verlangt sie den Rest



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Kaufpreises von 86 820,78 DM, den die Beklagte unstreitig nicht gezahlt hat. Beiden Aufträgen lagen die "Allgemeinen Bedingungen für die Ausführung von Leistungen (Teil B der Verdingungsordnung für Leistungen - VOL/B) zugrunde. § 11 Abs. 2 dieser Bestimmungen lautet:

"Der Auftragnehmer übernimmt unter den in § 35 des Patentgesetzes ... vorgesehenen Voraussetzungen die alleinige Haftung Dritten gegenüber wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte."

Gegen die Forderung der Klägerin will die Beklagte mit einer Forderung aufrechnen, die sie daraus herleitet, daß sie Lizenzgebühren für die beiden Feldflaschenlieferungen, die die Klägerin einer Firma R geschuldet habe, an diese gezahlt habe. Dazu ist es auf folgende Weise gekommen:

Die Firma R ist Inhaberin eines Patents, das die Beriemung von Feldflaschen zum Gegenstand hat. Sie hatte von Aufträgen der Beklagten an die Klägerin erfahren. Durch ein Schreiben ihres Patentanwalts an die Klägerin vom 23. Mai 1960, von dem das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) eine Abschrift erhielt, wies sie auf ihr Patent hin und bat um Mitteilung, wie die Klägerin die Angelegenheit zu regeln gedenke. In einem Schreiben vom 31. Mai 1960 an das BWB erklärte die Klägerin, die Einwände der Firma R seien nicht stichhaltig. Um keine Zeit zu verlieren, schlug sie eine Änderung am Boden des Unterteils der Feldflasche vor. Das BWB forderte darauf die Klägerin

am 14. Juni 1960 auf, zur Klarstellung der Haftungsfrage nochmals die Freistellung der Beklagten von Ansprüchen der Firma R[REDACTED] aus deren Patentrecht zu erklären. Mit einer Abänderung der Feldflaschenausführung erklärte sich das BWB einverstanden. Am 15. Juni 1960 ließ die Klägerin der Beklagten ein Fernschreiben folgenden Inhalts zugehen:

"Nachdem Sie damit einverstanden sind, daß die Prägung am Boden des Korbes wegfällt, übernehmen wir für die laufenden Aufträge die Haftung gegenüber etwaigen Ansprüchen der Firma Heinrich R[REDACTED] aus Patent [REDACTED].450 Beriemung für Feldflasche."

Am 12. Oktober 1960 kam es anlässlich einer Besprechung zwischen Vertretern des BWB und der Firma R[REDACTED] ohne Beteiligung der Klägerin zu einer Vereinbarung (sog. "Koblenzer Protokoll"), das auszugsweise wie folgt lautet:

"...

Zu 2)

Zwischen den Beteiligten wird über die Abgeltung von Patentansprüchen bei der öffentlichen Ausschreibung von Feldflaschen folgendes vereinbart:

Die Lizenzgebühr beträgt 2 1/2 % des Nettoverkaufspreises. Sie ist 2 1/2 % des Nettoverkaufspreises bis zu einer Anzahl von 500.000 Feldflaschen. Ab 500.001 Feldflaschen ist keine Lizenzgebühr mehr zu vergüten. Die evtl. von der Firma R[REDACTED] ab 1.11. 60 zu liefernden Mengen werden auf die Zahl 500.000 angerechnet, wobei der Firma R[REDACTED] für eigene Lieferungen keine Lizenzgebühr zusteht.

Es ist allerscits bekannt, daß zwischen der Firma R [REDACTED] und der Firma S [REDACTED] & Co., L [REDACTED], Streit über Patentansprüche besteht. Aus diesem Grunde sind die Lizenzgebühren bis zur Klärung der strittigen Angelegenheit, ... nach Auslieferung der Gesamtmenge auf ein vom BWB zu errichtendes Sonderkonto zu überweisen. Sollte sich durch Vergleich oder durch Prozeßurteil ergeben, daß der Firma R [REDACTED] Ansprüche zustehen, so steht der hinterlegte Betrag der Firma R [REDACTED], andernfalls dem BWB zu.

Sollten sich die Parteien im Vergleichswege auf einen geringeren Betrag als 2 1/2 % einigen, so ist für das BWB letzterer Betrag maßgeblich."

In der Folgezeit bezog die Beklagte von der Klägerin auf Grund eines Auftrages vom 18. Mai 1961 weitere 100.000 Feldflaschen, auf Grund eines zweiten Auftrages vom 18. Mai 1961 82.000 Feldflaschen, auf Grund einer Bestellung vom 20. Dezember 1961 198.000 Feldflaschen und schließlich einer Bestellung vom 7. Juni 1962 140.000 Feldflaschen.

Am 26. März 1962 überreichte der Inhaber der Firma Ritter der Beklagten den Text eines zwischen der Klägerin und der Firma R [REDACTED] am 30. Januar 1962 geschlossenen "Vergleiches" folgenden Inhalts:

"§ 1.

- (1) R [REDACTED] ist Inhaber des Deutschen Patents Nr. [REDACTED] 450 betreffend Beriemung für Feldflaschen mit einem nicht nähfähigen Überzug.
- (2) R [REDACTED] räumt S [REDACTED] eine einfache Lizenz zur Benützung dieses Patents auf die Patentdauer ein.

§ 2.

- (1) Schulze verpflichtet sich, an R. eine Lizenzgebühr von 2 1/2 % (Zweieinhalb vom Hundert) des Nettoverkaufspreises für alle Feldflaschen zu bezahlen, die das in dem Anspruch 1) des Patents Nr. 450 enthaltene Merkmal aufweisen,

"daß an dem Umlaufriemen der zum Befestigen des Rückenriemens dienende Pilzknopf befestigt ist".

- (2) Diese Lizenzzahlungspflicht bezieht sich ... ausschließlich auf solche Lieferungen, die auf Bestellungen nach dem 12. Oktober 1960 zurückgehen. Die Verpflichtung zur Lizenzzahlung wegen Lieferungen an die oben genannten Auftraggeber erlischt, wenn Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen entrichtet sind.
- (3) Die Vertragsteile stimmen überein, daß das BWB gemäß Ziffer 2 des Koblenzer Protokolls vom 12.10.1960 verpflichtet ist, die in den Absätzen 1 und 2 vereinbarten Lizenzgebühren an die Firma R. zu bezahlen.

§ 3.

Wenn R. Feldflaschen selbst an das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) liefern sollte, ermäßigt sich die in § 2 übernommene Verpflichtung von S. derart, daß die von R. gelieferte Stückzahl an der vereinbarten Stückzahl von 500.000 abgeht, soweit die Lieferung Ritters vor Fälligkeit der Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen erfolgt ist.

Das gleiche gilt für Lieferungen Dritter an das BWB.

§ 4.

Soweit Schulze in Zukunft Feldflaschen mit dem in § 2 bezeichneten Merkmal an andere Auftraggeber als die in § 2 genannten lie-

fert, verpflichtet sich S. [REDACTED], bis zum Ablauf des Patentes an R. [REDACTED] eine Lizenzgebühr von 2 1/2 % (Zweieinhalb vom Hundert) zu entrichten.

§ 5.

- (1) S. [REDACTED] ist Inhaberin des Gebrauchsmusters 1 769 100. S. [REDACTED] räumt R. [REDACTED] eine einfache Lizenz zur Benützung dieses Gebrauchsmusters auf die Schutzdauer ein.
- (2) Ritter verpflichtet sich, an S. [REDACTED] eine Lizenzgebühr von 2 1/2 % (Zweieinhalb vom Hundert) des Nettoverkaufspreises der unter Benützung des Gebrauchsmusters hergestellten Gegenstände zu bezahlen.

Für Lieferungen an die in § 2 Absatz 2 genannten Abnehmer sind keine Lizenzgebühren zu bezahlen.

§ 6.

Alle nach diesem Vertrag zu bezahlenden Lizenzgebühren sind auf den Schluß eines jeden Kalendervierteljahres innerhalb des auf dieses Kalendervierteljahr folgenden Monats abzurechnen und zu bezahlen."

In einem auf einem gesonderten Blatt niedgelegten "Nachtrag" zu diesem Vergleich vom 30. Januar 1962 hatten die Klägerin und die Fa. Ritter folgendes vereinbart:

- "1. Unter der Bedingung, daß die gemäß § 2 vereinbarten Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen tatsächlich an R. [REDACTED] bis spätestens 30. Juni 1964 bezahlt sind, verzichtet R. [REDACTED] auf Schadensersatzansprüche für alle weiteren Lieferungen auf Grund von Bestellungen, die bis zum 12. Oktober 1960 bei S. [REDACTED] eingegangen waren. S. [REDACTED] nimmt diesen Verzicht an.
2. Die Vertragsteile kommen überein, daß die oben Absatz 1 erwähnten Ansprüche bis zum

30. Juni 1964 gestundet werden, damit abgewartet werden kann, ob die vereinbarte Bedingung eintritt.

3. S. [REDACTED] anerkennt jedoch nicht eine Schadensersatzpflicht."

Ob die Beklagte (BWB) auch von diesem "Nachtrag" Kenntnis erhielt, ist unter den Parteien streitig.

Am 22. Mai 1962 sprach der Inhaber der Fa. R. [REDACTED] bei der Beklagten vor und verlangte Zahlung der nach seiner Ansicht fälligen Lizenzgebühren. Im Falle der Nichtzahlung drohte er die Erhebung einer Klage an.

Mit Schreiben vom 29. Mai 1962 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Aufstellung der nach ihrer, der Beklagten, Berechnung von ihr an die Fa. R. [REDACTED] zu zahlenden Lizenzgebühren. In dem Schreiben heißt es u.a.:

"Auf Grund meiner Ihnen bekannten Vereinbarung mit der Firma R. [REDACTED], E. [REDACTED], vom 12. Oktober 1960 bin ich verpflichtet, bis zu einer Stückzahl von 500.000 Feldflaschen Lizenzgebühren in Höhe von 2 1/2 % des Netto-Verkaufspreises zu zahlen. Die von der Firma R. [REDACTED] zu liefernden Mengen werden nach dieser Vereinbarung auf die vorgenannte Stückzahl angerechnet. Der Firma R. [REDACTED] sind bisher Aufträge über 184.600 Stück erteilt worden ..."

Die über diese Zahl hinausgehenden, nach Auffassung der Beklagten lizenzpflichtigen Feldflaschenlieferungen (315.400 Stück) sind in dem Schreiben wie folgt aufgeschlüsselt:

- | | | |
|--|------------------|--------------|
| 1.) Auftrag vom 24. Mai 1960
(Einzelpreis: 14,90 DM) | 320 Stck.=DM | 4.768,-- |
| 2.) Auftrag vom 8. Juni 1960
(Einzelpreis: 13,42 DM) | 258.425 Stck.=DM | 3.468.063,5 |
| 3.) aus einem Auftrag vom
18. Mai 1961 über
100.000 Stück
(Einzelpreis: 12,22 DM)
ein Teil von | 56.655 Stck.=DM | 692.324,10 |
| | 315.400 Stck.=DM | 4.165.155,60 |

Das Schreiben der Beklagten fährt dann fort:

"Diese 315.400 Stück sind bereits von Ihnen ausgeliefert worden, so daß Lizenzgebühren in Höhe von 104.128,89 DM fällig sind. Die Firma R. [REDACTED] drängt auf sofortige Regelung ihrer Forderung. Sie hat sich mir gegenüber bereiterklärt, sich mit einer Zahlung von DM 100.000,-- zu begnügen, falls diese innerhalb einer Frist von 30 Tagen, das heißt bis zum 21. Juni 1962, auf ihr Konto bei der Landeszentralbank E. [REDACTED] überwiesen wird.

Mit Fernschreiben vom 15. Oktober 1960 (richtig: Juni) (Vorg. zu a) haben Sie die Haftung gegenüber etwaigen Ansprüchen der Fa. R. [REDACTED] aus Patent [REDACTED].450 übernommen. Ich bitte, mir bis zum 10. Juni 1962 mitzuteilen, ob Sie die obige Forderung der Fa. R. [REDACTED] unmittelbar bei dieser begleichen wollen, andernfalls werde ich von hier aus die Forderung der Fa. R. [REDACTED] regeln. Ich werde mir dann erlauben, den der Fa. R. [REDACTED] gezahlten Betrag gegen eine Ihrer Forderungen aus den z.Zt. noch nicht abrechneten Lieferungen aufzurechnen.

Abschließend möchte ich noch darauf aufmerksam machen, daß der Vergleich zwischen Ihrer Firma und der Fa. R. [REDACTED] vom 30. Januar 1962 meine Rechte und Pflichten aus der zwischen mir und der Fa. R. [REDACTED] getroffenen Vereinbarung vom 12. Oktober 1960 nicht berührt. Ich darf insbesondere im Hinblick auf § 2 Abs. 3 Ihres Vergleiches darauf hinweisen, daß ich gemäß meiner Vereinbarung vom 12. Oktober 1960 verpflichtet bin, auch für Lieferungen, nicht nur für Bestellungen, die nach dem 12. Oktober 1960 erfolgten, bis zu einer Stückzahl von 500.000 Lizenzgebühren zu zahlen."

Mit Schreiben vom 14. Juni 1962 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß sie deren Forderung nicht anerkennen könne. In diesem Schreiben stellte

sie sich auf den Standpunkt, infolge der von der Klägerin mit der Firma R. [REDACTED] getroffenen Vereinbarung vom 12. Oktober 1960, die ohne ihr, der Klägerin, Zutun und Wissen zustande gekommen sei, sei auch ihre fernschriftliche "Bürgschaftserklärung" vom 15. Juni 1960 hinfällig geworden. Am 20. Juni 1962 überwies die Beklagte an die Firma R. [REDACTED] 100.000 DM. Dabei erklärte sie, die Zahlung erfolge unter dem Vorbehalt, daß die Klägerin die Haftung gegenüber den Patentansprüchen der Firma R. [REDACTED] übernehme.

Mit Schreiben vom 8. Juli 1962 erklärte die Beklagte gegenüber der Klägerin, sie rechne wegen der an die Firma R. [REDACTED] geleisteten Zahlung in Höhe eines Betrages von 86 820,79 DM gegen die gleich hohe Forderung der Klägerin aus den Lieferungen vom 24. Mai und 8. Juni 1960 auf.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, der Beklagten stehe die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung schon deshalb nicht zu, weil für die Feldflaschenlieferungen aus Bestellungen vor dem 12. Oktober 1960 Lizenzgebühren nicht zu zahlen gewesen seien.

Im Laufe des Rechtsstreits hat die Beklagte hilfsweise mit einer Forderung gegen die Klägerin aus solchen Lizenzgebühren aufgerechnet, die aus weiteren Lieferungen von Feldflaschen auf Grund der beiden weiteren Bestellungen vom 18. Mai 1961 und der Bestellungen vom 20. Dezember 1961 und 7. Juni 1962 herrüh-

ren sollen. Den Aufträgen vom 18. Mai 1961 lag. u.a. die vorläufige Herstellungsvorschrift für Feldflaschen (VHV) zugrunde. Die beiden Aufträge vom 20. Dezember 1961 und 7. Juni 1962 gründeten sich auf die "vorläufigen technischen Lieferbedingungen für Feldflasche, Metall, dreiteilig mit Ringbecher" (VTL). Die Klägerin vertritt die Ansicht, sie sei schon wegen der in der VHV und den VTL enthaltenen Klauseln über die Tragung von Lizenzgebühren nicht zur Erstattung von Lizenzgebühren für die ihr ab 18. Mai 1961 erteilten Aufträge verpflichtet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr bis auf einen Zinsbetrag stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte mit der Überweisung vom 20. Juni 1962 Forderungen hat begleichen wollen, die nach ihrer Meinung der Firma R [REDACTED] auf Grund ihres Patents aus den Aufträgen vom 24. Mai und 8. Juni 1960 und dem ersten Auftrag vom 18. Mai 1961 zustanden. Es unterstellt zwar, daß durch die Feldflaschenlieferungen der Klägerin das von der Firma R [REDACTED] geltend gemachte Patent-

recht verletzt worden ist. Auf etwaige Schadensersatzansprüche habe aber, so meint das Berufungsgericht, die Firma R. verzichtet.

II. Diese Auffassung greift die Revision im Ergebnis mit Erfolg an.

1. a) Das Berufungsgericht legt dem § 11 Abs. 2 der VOL/B und der Erklärung der Klägerin im Fernschreiben vom 15. Juni 1960 die gleiche Bedeutung bei wie den §§ 434, 440 BGB. Träfe das zu, so könnte die Beklagte nur Schadensersatz verlangen, wenn der Firma R. tatsächlich Schutzrechte hinsichtlich der verkauften Feldflaschen zugestanden hätten und sie, die Beklagte, deshalb begründeten Ansprüchen der Firma R. ausgesetzt gewesen wäre. Ihr läge dann die Beweislast dafür ob. Diese Auffassung des Berufungsgerichts ist zu eng.

b) Die Bestimmung des § 11 Abs. 2 der VOL/B, auf der die Verpflichtungen aus den Lieferungen vom 24. Mai und 8. Juni 1960 in erster Linie beruhen, kann der Senat selbst auslegen, weil es sich um mustermäßige Vertragsbedingungen handelt, die für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen bestimmt sind.

Die Auslegung führt zu folgendem Ergebnis: Wenn der Verkäufer nach § 11 Abs. 2 der VOL/B die "alleinige Haftung Dritten gegenüber" wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte übernimmt, so liegt darin mehr

als die bloße Verpflichtung, der Bundesregierung Schadensersatz zu leisten, sofern sie von Dritten begründeterweise in Anspruch genommen worden ist. § 11 Abs. 2 der VOL/B ist eine typische Freistellungsklausel. Zum Wesen der Freistellung gehört aber nicht nur die Befriedigung begründeter Ansprüche, die Dritte gegen den Freizustellenden erhoben, sondern auch die Abwehr unbegründeter Ansprüche, die Dritte geltend machen. In dieser Weise wird zum Beispiel der Umfang der Freistellungsverpflichtung ausdrücklich in § 10 Abs. 1 der Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrversicherung umrissen. Verpflichtet sich der Verkäufer nach § 11 Abs. 2 der VOL/B, die "alleinige" Haftung Dritten gegenüber zu übernehmen, so kann das nichts anderes bedeuten, als daß die Auseinandersetzung mit Ansprüchen Dritter wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte allein Sache des Verkäufers sein und die Bundesrepublik in einen solchen Streit nicht hineingezogen werden solle. Dasselbe gilt für die Erklärung der Klägerin im Fernschreiben vom 15. Juni 1960, das inhaltlich mit § 11 Abs. 2 der VOL/B übereinstimmt. Dafür sprechen bereits die Umstände, unter denen es zu dieser Erklärung der Klägerin gekommen ist. Schon vor der ersten Lieferung hatte die Beklagte durch das Schreiben des Patentanwalts der Firma R. [REDACTED] vom 23. Mai 1960 Kenntnis davon erhalten, daß die Firma R. [REDACTED] Schutzrechte geltend machte. Die Klägerin bestritt mit Schreiben vom 31. Mai 1960 solche Ansprüche. Die Beklagte forderte trotzdem mit Schreiben vom 14. Juni 1960 die Klägerin fernmündlich auf, nochmals die Freistellung von Ansprüchen der Firma R. [REDACTED] aus deren Patentrecht zu erklären. Die Klä-

gerin erwiderte mit dem Fernschreiben vom 15. Juni 1960, daß sie für die laufenden Aufträge die Haftung gegenüber etwaigen Ansprüchen der Firma R[REDACTED] übernehme. Danach war es der Beklagten, für die Klägerin erkennbar, nicht darum zu tun, daß die Klägerin sich verpflichtete, für die von ihr, der Klägerin, bestrittenen Rechtsmängel zu haften, falls sie sich als bestehend herausstellten und der Beklagten daraus Schaden erwachse; vielmehr wollte die Beklagte aus dem Patentstreit herausgehalten werden. Es sollte Sache der Klägerin sein, ihrerseits dafür zu sorgen, daß die Beklagte nicht von der Firma R[REDACTED], gleichgültig ob mit Recht oder unberechtigt, in Anspruch genommen werde. Die Beklagte brachte, nachdem die Firma R[REDACTED] mit Ansprüchen hervorgetreten war, mit ihrer Forderung nach nochmaliger "Freistellung" dann auch ihren Willen zum Ausdruck, sie wolle dagegen gesichert sein, daß der Streit zwischen der Klägerin und der Firma R[REDACTED] gleichsam auf ihrem Rücken ausgetragen werde. Diesem Verlangen entsprach die Klägerin mit dem Fernschreiben vom 15. Juni 1960.

2. Ihre Verpflichtung, Ansprüche Dritter, die sie für unbegründet hält, von der Beklagten abzuwehren, hat die Klägerin verletzt. Die Firma R[REDACTED] verlangte unstreitig am 22. Mai 1962 unter Klageandrohung von der Beklagten sofortige Zahlung der angeblich bisher fällig gewordenen Lizenzgebühren. Die Klägerin erhob, als sie von der Beklagten mit Schreiben vom 29. Mai 1962 hierauf hingewiesen worden war, im Antwortschreiben vom 14. Juni 1962 keinerlei Einwendungen gegen die

im Schreiben der Beklagten enthaltene Berechnung der Lizenzgebühren, der zugrunde lag, daß die ersten 500.000 Feldflaschen gebührenpflichtig seien und dementsprechend Lizenzgebühren für die Lieferungen vom 24. Mai 1960, 8. Juni 1960 und teilweise für die Lieferung vom 18. Mai 1961 entrichtet werden sollten. Sie lehnte jedoch eine Freistellung der Klägerin eindeutig ab. Nachdem sie eingangs rechtlich zutreffend ausgeführt hatte, eine Freistellung hätte entweder dadurch erfolgen können, daß sie, die Klägerin, an die Firma R. [REDACTED] Zahlung leiste, oder dadurch, daß sie es auf einen Rechtsstreit mit der Firma R. [REDACTED] ankommen lasse, stellte sie sich auf den Standpunkt, sie sei von der Verpflichtung zur Freistellung (von ihr als "Bürgschaft" bezeichnet) frei geworden, die Verpflichtung aus der Erklärung vom 15. Juni 1960 sei erloschen. Sie habe deshalb keine Veranlassung mehr, die Forderung der Firma R. [REDACTED] auf dem Prozeßwege zu klären. Zum Schluß bedauerte sie, die Ansprüche der Beklagten (gemeint ist: auf Freistellung von den Ansprüchen der Firma R. [REDACTED]) nicht anerkennen zu können. Die von der Klägerin gegebene Begründung geht, wie keiner weiteren Ausführungen bedarf, fehl. Das "Koblenzer Protokoll" hat der Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, keine zusätzlichen Lasten gegenüber der Firma R. [REDACTED] aufbürden können und hat es auch nicht getan.

Eine Verletzung der Freistellungsverpflichtung führt nicht etwa dazu, daß der Freizustellende auf seine Gefahr zu prüfen hat, ob die Ansprüche des Dritten

zu Recht bestehen. Der Gefahr, einen Mißgriff zu tun, also entweder eine unbegründete Forderung zu erfüllen oder sich wegen einer begründeten Forderung mit Klage überziehen zu lassen, soll der Freizustellende nach dem Sinn der Freistellung gerade enthoben sein. Verweigert der zur Freistellung Verpflichtete die Freistellung und überläßt er damit dem Freizustellenden die Entscheidung der Frage, ob dem Dritten Ansprüche zustehen, so muß er die daraufhin getroffene Entscheidung hinnehmen. Der zur Freistellung Verpflichtete kann dann gegenüber dem Anspruch des Freizustellenden nicht mehr unter nachträglicher Aufrolung der Frage, ob der Anspruch des Dritten berechtigt ist, einwenden, daß der Freizustellende die Forderung des Dritten zu Unrecht befriedigt habe. Das ist übereinstimmende Ansicht von Rechtsprechung und Schrifttum im Haftpflichtversicherungsrecht zum Freistellungsanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer, wenn der Versicherer die Deckung ablehnt (BGH Urteile vom 21. Mai 1959 - II ZR 144/54 - IM AHaftpflVB § 4 Nr. 10 = BGHWarn 1959/1960 Nr. 115 = VersR 1959, 499; vom 25. April 1960 - II ZR 155/58 - VersR 1960, 505; vom 16. Mai 1966 - II ZR 21/64 - VersR 1966, 625; vom 7. November 1966 - II ZR 12/65 - IM AHaftpflVB § 5 Nr. 3 = BGHWarn 1966 Nr. 213; Stiefel/Wussow, Kraftfahrversicherung, 7. Aufl. § 7 AKB Anm. 44; Prölß, Versicherungsvertragsgesetz, 11. Aufl. § 154 Anm. 3). Gleiches gilt auch in dem hier vorliegenden Fall, daß eine Vertragspartei der anderen die Freistellung von Ansprüchen zusichert, die ein Dritter aus einem zwischen dem Dritten und dem Zusichernden be-

stehenden Rechtsverhältnis gegen den Freizustellenden geltend machen werde.

Den Schaden, den die Beklagte dadurch erlitten hat, daß die Klägerin sie vertragswidrig nicht von den Ansprüchen der Firma R. freigestellt hat, hat die Klägerin der Beklagten zu ersetzen. Sie hat die Beklagte so zu stellen, als hätte sie, die Klägerin, die Firma R. befriedigt oder in anderer Weise dafür gesorgt, daß die Firma R. die Beklagte nicht auf Zahlung von Lizenzgebühren in Anspruch nehme. Der Schaden der Beklagten besteht darin, daß die Beklagte an die Firma R. Zahlung geleistet hat. Diesen aufgewendeten Betrag hat die Klägerin mithin der Beklagten zu erstatten.

3. Im Haftpflichtrecht ist in den oben angeführten Entscheidungen dahingestellt geblieben, ob der Versicherungsnehmer auch dann Deckung verlangen kann, wenn er nach der Weigerung des Versicherers, Deckung zu gewähren, leichtfertig oder fahrlässig Zahlung geleistet hat. Einer Entscheidung bedarf es auch hier nicht. Dafür, daß die Beklagte leichtfertig oder fahrlässig gehandelt habe, liegen keine Anhaltspunkte vor. Ihr könntet allerdings ein die Ersatzpflicht der Klägerin ausschließendes Mitverschulden vorzuwerfen sein, wenn sie die Zahlung geleistet hätte, ohne der Klägerin Mitteilung vom Verlangen der Firma R. zu machen. Das hat die Beklagte aber mit Schreiben vom 29. Mai 1962 getan, indem sie die Beträge, um die es geht, genau aufgeschlüsselt hat. Die Klägerin hat, wie schon erwähnt, im

Antwortschreiben vom 14. Juni 1962 die Freistellung abgelehnt. Wenn das Berufungsgericht an anderer Stelle ausführt, es könne kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Beklagte auf eine ihr zumutbare Anfrage bei der Klägerin jedenfalls auch die Vereinbarungen des "Nachtrags" zum Vergleich mitgeteilt erhalten hätte, so widerspricht das dem unstreitigen Sachverhalt. Ob die Beklagte von dem "Nachtrag" Kenntnis erlangt hatte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es muß daher zugunsten der Klägerin unterstellt werden, daß die Firma R■■■■ der Beklagten nicht nur den Vergleich, sondern auch den "Nachtrag" übersandt hat. Indessen wäre der Beklagten selbst bei Kenntnis des "Vergleichs" mit dem "Nachtrage" nicht als Fahrlässigkeit anzulasten, daß sie an die Firma R■■■■ Zahlung geleistet hat. Der "Vergleich" als solcher ergänzte, wie unstreitig ist, nur die Nr. 2 Abs. 3 des Protokolls, indem er den im Protokoll offengelassenen Umfang der Lizenzgebühren festlegte, die in der Zeit nach Abschluß des Protokolls erwachsen. Der Auffassung, daß der Vergleich für sich noch keinen Verzicht der Firma R■■■■ auf Lizenzgebühren enthielt, scheinen auch die Klägerin und die Firma R■■■■ gewesen zu sein. Die Klägerin trägt im Schriftsatz vom 8. Januar 1964 selbst vor, der von ihr zugezogene Rechtsanwalt Dr. Kossnick habe festgestellt, daß die in den Vertragsverhandlungen getroffene Stundungsabrede im Vertrag vershentlich nicht festgelegt worden sei. Deshalb sei die Stundungsabrede, da man den Vertrag nicht habe ändern wollen, gesondert niedergelegt und unterzeichnet worden.

Der "Nachtrag" enthielt seinem Wortlaut nach allerdings den Verzicht der Firma R[REDACTED] auf Schadensersatzansprüche für Lieferungen auf Grund von Bestellungen, die bis zum 12. Oktober 1960 bei der Klägerin eingegangen waren. Dem "Vergleich" und dem "Nachtrage" lag aber die Übereinkunft zugrunde, daß die Firma R[REDACTED] grundsätzlich Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen erhalten solle. Der Verzicht der Firma R[REDACTED] auf Schadensersatzansprüche hatte deshalb zur Bedingung, daß die Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen aus Lieferungen, die auf Bestellungen nach dem 12. Oktober 1960 zurückgingen, bis zum 30. Juni 1964 bezahlt worden waren. Die Klägerin hat aber selbst keine Zahlungen geleistet. Wenn sie trotzdem einen Verzicht der Firma R[REDACTED] auf Schadensersatzansprüche für zustande gekommen hält, so beruht das offenbar darauf, daß sie die von der Beklagten geleistete Zahlung als Erfüllung der Bedingung ansieht. Das aber enthält einen Widerspruch in sich. Die Klägerin kann grundsätzlich nicht den Vorteil des Verzichts für sich in Anspruch nehmen, es aber ablehnen, der Beklagten die Aufwendungen zu vergüten, die erforderlich waren, um den Verzicht überhaupt erst herbeizuführen. So stellte sich die Sachlage auch für die Beklagte dar, sofern sie Kenntnis vom "Nachtrag" zum Vergleich erhalten haben sollte. Daran, daß der Firma R[REDACTED] auf jeden Fall ein Anspruch auf Lizenzgebühren für 500.000 Feldflaschen - abzüglich der von der Firma R[REDACTED] selbst gelieferten - zustand, konnte ihr ein ernsthafter Zweifel nicht kommen und brauchte es auch nicht. Sie handelte mithin nicht fahr-

lässig, wenn sie, nachdem die Klägerin sich ihrerseits geweigert hatte, die Frage, ob der Firma Ritter Ansprüche aus Patentverletzungen auch gegen die Beklagte zustanden, zu klären, die von der Firma Ritter gegen sie erhobene Forderung auf Zahlung von Lizenzgebühren für $(500.000 - 184.600 =) 313.400$ Feldflaschen befriedigte. Das gilt um so mehr, als die Klägerin selbst in ihrem Schreiben vom 14. Juni 1962 auch ihrerseits keine Einwendungen gegen die im Schreiben der Beklagten vom 29. Mai 1962 mitgeteilte Berechnung der Lizenzgebührenforderung der Firma Ritter erhoben und mit keinem Wort einen angeblichen Verzicht der Firma R[REDACTED] auf diese Forderung erwähnt hatte.

Die Beklagte hat daher wirksam mit ihrer Schadensersatzforderung gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin aufgerechnet.

III. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Die Kosten aller Rechtszüge hat die Klägerin nach § 91 ZPO zu tragen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann

Braxmaier