

am 3. Juni 1955
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hermann B. in W.-V.,
Ma.straße,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma Gußwerk Paul S. & Sohn GmbH, gesetzlich
vertreten durch die Geschäftsführer Paul S., Dr. Ernst
August S. und Werner S., in Ve./Rhld.,
H.straße,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 3. Juni 1955 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 14. Januar 1954 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 3. Mai 1950 bestätigte der Kläger der Beklagten den von ihm erteilten Auftrag auf Lieferung von 10 000 Satz Schwinghebelfedern für Fahrräder "in der von Herrn F. festgelegten Ausführung" zum Preis von 3,85 DM pro Satz. Mit Schreiben vom 5. Mai 1950 bestätigte die Beklagte die Bestellung von "10 000 Satz Swing-Master in der von Herrn F. festgelegten Ausführung". F., der Inhaber eines Ingenieurbüros und einer mechanischen Werkstatt in W.-Ba., ist der Erfinder dieser Schwinghebelfederung und überließ durch Vertrag vom 16. Juni 1950 der Beklagten die Herstellung dieses Artikels. Mit Schreiben vom 17. Juni 1950 teilte F. der Beklagten mit, daß er dem Kläger die Generalvertretung für das Gebiet Rheinland-Westfalen übertragen habe und daß er mit ihm über die Lizenzgebühr für die 10 000 Paar Schwinghebelfederungen bereits eine Vereinbarung getroffen habe. Die von F. festgelegte Ausführung sah vor, daß die Stoßdämpfer mit der aufgeprägten Bezeichnung "Swing-Master" versehen werden sollten. Der Kläger nahm in der Folgezeit insgesamt 2596 Satz ab. Im November 1951 klagte die jetzige Beklagte gegen den Kläger auf Abnahme der restlichen 7404 Satz (8 O 342/51 LG Wuppertal). In diesem Vorprozeß wandte sich der Kläger hauptsächlich gegen die Preisberechnung der Beklagten und machte weiter geltend, die neue Erfindung habe sich in der Praxis nicht bewährt. Der Stoßdämpfer sei in der vorliegenden Form nicht zu verkaufen, es drohten sogar erhebliche Schadensersatzforderungen wegen Körperschadens. Es seien sehr viele Brüche vorgekommen, so daß dauernd Beanstandungen des Einzelhandels eingegangen seien. Die Mängel beruhten nicht allein auf den von der Beklagten hergestellten Gußteilen, sondern auch auf dem verwendeten Gummi. Eigentlicher Käufer der Ware sei nicht er, der jetzige Kläger, sondern F.

- 3 -

In diesem Rechtsstreit schlossen die Parteien am 12. Februar 1952 vor der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal folgenden Vergleich:

"1. Der Beklagte [jetzige Kläger] verpflichtet sich, von der Klägerin [jetzigen Beklagten] 7000 Satz Swing-Master (Stoßdämpfer für Fahrräder) gemäß dem neuesten Modell zum Preise von 4,75 DM je Satz abzunehmen.

2. Die Klägerin [jetzige Beklagte] setzt sich dafür ein, daß die vom Beklagten [jetzigen Kläger] an den Lizenzgeber, Ingenieur A.B. F. [REDACTED], W. [REDACTED]-Ba. [REDACTED], für diese Menge zu zahlende Lizenzgebühr von 0,45 DM auf 0,25 DM je Satz ermäßigt wird.

3. Die Abnahme der obigen 7000 Satz Swing-Master hat in nachstehenden Raten zu erfolgen:

[Es folgen genaue Termine für Lieferung und Bezahlung. Dann wird fortgefahren:]

Im übrigen gelten die allgemeinen Lieferungsbedingungen der Klägerin [jetzigen Beklagten].

Nach dem Abschluß des Vergleich lieferte die Beklagte gemäß Rechnungen vom 17. März, 8. April und 13. Mai 1952 insgesamt 2000 Satz Stoßdämpfer. Der Kläger beglich die erste Rechnung über 650 Satz durch ein am 6. Mai 1952 gegebenes Dreimonatsakzept, während die beiden letzten Rechnungen über zusammen 1350 Satz zum Preise von je 4,75 DM = 6412,50 DM noch offenstehen.

Kurz nach der ersten Lieferung nach Abschluß des Vergleichs hatte der Kläger versucht, von der Beklagten Wandlung zu verlangen, da F. [REDACTED] ihm am 17. März 1952 erklärt habe, die von der Beklagten gelieferten Stoßdämpfer dürften auf keinen Fall verkauft werden, weil sie lebensgefährlich seien. Dieser Streit der Parteien erledigte sich aber, als sich ergab, daß die Mangelhaftigkeit der Stoßdämpfer ihren Grund in der schlechten Qualität der zu den Stoßdämpfern gehörigen Gummiringe hatte, welche die Beklagte von dem Kläger selbst bezogen hatte.



Am 11. Juli 1952 fragte der Kläger, angeblich von einem Geschäftsfreund aufmerksam gemacht, bei der Firma M[REDACTED]-Fahrrad-Werke Erhard D[REDACTED] in Bi[REDACTED] an, ob ihr die Markenbezeichnung "Swing-Master" für eigene Erzeugnisse geschützt sei. Diese Firma bejahte die Frage und ließ dem Kläger durch einen Patentanwalt R[REDACTED] mit Schreiben vom 19. September 1952 mitteilen, daß er keinen einzigen Teil eines Fahrrads mit der Bezeichnung "Swing-Master" auf den Markt bringen und keine Druckschrift usw. mehr mit dieser Bezeichnung versehen dürfe. Darauf erklärte der Kläger durch Schreiben seines Rechtsanwalts vom 30. Oktober 1952 den Vergleich vom 12. Februar 1952 für nichtig, focht ihn vorsorglich wegen Irrtums an, setzte zur Lieferung von 7000 Satz Stoßdämpfern in verkäuflicher Ausführung eine Frist bis 15. November 1952 und kündigte für den Fall, daß die Frist fruchtlos verstreiche, Schadensersatz wegen Nichterfüllung an. Nachdem dann F[REDACTED] dem Kläger mit Schreiben vom 20. November 1952 mitgeteilt hatte, daß ihm die M[REDACTED]-Fahrrad-Werke Bi[REDACTED] am 27. September 1951 verboten hätten, das Wort "Master" als Markenbezeichnung zu verwenden, und daß er diese Mitteilung damals unverzüglich der Beklagten weitergegeben habe, focht der Kläger den Vergleich mit Schreiben seines Anwalts vom 18. Dezember 1952 auch wegen arglistiger Täuschung an.

Die Beklagte hat wegen der Forderung von 6412,50 DM nebst Vollstreckungskosten auf Grund des Vergleichs vom 12. Februar 1952 am 22. Dezember 1952 in das bewegliche Vermögen des Klägers vollstreckt.

Der Kläger hat mit dem Antrag Vollstreckungsgegenklage erhoben,

die Zwangsvollstreckung aus dem gerichtlichen Vergleich des Landgerichts Wuppertal vom 12. Februar 1952 - 8 O 342/52 - ist unzulässig, soweit die Beklagte daraus am 22. Dezember 1952 vollstreckt hat.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt,

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen in erster Instanz gestellten Antrag weiter, hilfsweise erstrebt er Zurückverweisung der Sache. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht führte aus: Die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung aus dem gerichtlichen Vergleich vom 12. Februar 1952 wegen des Kaufpreises für die Lieferungen vom 8. April und 13. Mai 1952 sei nicht unzulässig. Die Nichtigkeit des Vergleichs habe der Kläger nicht dargetan. Dieser verstoße nicht gegen die guten Sitten. Die Parteien hätten mit ihm keine unlauteren Ziele verfolgt. Er habe nicht den Weiterverkauf der Stoßdämpfer zum Gegenstand, sondern deren Abnahme und Bezahlung durch den Kläger. Durch die Zwangsvollstreckung solle der Kläger nicht zum weiteren Vertrieb der gelieferten Stoßdämpfer gezwungen, sondern nur die der Beklagten geschuldete Zahlung beige-trieben werden. Der Vergleich sei nicht auf eine sachlich unmögliche Leistung gerichtet gewesen. Wenn der Ausstattung der Stoßdämpfer mit dem vorgesehenen Kennzeichen Rechte

eines Dritten entgegenstünden oder dieser Artikel aus anderen Gründen unbrauchbar oder unverkäuflich sei, seien die vereinbarten Lieferungen nicht schlechthin unmöglich. Es griffen vielmehr die Vorschriften über Rechts- oder Sachmängel Platz.

Im Hinblick auf diese Sonderregelung könne der Kläger, soweit die Stoßdämpfer geliefert seien, auch nicht wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften anfechten.

Daß der Kläger zum Abschluß des Vergleichs durch arglistige Täuschung bestimmt worden sei, habe er nicht bewiesen. Der Zeuge F. [REDACTED] wisse nicht mehr, wann er der Beklagten von den Schwierigkeiten mit der Firma M. [REDACTED]-Fahrradwerke Mitteilung gemacht habe. Seine Erklärung im Schreiben vom 20. November 1952 genüge gegenüber seiner Zeugenaussage nicht zum Beweis, daß der Beklagten zur Zeit des Vergleichsabschlusses die Warenzeichenrechte der Firma M. [REDACTED] bekannt gewesen seien. Es sei daher nicht aufzuklären, ob die Beklagte, nicht dagegen der Kläger von diesen Warenzeichenrechten Kenntnis gehabt habe. Eine erneute Vernehmung des Zeugen F. [REDACTED] sei nicht geboten.

Die Revision macht dagegen geltend: Die Annahme des Berufungsgerichts, daß eine Aufklärung nicht mehr möglich sei, stelle eine verfahrensrechtlich unzulässige Vorwegnahme des Ergebnisses der Beweisaufnahme dar.

Dieser Einwand ist berechtigt. Die Ladung des Zeugen F. [REDACTED] ist im Beweisbeschluß vom 17. März 1953 (Bl 34 GA) von der Zahlung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht worden. Dieser Vorschuß wurde offenbar nicht geleistet, wenigstens befindet sich kein Beleg darüber und auch keine Verfügung über die Ladung des Zeugen in den Akten. Der im

Termin vom 23. April 1953 vernommene Zeuge F [REDACTED] hat auch angegeben, er sei erst am Morgen dieses Tages vom Kläger fernmündlich aufgefordert worden, zum Termin zu erscheinen. Aus diesem Grunde habe er keine Unterlagen bei sich gehabt und habe auch seine Unterlagen zu Hause nicht nachsehen können. Er könne seine Angaben nur aus dem Gedächtnis machen. Die Abschrift des Briefs F [REDACTED] an den Kläger vom 20. November 1952 ist erst nach der Beweisaufnahme vorgelegt worden. Wenn es nun auch grundsätzlich gemäß § 398 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts steht, ob ein Zeuge wiederholt vernommen werden soll, so kann jedenfalls nicht gesagt werden, eine Aufklärung sei nicht möglich, wenn der Zeuge vernommen wird, ohne daß er Gelegenheit zu der in einem solchen Fall unbedingt notwendigen Vorbereitung hatte, wenn die von ihm verlangte Aussage konnte er nur anhand seiner Aufzeichnungen machen, und es ist durchaus denkbar, daß auf Grund dieser eine Klärung möglich ist. Es kommt hinzu, daß die nochmalige Vernehmung F [REDACTED] noch auf andere, im früheren Beweisbeschluß nicht erwähnte Punkte ausgedehnt werden sollte, nämlich, daß er das Schreiben vom 20. November 1952 nicht "ausschließlich zu Prozeßzwecken" hergestellt habe und daß bereits auf der Frankfurter Fahrrad- und Motorradausstellung im Herbst 1951 die Beklagte die Federungen nicht mehr unter der Bezeichnung "Swing-Master", sondern "Original-F [REDACTED]" angeboten habe. Die nochmalige Vernehmung des F [REDACTED] wäre also geboten gewesen.

Es fragt sich, ob der schon in erster Instanz gestellte Antrag auf Vernehmung des Zeugen F [REDACTED] auf Grund des neuen Vorbringens hätte zurückgewiesen werden können. Das wäre vielleicht in der ersten Instanz gemäß §§ 279, 283 Abs 2 ZPO möglich gewesen und dann hätte auch das Berufungsgericht nach § 529 ZPO das Vorbringen zurückweisen können. Eine Zurückweisung in erster Instanz ist aber nicht erfolgt. Eine solche kam daher auch für das Berufungsgericht nicht in Frage.

Die Unterlassung der Vernehmung des Zeugen ist auch darauf nicht gestützt worden.

Es fragt sich nun, ob die auf die Anbringung des Ausdrucks "Swing-Master" gestützte Beanstandung der Stoßdämpfer nicht dadurch hinfällig geworden ist, daß der Kläger bei seiner Vernehmung am 23. April 1953 erklärte, wenn die Beklagte ihm die Schwinghebelfederungen in der Weise liefere, daß die Bezeichnung "Swing-Master" durch die fest angebrachte Platte verdeckt sei, so wolle er insofern gegen die Abnahmeverpflichtung sich nicht wehren. Das ist abzulehnen, da die Klage sich nur auf die bereits am 8. April und 13. Mai 1952 gelieferten, aber noch nicht bezahlten 1350 Satz bezieht.

Es kommt also darauf an, ob der Kläger zu der Verpflichtung zur Abnahme dieser Stücke durch arglistige Täuschung veranlaßt worden ist.

2. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang noch ausgeführt: Der Kläger könne Einwendungen gegen den Vergütungsanspruch auch nicht damit begründen, daß F [REDACTED] ihm auf Grund seines Patentrechts den weiteren Verkauf der Stoßdämpfer verboten habe. Die Beklagte habe die Federungen mit der Lizenz des F [REDACTED] geliefert. Damit seien die Stücke patentfrei geworden. Ob F [REDACTED] auf Grund unmittelbarer Vertragsbeziehungen dem Kläger den Weiterverkauf habe untersagen können, sei für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ohne Bedeutung.

Die Stoßdämpfer habe die Beklagte nicht selbständig hergestellt und als Handelsware verkauft. Der Kläger habe vielmehr in engem Einvernehmen mit dem Konstrukteur F [REDACTED]

der Beklagten die Lieferung nach der von F [REDACTED] festgelegten Ausführung in Auftrag gegeben. Der Hersteller und Lieferant habe daher für die Tauglichkeit des Gegenstandes und für die Zulässigkeit seiner Benutzung nicht einzustehen, sondern nur die auftragsgemäße Ausführung und Lieferung zu gewährleisten, wobei es auf die Bezeichnung "Kaufvertrag" oder "Werkvertrag" nicht ankomme.

Zu der auftragsgemäßen Ausführung gehöre auch die Einprägung der Bezeichnung "Swing-Master", die der Erfinder Fr [REDACTED] festgelegt und noch bis November 1953 benutzt habe. Eine abweichende Weisung habe der Kläger der Beklagten vor den gemachten Lieferungen nicht erteilt, Die Beklagte habe daher nicht zu vertreten, wenn eine dritte Firma die vorgenommene Kennzeichnung verbieten könne.

Die Revision sieht darin einen Widerspruch, daß im Berufungsurteil einmal gesagt werde, die Beklagte habe die Stoßdämpfer mit der Lizenz F [REDACTED] hergestellt und geliefert, und kurz darauf, die Beklagte habe sie nicht selbständig als Lizenzinhaber verkauft. Gegenüber der Feststellung, F [REDACTED] habe die Bezeichnung seiner Erfindung mit "Swing-Master" mindestens bis April und Mai 1952, also bis zu den umstrittenen Lieferungen, nicht aufgehoben, meint die Revision, das Berufungsgericht habe dazu das Schreiben F [REDACTED] vom 20. November 1952 übersehen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Stellung und das Eingreifen F [REDACTED] sind in der Tat nicht ganz klar. Soweit aus dem vorgelegten Schriftwechsel ersichtlich ist, hat F [REDACTED] nicht wegen Verletzung seines Patentrechts den weiteren Verkauf der Stoßdämpfer verboten, sondern weil sie lebensgefährlich seien, und zwar deshalb, weil die vom Kläger an die Beklagte gelieferten Gummifederringe, die dann

die Beklagte in die Stoßdämpfer eingebaut hatte, schlecht seien. Die wegen dieses Mangels am 21. März 1952 ausgesprochene Wandlung wurde aber bereits im Juni 1952 als erledigt betrachtet. Es handelt sich also nicht um eine Verletzung von Patentrechten F■■■■, sondern um die des Warenzeichens eines Dritten, nämlich der M■■■■-Fahrrad-Werke.

Es kann auch zunächst dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Stoßdämpfer dem Kläger als Handelsware verkauft oder sie lediglich nach den Anweisungen des Klägers, der sich dabei auf die der Beklagten bekannte "von Herrn F■■■■ festgelegte Ausführung" berief, herstellte. Jedenfalls wäre die Beklagte, wenn ihr die Einsprüche der Firma M■■■■-Fahrrad-Werke bekannt waren, verpflichtet gewesen, vor Abschluß des Vergleichs auf diese hinzuweisen. Wenn also diese Kenntnis der Beklagten nachgewiesen würde, so wäre der Verdacht einer arglistigen Täuschung dringend gegeben. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts sind also nicht geeignet, die Frage, ob die Beklagte die Einsprüche der M■■■■-Fahrrad-Werke kannte, als belanglos erscheinen zu lassen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Erst wenn auf Grund der anderweiten Verhandlung nicht festgestellt werden kann, daß auf seiten der Beklagten eine arglistige Täuschung vorliegt, ist darüber zu entscheiden, wer die Gefahr zu tragen hat, daß Gegenstände bestellt und geliefert wurden, die in der Ausführung, die Gegenstand des Vertrags war, wegen Verstoßes gegen die Rechte der Firma M■■■■-Fahrrad-Werke nicht verwertbar waren. Für diesen Fall würde allerdings in der Auffassung des

Berufungsgerichts kein Rechtsverstoß zu sehen sein, daß die Beklagte als bloße Herstellerin, die an die Weisungen des Bestellers gebunden war, für die Zulässigkeit der Benutzung nicht einzustehen, sondern nur die auftragsgemäße Ausführung und Lieferung zu gewährleisten habe..

3. Das Berufungsgericht hat auch ohne Rechtsverstoß die Behauptung des Klägers abgelehnt, die Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung von 7000 Satz Stoßdämpfern sei durch die Abnahme durch F. [REDACTED] erfüllt, da dieser Stoßdämpfer auf Grund eigener Bestellungen bezogen habe. Die Revision hat insoweit auch Einwendungen nicht erhoben.

4. Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt: Der Kläger könne die Zahlung nicht unter Berufung auf Mängel, namentlich auf fehlerhaften Guß der Stoßdämpfer, verweigern. Diese Beanstandungen habe der Kläger schon im früheren Rechtsstreit geltend gemacht, und darauf hätten sich die Parteien verglichen. Ob der Kläger damals über die Ursache und das Ausmaß der vorgekommenen Brüche vollständig unterrichtet gewesen sei, sei unerheblich. Eine gewisse Brüchigkeit habe der Kläger bei dem Vergleich bewußt in Kauf genommen.

Der Kläger habe die gelieferten Stoßdämpfer genehmigt. Er habe die Gußausführung bis Dezember 1952 nicht beanstandet, obwohl ihm die Brüchigkeit schon lange bekannt gewesen sei.

Es bedürfe daher keiner Erörterung, ob durch die ausdrücklich vereinbarten allgemeinen Lieferbedingungen der Beklagten Wandlungen, und Schadensersatzansprüche der Abnehmer wirksam ausgeschlossen seien.

2p

Die Revision hat diese Ausführungen nicht angegriffen; es ist auch kein Rechtsverstoß darin zu erkennen.

5. Das Berufungsgericht hat sich auch noch mit den von der Beklagten noch nicht ausgeführten Lieferungen beschäftigt und dazu erwogen, auch insofern stünden dem Kläger keine Gegenansprüche und Einwendungen zu. Die Anmahnung mit Fristsetzung vom 30. Oktober 1952 sei schon deshalb ohne rechtliche Wirkung, weil der Kläger in diesem Schreiben die Nichtigkeit des Vergleichs geltend mache und seine Abnahmepflicht verneint habe. Die Beklagte habe sich übrigens grundsätzlich zur Lieferung von Stoßdämpfern ohne die umstrittene Kennzeichnung bereit erklärt.

Diese Ausführungen beziehen sich nicht auf den mit der Klage geltend gemachten Klaganspruch. Sie sind daher unerheblich.

Da das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Tasche Schuster Dr. Oechßler Dr. Großmann Dr. Spieler