

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 812 ff, 823 Ag, 852 Abs. 1 und 3

Fahrradgepäckträger II

- a) Unterläßt es der Patentinhaber pflichtwidrig, eine unberechtigt ausgesprochene Verwarnung zu widerrufen, so beginnt der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist aus § 852 Abs. 1 BGB für jeden infolge der Nichtbeseitigung eintretenden Schaden besonders mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte von diesem Schaden Kenntnis erlangt.
- b) § 852 Abs. 3 BGB verweist nicht wegen der Voraussetzungen, sondern wegen des Umfangs des Bereicherungsanspruchs auf §§ 812 ff BGB.
- c) Auch der auf Kosten des Geschädigten dem Schädiger über einen Vertragspartner zugeflossene Vermögenszuwachs ist nach Ablauf der Verjährungsfrist herauszugeben (§ 852 Abs. 3 BGB), wenn die Vermögensverschiebung durch die unerlaubte Handlung des Schädigers verursacht worden ist.

BGH, Urt. v. 14. Februar 1978 - X ZR 19/76 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 19/76

URTEIL

Verkündet am
14. Februar 1978
Kriegl,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamte:
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M [REDACTED] B [REDACTED], S [REDACTED]-
straat 9, R [REDACTED] (Niederlande), vertreten durch den
Vorstand Mariner B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Gebr. P [REDACTED], Kollektivgesellschaft nach
schweizerischem Recht, M [REDACTED] (Schweiz), vertreten
durch den allein zeichnungsberechtigten Gesellschafter
Oskar P [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1978 durch den Vorsitzenden Richter Ballhaus und die Richter Ochmann, Dr. Windisch, Dr. Hesse und Brodeßer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. Februar 1976 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

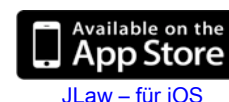
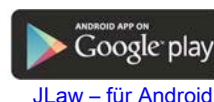
Tatbestand

Die Beklagte war Inhaberin des am 4. Februar 1955 angemeldeten und inzwischen infolge Zeitablaufs erloschenen deutschen Patents 1 023 353, an dem sie der Firma E-M in B eine ausschließliche Lizenz eingeräumt hatte, und dessen Ansprüche 1 und 6 wie folgt lauteten:

- "1. Vorrichtung zum Befestigen von Gepäckträgern an der Hintergabel von Fahrrädern, dadurch gekennzeichnet, daß der an sich bekannte, zur Aufnahme von Felgenbremse und Schutzblech bestimmte Verstrebungssteg nach oben erweitert ist, zur Bildung eines Flansches, der als Widerlager für den Gepäckträger und zu seiner lösbaren Befesti-



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



gung am Verstrebungssteg mittels in einer Parallelebene zur Rahmenlängsachse verlaufender Schrauben dient.

.....

6. Vorrichtung nach Ansprüchen 2 bis 5, dadurch gekennzeichnet, daß die genannten quer zur Rahmenlängsachse verlaufenden Teile des Gepäckträgers durch einen Schenkel eines in sich geschlossenen Rahmens gebildet sind, der den Tragrahmen des Gepäckträgers darstellt."

Die Klägerin stellte Fahrradgepäckträger her, die an der Vorrichtung nach Anspruch 1 des vorgenannten Patents (sogenannter P[REDACTED]steg) befestigt werden konnten. Sie belieferte damit auch die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED], E[REDACTED]-H[REDACTED].

Die Beklagte, die darin eine Verletzung ihres Patents erblickte, forderte die Klägerin mit Schreiben vom 2. Mai 1963 auf, sich zur Respektierung ihres Schutzrechts zu verpflichten. Am 27. Januar 1964 erhob sie Klage wegen Patentverletzung, die in allen Rechtszügen erfolglos blieb.

Mit dem folgenden Schreiben vom 7. Juni 1963 hatten die bevollmächtigten Patentanwälte der Beklagten unter anderem auch [die Abnehmerin der Klägerin] die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] verwarnt:

"Die Firma Gebrüder P[REDACTED] in M[REDACTED]/Schweiz, hat uns mit der Wahrnehmung ihrer und der Interessen ihrer deutschen Lizenznehmer beauftragt.... Unsere Mandantin mußte mit Bedauern zur Kenntnis nehmen, daß Sie zu den Unternehmern gehören, die die patentverletzerisch hergestellten Gepäckträger aus Holland beziehen und in Deutschland auf den Markt bringen. Durch dieses Verhalten machen Sie

sich ebenfalls einer Patentverletzung schuldig, weshalb wir Sie namens und im Auftrag unserer Mandantin auffordern:

1. Uns rechtsverbindlich erklären zu wollen ...

Dem Eingang der von Ihnen geforderten Erklärung sehen wir innerhalb einer Frist bis zum 15. Juni 1963 entgegen.

Sollten Sie diese Frist ungenutzt verstreichen lassen, so sieht sich unsere Mandantin veranlaßt, Sie in die gegen die Firma [REDACTED] B[REDACTED] zu ergreifenden gerichtlichen Maßnahmen miteinzubeziehen."

Die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] stellte daraufhin ab etwa August 1963 den Bezug von Gepäckträgern bei der Klägerin ein, der sie am 9. August 1963 mitteilte, daß sie an Streitigkeiten uninteressiert sei und sich keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen möchte. Sie bekräftigte ihre Haltung mit Schreiben an die Klägerin vom 31. März 1964 wie folgt:

"Wir erhielten Ihr Schreiben vom 17.3., sowie eine Abschrift des an Sie gerichteten Schreibens der Rechtsanwälte U[REDACTED] und H[REDACTED].

Wir müssen Ihnen hierzu mitteilen, daß wir aufgrund der gemachten Ausführungen noch nicht in der Lage sind, Ihnen weitere Aufträge in obigem Artikel zu überschreiben -
Bei den Zeilen der genannten Rechtsanwälte handelt es sich letzten Endes ja nur um deren Meinung. Wir benötigen, um wieder bei Ihnen beziehen zu können, einen klaren verbindlichen gerichtlichen Entscheid." -

Auch in späteren Schreiben machte die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] weitere geschäftliche Kontakte zur Klägerin von dem Erlaß eines rechtskräftigen Urteils in deren Patentverletzungsstreit mit der Beklagten abhängig.

Auf der Fachmesse IFMA Köln 1966 teilte die Lizenznehmerin der Beklagten, die Firma E-M, durch Rundschreiben vom 24. September 1966 den in Betracht kommenden Ausstellern außer einer Darstellung der Rechtslage aus ihrer Sicht auch ihre Überzeugung mit, daß die Beklagte den in der ersten Instanz zu deren Ungunsten entschiedenen Rechtsstreit gegen eine holländische Firma (gemeint war die Klägerin) in den höheren Instanzen gewinnen werde; alle aus dem Ausland importierten Fahrradgepäckträger, die zur Befestigung an der für die Beklagte patentierten Vorrichtung geeignet seien, seien patentverletzend. In einem weiteren Rundschreiben vom 15. Januar 1968 verbreitete die Firma E-M die Nachricht, daß die Beklagte zwar auch vor dem Oberlandesgericht unterlegen sei, aber bereits Auftrag zur Einlegung der Revision gegeben habe. In einem dritten Rundschreiben vom 14. August 1969 mit Briefkopf der Firma E-M, das auch von der Beklagten unterzeichnet war, hieß es unter anderem:

"Die zuversichtliche Haltung unserer Anwälte gründet darauf, daß die Vorinstanz im entscheidenden Punkt einem schwerwiegenden Irrtum unterlegen ist. Auf unseren Antrag hat sie deswegen auch eine Tatbestandberichtigung bewilligen müssen. Der Bundesgerichtshof wird dies gebührend zu berücksichtigen und ihr die notwendige rechtliche Folge zu geben haben.

Im Fachhandel sind gewisse Zweifel über die rechtliche Lage auch deswegen entstanden, weil die Firma B Garantieerklärungen angeboten oder gar abgegeben hat. Die Käufer von Gepäckträgern mußten sich bewußt sein, daß keine solche Garantieerklärung sie vor einer Verletzungsklage schützen könnte. Das gilt auch für andere Nachahmer. Nach unserer Auffassung dürfen nur Gepäckträger an die E-Stegplatte Lizenz P montiert werden, die den Namen des Herstellers und den Zusatz Liz. P tragen. Der Patentinhaber ist nicht darauf beschränkt, sich an den Lieferanten der Gepäck-

träger zu halten. Er kann nach seiner Wahl auch gegen die Käufer der Gepäckträger oder gegen einzelne ausgewählte Käufer klagen."

Die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED], die diese Rundschreiben ebenfalls erhalten hatte, lehnte ein Angebot der Klägerin ab, sie von etwaigen Ansprüchen der Beklagten freizustellen. Sie wartete vielmehr die rechtskräftige Entscheidung im Patentverletzungsstreit durch den Bundesgerichtshof am 11. März 1971 - X ZR 16/68 - ab und bezog erst wieder von der zweiten Hälfte des Jahres 1971 ab Fahrradgepäckträger von der Klägerin.

Mit ihrer am 29. November 1971 beim Landgericht Karlsruhe eingereichten und nach Verweisung an das Landgericht Mannheim der Beklagten am 27. Januar 1972 zugestellten Klage hat die Klägerin behauptet, das Verhalten der Beklagten, das mit der Verwarnung der Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] begonnen habe, stelle einen rechtswidrigen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar; dadurch habe sie einen Schaden in Höhe von mindestens 507 800.- DM erlitten, den ihr die Beklagte und die Firma E[REDACTED]-M[REDACTED] gesamtschuldnerisch ersetzen müßten. Die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] habe während der Unterbrechung der Geschäftsbeziehungen von anderen Herstellern Gepäckträger bezogen, die sie ohne die Verwarnung bei der Klägerin gekauft hätte.

Die Beklagte und die Firma E[REDACTED]-M[REDACTED] haben den Klageanspruch bestritten und dessen Verjährung geltend gemacht.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Beklagte zur Zahlung von 155 345,67 DM nebst Zinsen verurteilt und

die Klage insoweit in Höhe von 90 004,33 DM sowie gegen die Firma E-M in Höhe von 245 350.- DM abgewiesen. Es hat in dem Vorgehen der Beklagten, das den Schaden der Klägerin rechtswidrig und schuldhaft verursacht habe, ein zusammenhängendes Gesamtverhalten gesehen, das erst durch die rechtskräftige Entscheidung im Patentverletzungsprozeß beendet worden sei. Der Lauf der Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens habe daher erst mit dem Erlaß der letztinstanzlichen Entscheidung am 11. März 1971 begonnen; er sei bei Erhebung der vorliegenden Klage nicht beendet gewesen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte im Umfang ihrer Verurteilung Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts die Klage auf Ersatz des durch die Verwarnung der Firma H-W entstandenen Schadens im vollen Umfang abgewiesen.

Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin mit dem Antrag,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach ihren Anträgen in der Berufungsinstanz zu entscheiden.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Die von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht sei unvorschriftsmäßig besetzt gewesen (§§ 551 Nr. 1 ZPO, 21 e, 122 GVG), weil bei der angefochtenen Entscheidung zwei Richter mitgewirkt hätten, die nicht über die erforderlichen Erfahrungen auf dem Gebiet des Patentrechts verfügten, findet im Gesetz keine Stütze.

Nach § 21 e GVG bestimmt das bei einem Gericht gebildete Präsidium die Besetzung der Spruchkörper (Kammern, Senate) mit den diesem Gericht angehörenden Richtern. Nirgends ist im Gesetz zur Auflage gemacht, daß aus diesem Kreis der verfügbaren Richter bestimmte nur bestimmten Spruchkörpern, so z.B. solchen für Straf-, Handels- oder Wettbewerbssachen, mit Rücksicht auf die dort erwünschten besonderen Fachkenntnisse oder Erfahrungen zugeteilt werden dürften. Die Verteilung der richterlichen Geschäfte richtet sich nur nach den notwendigen Funktionen des Gerichts, die in der Geschäftsverteilung, einem Organisationsplan, für das jeweilige Geschäftsjahr festgelegt werden.

Die Ausübung des Richteramts setzt die Befähigung dazu nach §§ 5 ff, 120 DRiG und die Berufung in das Richterverhältnis nach §§ 8 ff DRiG voraus. Wer diese Voraussetzungen erfüllt, kann grundsätzlich jedes ihm übertragene Richteramt ausüben (vgl. die entspr. Entscheidung des Senats zur Ausübung des Richteramts beim Bundespatentgericht in GRUR 1976, 719 ff - Elektroschmelzverfahren), soweit das Gesetz nicht weitere Erfordernisse für bestimmte Richterämter vorsieht (z.B. §§ 28, 29 DRiG, 36 d Abs. 2, 36 i Abs. 2 PatG), um die es hier nicht geht. Darüber hinausgehende Anforderungen, insbesondere solche an besondere Kenntnisse oder Erfahrungen eines Richters auf einem bestimmten

Rechtsgebiet sind für kein Richteramt vorgesehen. Daher kann in der Besetzung des Berufungsgerichts ein Mangel nicht festgestellt werden.

II.

1. Das Berufungsgericht hat das an die Firma H [REDACTED] [REDACTED]-W [REDACTED] gerichtete Schreiben der Patentanwälte der Beklagten vom 7. Juni 1963 als Verwarnung gewertet. Das sei ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit eine Verletzung eines sonstigen Rechts der Klägerin im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB gewesen, nachdem rechtskräftig feststehe, daß von der Klägerin vertriebene Fahrradgepäckträger nicht in den Schutzbereich des Patents der Beklagten gefallen seien.

Gegen diesen Ausgangspunkt erhebt die Revision keine Rügen. Er steht mit der Rechtsprechung des Senats im Einklang (vgl. zuletzt GRUR 1976, 715 ff - Spritzgießmaschine - m.w.N.).

2. Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob die Beklagte schuldhaft gehandelt hat und ob der Klägerin ein Schaden entstanden ist. Einen etwaigen Schadensersatzanspruch hat es nach § 852 Abs. 1 BGB als verjährt angesehen. Es hat ausgeführt:

a) Der "angebliche" Schaden der Klägerin könne nur durch das Schreiben vom 7. Juni 1963 verursacht worden sein. Die Firma H [REDACTED]-W [REDACTED] sei nach dessen Erhalt entschlossen gewesen, die Entscheidung im Patentverletzungsprozeß abzuwarten, um jedes eigene Risiko auszuschließen. Sie hätte sich vor einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht zu einer Änderung ihrer Einstellung bewegen

lassen. Die Rundschreiben der Firma E-M und der Beklagten hätten auf den einmal gefaßten Entschluß der H-W keinen Einfluß mehr gehabt und seien für den Schaden der Klägerin nicht mehr ursächlich gewesen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts könnten sie nicht zu einem einheitlichen Gesamtverhalten zusammengefaßt werden, das erst mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11. März 1971 abgeschlossen gewesen sei und die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt habe. Nur die von der Verwarnung ausgehende schädigende Wirkung habe fortgewirkt. Eine Dauerhandlung habe nicht vorgelegen; sie könne auch nicht in der Unterlassung des Widerrufs der unberechtigten Verwarnung gesehen werden.

b) Die Klägerin habe spätestens bei Erhalt des Schreibens der Firma H-W vom 31. März 1964, in welchem diese es vor der Entscheidung des Patentverletzungsprozesses abgelehnt habe, weitere Lieferaufträge zu erteilen, Kenntnis von der Entstehung des Schadens erlangt. Sie habe zu dieser Zeit auch Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen gehabt und sei von da ab in der Lage gewesen, wenigstens eine Feststellungsklage, auch im Wege der Widerklage, mit einigermaßen sicherer Aussicht auf Erfolg zu erheben. Das sei der Klägerin auch zuzumuten gewesen, denn die Rechtslage sei weder schwierig noch verwickelt oder unklar gewesen. Etwa noch bestehende Zweifel seien spätestens mit dem Erlaß des erstinstanzlichen Urteils im Patentverletzungsprozeß am 9. Oktober 1964 beseitigt worden. Die Verjährungsfrist habe zu laufen begonnen.

c) Die Rechtshängigkeit der Patentverletzungsklage habe den Beginn der Verjährungsfrist nicht gehindert. Die Vorfrage der Unbegründetheit der Verwarnung, die sich daraus beantworte, daß die Gepäckträger der Klägerin nicht in den

Schutzbereich des Patents der Beklagten gefallen seien, habe auch als Vorfrage im Schadensersatzprozeß beurteilt werden können, ohne daß der Ausgang des Patentverletzungsprozesses habe abgewartet werden müssen. Dieser Fall sei nicht dem gleichzustellen, in welchem die Unbegründetheit der Verwarnung aus der mangelnden Rechtsbeständigkeit des Patents hergeleitet werde, wenn das zuvor in einem Nichtigkeitsverfahren festgestellt worden sei.

d) Ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1 oder 852 Abs. 2 (jetzt Abs. 3) BGB bestehe nicht. Abgesehen davon, daß die Klägerin hierüber nichts vorgetragen habe, würde eine solche Bereicherung nicht "auf Kosten" der Klägerin erlangt sein, wie es die beiden genannten Bestimmungen erforderten.

3. Die Revision erhebt dagegen Verfahrensrügen aus § 286 ZPO und rügt außerdem die fehlerhafte Anwendung des § 852 Abs. 1 BGB.

a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] sei auf Grund des Verwarnungsschreibens vom 7. Juni 1963 von vornherein entschlossen gewesen, mit dem weiteren Bezug von Gepäckträgern der Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Patentverletzungsprozesses zu warten, sei ohne entsprechenden Prozeßvortrag getroffen worden; einen Geschäftsführungsbeschuß habe es bei der Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] darüber nicht gegeben. Die Feststellung widerspreche auch den Denkgesetzen und der allgemeinen wirtschaftlichen Lebenserfahrung. Sie sei zustande gekommen, weil das Berufungsgericht die gesamten Umstände des Falles, insbesondere das Gesamtverhalten der Beklagten sowie den inneren Zusammenhang aller gegen die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED]

gerichteten Verwarnungen, aus denen sich eine ständige Drohung mit gerichtlichen Maßnahmen ergeben habe, unberücksichtigt gelassen habe. So sei auch die Patentverletzungsklage als Druckmittel benutzt worden und habe nicht lediglich die Fortdauer der Störung der Geschäftsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] bewirkt. Durch die Rundschreiben der Firma E[REDACTED]-M[REDACTED] und der Beklagten sei die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] bewußt in Schach gehalten und eine von der Klägerin angebotene Garantieerklärung als nutzlos hingestellt worden. Die Bemerkung des Berufungsgerichts, nicht der Eingriff selbst, sondern nur die von ihm ausgehende schädliche Wirkung habe bis zum Abschluß des Patentverletzungsprozesses angedauert, so daß keine Dauerhandlung vorgelegen habe, beruhe auf dem irrigen Ausgangspunkt, die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] habe bereits auf Grund des Verwarnungsschreibens einen endgültigen Entschluß gefaßt.

b) Auch bei der Prüfung der Frage, ob der Klägerin während der Anhängigkeit der Patentverletzungsklage die Erhebung einer Feststellungsklage zuzumuten gewesen sei, habe das Berufungsgericht es unterlassen, alle Umstände zu würdigen. Eine solche Klage wäre mit Sicherheit nach § 148 ZPO ausgesetzt worden und eine erst vor dem Oberlandesgericht erhobene Widerklage der Gefahr der Nichtzulassung begegnet.

c) Schließlich habe das Berufungsgericht bei der Frage, ob die Klägerin Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen gehabt habe, die Besonderheit des Patentverletzungsprozesses nicht beachtet. Aus ihr folge, daß der angebliche Verletzer erst durch eine rechtskräftige Abweisung der Verletzungsklage diese Kenntnis mit hinrei-

chender Sicherheit erhalte. Schon der Erfolg des Schutzrechtsinhabers in einer einzigen Instanz könne nämlich dazu führen, daß ihm zugestanden werde, er habe die unrechtmäßige Verwarnung schuldlos ausgesprochen.

III.

Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat gegenüber dem von der Klägerin nach § 823 Abs. 1 BGB geltend gemachten Schadensersatzanspruch die Einrede der Verjährung nach § 852 Abs. 1 BGB im vollen Umfang durchgreifen lassen, weil die den Schaden verursachende Handlung der Beklagten mit Zugang des Verwarnungsschreibens vom 7. Juni 1963 bei der Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] abgeschlossen gewesen sei und nur die dadurch ausgelösten schadenverursachenden Wirkungen fortbestanden hätten. Dem kann nicht beigetreten werden.

1. Bei der revisionsrechtlichen Prüfung ist zugunsten der Revisionsklägerin zu unterstellen, daß die Beklagte bei ihrem widerrechtlichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin auch schuldhaft gehandelt und dieser dadurch Schaden zugefügt hat, nachdem das Berufungsgericht insoweit ausdrücklich von Feststellungen abgesehen hat (S. 18 des Berufungsurteils). Seine Bemerkung auf Seite 14 des Berufungsurteils, daß "das Verschulden der Beklagten darin gesehen wird ..." steht zu dieser unzweideutigen Angabe im Widerspruch; in ihr kann auch keine Wertung nach verfahrensfehlerfreier Feststellung von Tatsachen erkannt werden.

2. Der Standpunkt des Berufungsgerichts, der von der Klägerin geltend gemachte Schaden sei allein durch die mit Schreiben vom 7. Juni 1963 ausgesprochene Verwarnung verursacht worden, beruht auf unrichtiger und unvollständiger Würdigung des unstreitigen Sachverhalts.

a) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Durchführung des Patentverletzungsstreits und die im Zusammenhang damit abgegebenen Erklärungen seien für den Ablauf ohne Bedeutung gewesen, weil sie das Verhalten der Firma Heidemann nicht hätten beeinflussen können, greift die Verfahrensrüge der Revision durch. Diese Annahme ist nicht mit der unstreitigen Tatsache zu vereinbaren, daß die Firma H[REDACTED] wiederholt geprüft hat, ob sie den Bezug von Fahrradgepäckträgern bei der Klägerin wieder aufnehmen könne, ohne damit ein Risiko einzugehen.

Die Annahme des Berufungsgerichts wird aber auch den gegebenen Verhältnissen nicht gerecht. Ein Schutzrechtsinhaber, der eine Verwarnung ausgesprochen hat, darf sich nicht damit begnügen, die Sach- und Rechtslage nur vor Absendung des Verwarnungsschreibens zu prüfen. Er ist vielmehr zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen gehalten, den einmal eingenommenen Standpunkt bei Bekanntwerden neuer Umstände zu überprüfen und die Verwarnung nicht ungeprüft zu wiederholen. Das gilt um so mehr, wenn sich die Verwarnung auch an Abnehmer des Herstellers gerichtet hat, diese der Verwarnung Folge geleistet haben und dadurch offenbar ist, daß dem verwarneten Hersteller ein fortlaufender Nachteil entsteht. Zu einer solchen Überprüfung mußten vor allem die im Patentverletzungsstreit ergangenen Urteile des Landgerichts und des Oberlandesgerichts Anlaß geben. Da diese Urteile den von der Klägerin vertriebenen Fahrradgepäckträ-

ger für patentfrei erklärten, lag es nicht fern, daß deren Abnehmer daraus entsprechende Folgerungen zogen. Es kommt hinzu, daß auch der Verwarnte unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB zur Prüfung verpflichtet sein kann, ob er Anlaß hat, dem in der Verwarnung liegenden Unterlassungsverlangen, dem er sich zunächst gebeugt hat, auch weiterhin nachzukommen, wenn ihm neue Umstände bekannt werden. Im vorliegenden Falle hat zwar die Firma H. [REDACTED] keinen eigenen Schaden geltend gemacht. Sie hat aber wiederholt ihr Interesse bekundet, den Bezug der Gepäckträger bei der Klägerin wieder aufzunehmen und dazu, wie im angefochtenen Urteil festgestellt ist, jedenfalls im Zusammenhang mit dem Urteil des Oberlandesgerichts anwaltlichen Rat eingeholt. Die Annahme, daß auf ihren nach der Beratung gefaßten Entschluß, erst noch das Urteil des Bundesgerichtshofs abzuwarten, die näher begründete Stellungnahme der Beklagten zu dem Urteil des Oberlandesgerichts ohne jeden Einfluß gewesen wäre, widerspricht der Lebenserfahrung.

b) Das Berufungsgericht hat auch die Klagebegründung nicht erschöpfend gewürdigt. Die Klägerin hat die Schadensersatzforderung auch darauf gestützt, daß die Beklagte die von ihr ausgesprochene Verwarnung während der gesamten Dauer des Patentverletzungsstreits nicht widerrufen hat. Auch eine Unterlassung stellt sich als eine unerlaubte Handlung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn eine Verpflichtung zum Handeln bestand (RGZ 106, 283, 285). Die Verpflichtung der Beklagten zum Handeln ergab sich im vorliegenden Falle aus ihrem vorangegangenen Tun. Die Beklagte durfte den in der Verwarnung der Firma H. [REDACTED] liegenden rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin nicht aufrechterhalten, wenn das von ihr beanstandete Verhalten der Firma H. [REDACTED] sich

nicht als Patentverletzung darstellte. Dadurch, daß sie den Widerruf der Verwarnung - wie hier zu unterstellen ist - schuldhaft unterlassen hat, hat sie sich ebenfalls schadensersatzpflichtig gemacht.

c) Für die Beurteilung der Frage, welcher Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung in Betracht kommt, ergibt sich hieraus, daß weder dem Berufungsgericht, das den Zugang des Verwarnungsschreibens vom 7. Juni 1963 als maßgebend ansieht, noch dem Landgericht, das auf den Abschluß des Verletzungsstreits abstellt, gefolgt werden kann. Da die Wiederholung einer schädigenden Handlung selbst immer eine neue Schädigung und einen neuen Schadensersatzanspruch erzeugt (BGB-RGRK 11. Aufl. § 852 Anm. 9), bestimmt sich der Beginn der Verjährung, soweit das positive Tun der Beklagten in Rede steht, nach dem Zeitpunkt der einzelnen Handlungen. Diese können entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht unter dem Gesichtspunkt eines zusammenhängenden Gesamtverhaltens als Einheit betrachtet werden, denn der strafrechtliche Begriff der fortgesetzten Handlung ist auf das bürgerliche Recht nicht übertragbar (BGB-RGRK aaO m.w.Nachw.). Soweit der Schadensersatzanspruch der Klägerin darauf gestützt ist, daß es die Beklagte schuldhaft unterlassen habe, den durch die Verwarnung hervorgerufenen schädlichen Zustand zu beseitigen, beginnt der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist aus § 852 Abs. 1 BGB für jeden infolge der Nichtbeseitigung eintretenden Schaden besonders mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte von diesem Schaden Kenntnis erlangt (RGZ 106, 283, 286; BGB-RGRK aaO). Eine zusammenfassende Betrachtung als einer Einheit kommt ebenso wenig wie bei wiederholten Einzelhandlungen im Rahmen eines positiven Tuns (vgl. dazu BGH DB 1972, 2057) in Betracht.

d) Der Senat setzt sich mit dieser Beurteilung nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in GRUR 1974, 99, 100 (Brünova). Es ging dort - ebenso wie in dem Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in NJW 1969, 463 - nicht um den Ersatz des durch eine unberechtigte Verwarnung und deren pflichtwidrige Aufrechterhaltung zugefügten Schadens, sondern um den Widerruf von Tatsachenbehauptungen, für die andere Grundsätze gelten.

e) Da im vorliegenden Falle auf die einzelne Handlung oder Unterlassung abzustellen ist, ist die Klageforderung nicht nach § 852 Abs. 1 BGB verjährt, soweit der Schaden auf eine Handlung oder Unterlassung der Beklagten gestützt ist, die zeitlich nicht länger als 3 Jahre vor Klageerhebung liegt, sofern damals die übrigen Voraussetzungen für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist nach § 852 Abs. 1 BGB gegeben waren. Ob das hier der Fall war, kann der Senat von sich aus nicht entscheiden, da, worauf schon hingewiesen worden ist, das Berufungsgericht weder ein Verschulden der Beklagten, das sich auch auf das pflichtwidrige Unterlassen und die Feststellung des Zeitpunkts seines Vorliegens zu erstrecken hat, noch die Entstehung eines Schadens festgestellt hat. Unter Berücksichtigung dieser Feststellungen wird sich das Berufungsgericht erneut mit der Frage befassen müssen, wann die Klägerin von den Voraussetzungen für die Erhebung der Schadensersatzklage Kenntnis erlangt hat, da auch das Einfluß auf den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist hat.

3. Das Berufungsgericht ist nicht auf die vom Landgericht angesprochene Frage eingegangen, ob die besonderen Gegebenheiten des Sachverhalts es rechtfertigen könnten,

daß die Klägerin der Einrede der Verjährung mit dem Arglistensteinwand (unzulässige Rechtsausübung, § 242 BGB) begegnen kann (vgl. BGHZ 9, 1, 5). Das Landgericht hat die Besonderheiten des Sachverhalts darin gesehen, daß es unökonomisch gewesen wäre, den angekündigten Anspruch auf Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung geltend zu machen, solange nicht im Patentverletzungsstreit darüber entschieden worden war, ob die Klägerin bei dem Vertrieb ihrer Gepäckträger das Patent der Beklagten benutzte. Da von der Beurteilung dieser Frage die Rechtmäßigkeit der Verwarnung abhing, hätte die Klägerin, wie die Revision zutreffend hervorhebt, damit rechnen müssen, daß das Verfahren über eine von ihr vorher erhobene Schadensersatzklage bis zur Entscheidung des Verletzungsstreits ausgesetzt wurde. Im Hinblick auf die dadurch verursachten Kosten und den mit der Klageerhebung verbundenen Aufwand hätte es daher auch im wohlverstandenen Interesse der Beklagten liegen können, zunächst den Ausgang des Verletzungsstreits abzuwarten.

Das Berufungsgericht verkennt offenbar, daß nach der Rechtsprechung der Verjährungseinrede der Arglistensteinwand nicht nur dann entgegengesetzt werden kann, wenn der Schuldner den Gläubiger absichtlich von der Erhebung der Klage abgehalten hat (BGH aaO). Es genügt zwar nicht, daß der Gläubiger aus seiner Sicht des Glaubens war, noch zuwarten zu können (BGH VersR 1969, 451 = LM BGB § 242 [Cb] Nr. 6). Voraussetzung der Arglistreplik ist andererseits aber nur, daß der Schuldner - möglicherweise unbeabsichtigt - dem Gläubiger nach verständigem Ermessen, also nach objektiven Maßstäben, ausreichenden Anlaß gegeben hat, von einer Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung abzusehen, weil dieser entsprechend dem Verhalten des Schuldners darauf vertrauen durfte, seine Ansprüche würden, wenn nicht befriedigt, so doch nur mit sachlichen Einwendungen

bekämpft werden, und der Schuldner sei deswegen mit einem Hinausschieben der Klageerhebung einverstanden (BGH VersR aaO; VersR 1973, 372 = LM BGB § 852 Nr. 45; VersR 1976, 565, 566 und 1977, 617 jeweils m.w.N.).

Ob die gegebenen Umstände den Arglisteinwand rechtfertigen können, insbesondere, ob sie zu der Annahme ausreichen, die Klägerin habe davon ausgehen dürfen, die Beklagte werde diese Sachlage in der Weise berücksichtigen, daß sie davon absehen werde, bis zur Beendigung des Verletzungsstreits die Einrede der Verjährung zu erheben, wird von dem Berufungsgericht zu untersuchen sein.

4. Die unter 2) und 3) dargelegte fehlerhafte Rechtsanwendung und die fehlenden tatsächlichen Feststellungen zwingen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

5. Sollte das Berufungsgericht nach den noch zu treffenden Feststellungen wenigstens einen Teil des Schadensersatzanspruches als verjährt ansehen und den Arglisteinwand verneinen, so wird es den Zahlungsanspruch der Klägerin erneut auch unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 852 Abs. 3 BGB zu prüfen haben, denn auch insoweit beruht das Berufungsurteil auf Rechtsfehlern.

Unschädlich ist es, daß die Revision hierzu keine Gründe geltend macht. Das Revisionsgericht ist im Rahmen des § 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO bei fehlerhafter Rechtsanwendung an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden, soweit nicht Satz 2 dieser Bestimmung eine Einschränkung dieses Grundsatzes vornimmt. Seine Prüfungsbefugnis wird insoweit nur durch die Revisionsanträge begrenzt (§ 559 Abs. 1 ZPO).

a) Indem das Berufungsgericht zunächst bemängelt, daß die Klägerin zum Bereicherungsanspruch nichts vorgebracht habe, verkennt es, daß die klagende Partei nur verpflichtet ist, dem Gericht einen Sachverhalt vorzutragen und Klageanträge zu stellen. Welchem Gesetz dieser Sachverhalt im Hinblick auf die Klageanträge unterzuordnen ist, ist vornehmliche Aufgabe des Gerichts. Zweifel sind durch Ausübung des Fragerechts im Rahmen der Aufklärungspflicht zu beseitigen (§ 139 ZPO, vgl. auch § 278 Abs. 3 n.F. ZPO). Das gilt auch für das Berufungsgericht (§ 528 ZPO). Einer solchen Aufklärung bedurfte es aber im vorliegenden Falle, jedenfalls soweit es sich um die Anspruchsgrundlage nach § 852 Abs. 3 BGB handelt, nicht einmal, denn der die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung begründende Sachverhalt rechtfertigt auch den Bereicherungsanspruch zumindest dem Grunde nach (vgl. BGB-RGRK aaO Anm. 17). Da das Berufungsgericht ausführt, die Beklagte könne durch die Einnahme von Lizenzgebühren für die an die Firma H[REDACTED]-W[REDACTED] (von ihren Lizenznehmern anstelle der Klägerin) gelieferten Gepäckträger bereichert sein, ist nicht erkennbar, welche Tatsachen die Klägerin darüber hinaus noch hätte vortragen müssen, um die Prüfung des Bereicherungsanspruchs zu veranlassen.

b) Eine Bereicherungshaftung nach § 812 Abs. 1 BGB ist neben der Bereicherungshaftung des Deliktsschuldners nach § 852 Abs. 3 BGB grundsätzlich auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Empfänger der Bereicherung schuldlos gehandelt hat (vgl. BGHZ 68, 90 ff - Kunststoffhohlprofil - zur Bereicherungshaftung bei rechtswidriger, aber schuldloser Gebrauchsmusterverletzung). Die Voraussetzungen hierfür liegen aber nicht vor, da die Beklagte weder "durch die Leistung" der Klägerin, noch "in sonstiger Weise ..." etwas erlangt hat. Die Beklagte hat Vermögensvorteile durch

eine Leistung der Klägerin nicht erlangt. Die vermehrte Einnahme von Lizenzgebühren durch die Beklagte infolge Belieferung der Abnehmer der Klägerin durch deren Lizenznehmer läßt allenfalls an eine Vermögensverschiebung durch einen Eingriff denken, der unter Beeinträchtigung einer Rechtsposition erfolgt, der ein Zuweisungsgehalt zukommt. Das war hier nicht der Fall, denn die Beklagte hat nicht in einen der Klägerin zugewiesenen Rechtsbereich eingegriffen. Deren Recht zur gewerblichen Betätigung ist zwar durch Gesetz geschützt. Dem Gewerbetreibenden ist damit aber nicht ein bestimmter Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen wie ein absolutes Recht zugewiesen; vielmehr hat jeder Gewerbetreibende dasselbe Recht der gewinnbringenden Tätigkeit. Deshalb sind das Recht zur gewerblichen Tätigkeit, das Recht am Unternehmen und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht als eine Rechtsposition mit einem Zuweisungsgehalt anzuerkennen (Bruchhausen, Mitt. 1969, 286, 287 m.w.N.). Der Kundenkreis, in den die Beklagte eingegriffen hat, gehört zwar zum ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb der Klägerin, er stand ihr aber im Rechtssinne nicht allein zu. Es fehlt somit an der Beeinträchtigung einer Rechtsposition mit einem Zuweisungsgehalt. Damit scheidet § 812 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage aus.

c) Einen Anspruch aus § 852 Abs. 3 BGB hat das Berufungsgericht unter Verkennung des Rechts- und Sinngehalts dieser Bestimmung abgelehnt, weil die Beklagte nichts "auf Kosten" der Klägerin erlangt habe. Es hat damit offensichtlich eine unmittelbare Vermögensverschiebung vorausgesetzt. Mit dieser Begründung kann der Anspruch aus § 852 Abs. 3 BGB aber nicht abgelehnt werden.

Der Bereicherungsanspruch des § 852 Abs. 3 BGB behält die Rechtsnatur als Schadensersatzanspruch und erfordert

dieselben Voraussetzungen wie der weitergehende verjährte Schadensersatzanspruch (vgl. RG JW 1937, 2917; 1938, 2413; Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 852 Rdn. 125). Er hat den Charakter einer Rechtsverteidigung gegenüber der Einrede der Verjährung. Der verjährte Deliktsanspruch bleibt als solcher bestehen. Er wird nur in seinem Umfang auf das durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Geschädigten Erlangte beschränkt. § 852 Abs. 3 BGB enthält somit eine Regelung des Umfangs der deliktischen Verschuldenshaftung nach Eintritt der Verjährung, wie der Senat bereits in seiner Entscheidung "Kunststoffhohlprofil" (aaO) bemerkt hat. Das ist allerdings streitig, denn die Verwendung des Begriffs "auf Kosten ... erlangt", den man auch in § 812 Abs. 1 BGB findet, soll nach anderer Meinung auf die Voraussetzungen der Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff BGB verweisen (vgl. die Nachweise in BGH NJW 1977, 529, 530; Staudinger aaO m.w.N.). Die anderen Senate des Bundesgerichtshofs haben diese Frage bisher im Gegensatz zum Reichsgericht (vgl. Staudinger aaO) unentschieden gelassen (BGH NJW 1963, 2315; 1965, 1914; 1977, 530).

Von der Beantwortung dieser Frage hängt der Erfolg des Herausgebeanspruchs der Klägerin nach § 852 Abs. 3 BGB ab. An dem in der vorgenannten Entscheidung "Kunststoffhohlprofil" (aaO) eingenommenen Standpunkt wird festgehalten. Aus dem Wesen des Anspruchs nach § 852 Abs. 3 BGB als Schadensersatzanspruch, der über den Zeitpunkt der Verjährung hinaus bestehen bleibt, folgt, daß der Schadensersatzanspruch von da ab in seinem Umfang auf die Bereicherung beschränkt sein soll. Aus der Verwendung der Worte "auf Kosten erlangt" kann nicht hergeleitet werden, daß die Voraussetzungen der Bereicherungshaftung den §§ 812 ff BGB zu entnehmen sind. Nach dem mit § 852 Abs. 3 BGB verfolgten Zweck soll derjenige, der durch eine unerlaubte Handlung einen anderen ge-

schädigt und dadurch sein eigenes Vermögen vermehrt hat, nicht im Genuß dieses unrechtmäßig erlangten Vorteils bleiben (vgl. BGH NJW 1965, 1914, 1915). Eine vergleichbare Lage besteht bei den in den §§ 812 ff BGB geregelten Ansprüchen nicht. Der ungerechtfertigten Bereicherung nach diesen Bestimmungen haftet nicht der Makel des schuldhaft begangenen Unrechts gegenüber einem geschützten Rechtsgut desjenigen an, dessen Vermögen vermindert worden ist. Das soll nicht etwa heißen, daß § 852 Abs. 3 BGB Sanktionscharakter gegenüber dem Schädiger zukommt, sondern, daß die mittels einer unerlaubten Handlung bewirkte Vermögensänderung zugunsten des Schädigers nicht auf die Fälle der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung beschränkt sein soll. Die Vermögensverschiebung muß sich nicht zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten vollziehen. Die Forderung nach ihrer Unmittelbarkeit könnte dazu führen, daß der Geschädigte in vielen Fällen den Vermögensausgleich nicht mehr erlangen könnte. Es entspräche daher nicht dem Wesensgehalt des § 852 Abs. 3 BGB, wenn man forderte, daß sämtliche Merkmale eines Bereicherungsanspruchs nach den §§ 812 ff BGB vorliegen müßten, wie es insbesondere Esser (Schuldrecht II 4. Aufl. S. 455 ff), Larenz (Schuldrecht II 10. Aufl. § 69 IV) und von Caemmerer (in Festschrift für Rabel I S. 333, 395 ff) verlangen. Da die Vertreter dieser Ansicht andererseits aber anerkennen, daß der Empfänger in jedem Falle für die Bereicherung einzustehen hat, wenn er an der unerlaubten Handlung beteiligt war (vgl. BGH NJW 1965, 1914, 1915 m.w.N.), ist kein Grund dafür zu erkennen, daß dennoch die Voraussetzungen der §§ 812 ff BGB vorliegen müßten. Dieses Zugeständnis verträgt sich mit diesen Vorschriften nicht, wonach die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung unabdingbare Anspruchsvoraussetzung ist. Der Begriff "auf Kosten ... erlangt" ist in § 852 Abs. 3 BGB auf die Handlung abgestellt, durch die die Vermögensver-

schiebung bewirkt worden ist. Da es eine unerlaubte war, kommt es nicht darauf an, auf welchem Wege sich die dadurch veranlaßte Vermögensverschiebung vollzogen hat. Daher ist für die Anspruchsvoraussetzung der §§ 812 ff BGB in § 852 Abs. 3 BGB kein Raum. Jene Vorschriften haben inso- weit nur die Bedeutung einer Begrenzung des Haftungsum- fangs.

Nach dieser so gewonnenen Auslegung des § 852 Abs. 3 BGB ist nicht zweifelhaft, daß die Beklagte bereichert ist. Sie hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, die auf dem unstreitigen Sachverhalt beruhen, auf Grund der begangenen unerlaubten Handlung - falls das Berufungsge- richt das Verschulden der Beklagten feststellen sollte - Lizenzgebühren von ihren Lizenznehmern erhalten, die sie sonst nicht erhalten hätte. Die von der Beklagten zu Unrecht verwarnte Abnehmerin der Klägerin, die Firma H [REDACTED]-W [REDACTED], hat auf Grund dieser unberechtigten Verwarnung Gepäckträger nicht mehr bei der Klägerin, sondern von den Lizenznehmern der Beklagten bezogen. Das hätte sie nicht getan, sondern weiter bei der Klägerin gekauft, wenn sie nicht von der Beklagten verwarnt worden wäre. Das zwischen der Beklagten und ihren Lizenznehmern bestehende Rechtsverhältnis, auf Grund dessen diese Lizenzgebühren abzuführen hatten, steht der Vermögensverschiebung nicht entgegen, denn unstreitig ist auf seiten der Klägerin durch die unerlaubte Handlung der Beklagten eine Vermögensminderung eingetreten, die dieser, wenn auch auf dem Umweg über ihre Lizenznehmer, zu Lasten der Klägerin zum Vermögensvorteil gereicht hat. Da es sich bei dem Anspruch aus § 852 Abs. 3 BGB um eine Fortsetzung des Schadensersatzanspruchs in anderem recht- lichen Kleid handelt, ist für die Vermögensverschiebung eine wirtschaftliche Betrachtung maßgebend. Wenn der Ver- mögensverlust beim Geschädigten einen entsprechenden Ver- mögenszuwachs beim Schädiger zur Folge gehabt hat, so ist

er nach § 852 Abs. 3 BGB, soweit auch die übrigen Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen, auch dann herauszugeben, wenn diese Vermögensverschiebung dem Schädiger durch seine Vertragspartner vermittelt worden ist.

Sollte das Berufungsgericht den gesamten Zahlungsanspruch oder einen Teil von ihm über § 852 Abs. 3 BGB abzuwickeln haben, so wird es, falls es das Verschulden der Beklagten feststellt, nach den dargelegten Rechtsgrundsätzen den Bereicherungsanspruch dem Grunde nach als gerechtfertigt anzunehmen und den Umfang der Bereicherung noch festzustellen haben.

Die dargelegten Rechtsfehler zwingen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Dem Revisionsgericht ist es infolge fehlender Tatsachenfeststellungen nicht möglich, von sich aus in der Sache zu entscheiden.

Ballhaus

Ochmann

Windisch

Hesse

Brodeßer