

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 48/72

URTEIL

Verkündet am
14. Oktober 1975
K r i e g l
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ernst L [REDACTED], M [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W. B [REDACTED] & Co, F [REDACTED] b. M [REDACTED],
V [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch die persönlich
haftende Gesellschafterin, die Kommanditgesellschaft
in Firma Wilhelm E.H. B [REDACTED], H [REDACTED], F [REDACTED]-
straße [REDACTED], diese vertreten durch ihren persönlich haf-
tenden Gesellschafter Dirk B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1975 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Ballhaus, Ochmann, Bendler und Dr. Häußer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 7. Juni 1972 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben als es die Berufung des Beklagten wegen der Klage und wegen der Widerklage in einem den Betrag von 111.544,50 DM übersteigenden Umfang zurückweist. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt chemische Erzeugnisse her. Der Beklagte befaßt sich mit dem Bau und dem Vertrieb von Feuerlöschgeräten. Er hatte am 21. Oktober 1954 beim Deutschen Patentamt unter dem Aktenzeichen L 20 193 IV a/61 h ein Verfahren zur Herstellung eines Trockenlöschpulvers zum Patent angemeldet. Mit Vertrag vom 17./18. Mai 1965 erteil-

- 3 -

te der Beklagte der Klägerin eine Lizenz für die Herstellung und den Vertrieb eines Feuerlöschpulvers mit der Bezeichnung L 20 für die Brandklassen A, B, C und E sowie eines weiteren Produkts für die Brandklasse D. Die Rezepturen wurden als Anlage 1 beigelegt.

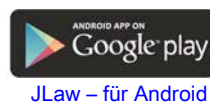
In § 1 dieser Vereinbarung hieß es: "Die beiden genannten Produkte sowie etwaige Weiterentwicklungen hierzu bilden Gegenstand dieser Vereinbarung (Vertragsprodukte); sie fallen in den Schutzbereich des von Loos unter dem 21. Oktober 1954 beim Patentamt in München zum Aktenzeichen L 20 193 IV a/61 h angemeldeten Patents. Loos wird das Patentverfahren bis zur endgültigen Patenterteilung fortsetzen und das erteilte Patent während seiner gesetzlichen Laufzeit aufrechterhalten."

Mit Beschluß des Bundespatentgerichts vom 12. November 1965 (Az: 14 W 262/61) wurde die Patentanmeldung im Einspruchsverfahren mit der Begründung zurückgewiesen, der Anmelder habe den wesentlichen Inhalt seiner Anmeldung einem Trockenlöschpulver eines der Einsprechenden widerrechtlich entnommen.

Am 10. Juni/2. Juli 1966 schlossen die Parteien einen neuen Lizenzvertrag, der an die Stelle des Vertrags vom 17./18. Mai 1965 trat. Die in der Anlage 1 zu diesem Vertrag wiedergegebene Rezeptur ist identisch mit der ersten für das Feuerlöschpulver L 20 im früheren Vertrag angegebenen Mischung. Dieser Vertrag hat auszugsweise folgenden Wortlaut:



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



"§ 1

Loos hat ein Feuerlöschpulver für die Brandklassen A B C und E entwickelt, das vom Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen zugelassen worden ist; die Rezeptur ist in der Anlage beige-fügt,

- im folgenden "Webco 66" genannt -.

Dieses Pulver sowie etwaige Weiterentwicklungen hierzu, insbesondere auch für Brandklasse D bilden Gegenstand dieser Vereinbarung (Vertragsprodukte). Herr L. [REDACTED] hat unter dem 21.10.1954 beim Patentamt in München zum Az.: L 20 193 ein Patent angemeldet, das sich auf die Herstellung eines Pulvers bezog, aus dem das Pulver "Webco 66" entwickelt worden ist. Herr L. [REDACTED] wird dieses noch nicht abgeschlossene Patentverfahren weiter betreiben und für das Pulver "Webco 66" sowie etwaige zukünftige entwickelte weitere Vertragsprodukte Patentschutz im größtmöglichen Umfang herbeiführen.

§ 2

L. [REDACTED] erteilt B. [REDACTED] eine ausschließliche Lizenz für Herstellung und Vertrieb der Vertragsprodukte in der Bundesrepublik (einschließlich West-Berlin), die nur insoweit eingeschränkt ist, als die Firmen T. [REDACTED] (für eigenen Bedarf) und G. [REDACTED] (diese jedoch nur für den Bedarf der Firma M. [REDACTED]) zur Herstellung der Vertragsprodukte berechtigt bleiben. L. [REDACTED] übernimmt die Gewähr dafür, daß weder Rechte Dritter der Herstellung und dem Vertriebe der Vertragsprodukte entgegenstehen noch insoweit Vorbenutzungsrechte Dritter im Sinne von

§ 7 PatentGes gegeben sind; er wird Biesterfeld und dessen Kunden von allen patentrechtlichen Ansprüchen Dritter freihalten, die im Zusammenhang mit Herstellung, Vertrieb oder Einsatz der Vertragsprodukte im Inland geltend gemacht werden sollten.

§ 3

Biesterfeld wird die Vertragsprodukte nur an inländische Hersteller von Feuerlöschgeräten zur Befüllung der von diesen hergestellten Geräte liefern und dabei den Abnehmern in den mit ihnen geschlossenen Kontrakten die Auflage machen, daß die Ware nur für diesen Zweck bestimmt ist und nicht ins Ausland weiterverkauft werden darf, dies gilt nicht für die Firma Ba[REDACTED] (N[REDACTED]). Der Vertrieb erfolgt ausschließlich durch B[REDACTED]; L[REDACTED] wird sich insoweit jeder Tätigkeit (einschließlich Werbung und sonstiger Formen der Verkaufsförderung) enthalten, soweit dies nicht zwischen den Parteien im Einzelfall ausdrücklich vereinbart ist.

.....

§ 5

L[REDACTED] wird seinen eigenen Bedarf an Vertragsprodukten ausschließlich von Biesterfeld beziehen, und zwar zu den in der Anlage 2 genannten Sonderpreisen; die Zahlung einer Lizenzgebühr auf diese Menge entfällt. Diese Lieferungen sind ausschließlich zur Befüllung von L[REDACTED] hergestellter Feuerlöscher bestimmt.

- 6 -

§ 6

L [REDACTED] verpflichtet sich, die Herstellung der Vertragsprodukte bei B [REDACTED] zu überwachen oder von einer entsprechend qualifizierten Person überwachen zu lassen.

.....

§ 11

.... Das Recht zur vorzeitigen fristlosen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grunde bleibt unberührt.

§ 12

Ein wichtiger Grund im Sinne des § 11 liegt insbesondere vor

1) für L [REDACTED],

- a) wenn B [REDACTED] die Vertragsprodukte nicht in marktgängiger Qualität herstellt aus Gründen, die von B [REDACTED] zu vertreten sind.
- b) wenn B [REDACTED] trotz Abmahnung gegen die Vertriebsbindung nach § 3 dieses Vertrages verstößt.

2) für B [REDACTED],

wenn

- a) sich herausstellt, daß im Inland Schutzrechte Dritter bestehen, die mit den von L [REDACTED] in Anspruch genommenen bzw. beantragten Schutzrechten in Widerspruch stehen.
- b) der Absatz B [REDACTED] an Vertragsprodukten (einschließlich der im Einverständnis mit L [REDACTED] durchgeführten Exportlieferungen) in einem Jahr unter 350 t bleibt aus Gründen, die nicht von B [REDACTED] zu vertreten sind; dies gilt nicht für das erste Jahr nach Aufnahme der Produktion."

In der Anlage 1 wurden zur "Rezeptur: "Webco 66"" folgende Angaben gemacht:

- 48 % Ammoniumsulfat
- 10 % Diamonphosphat
- 30 % Natriumbicarbonat
- 2 % Calziumstearat
- 2 % Talkum oder Kieselgur

In der Anlage 2 zum Vertrag wurden der Grundpreis für "Webco 66" bei Lieferungen an Hersteller von Feuerlöschgeräten im Inland pro kg mit DM 0,92 ab Werk und die Lizenzgebühr pro kg Feuerlöschpulver mit DM 0,12 bestimmt (Ziff. 1 u. 2). In Ziffer 3 wurde der Preis für die Lieferungen von "Webco 66" an den Beklagten auf DM 0,73 pro kg festgesetzt.

Unter dem Datum vom 14. Oktober 1966 wurde die "Anlage 1" zum Vertrag durch eine neue Rezeptur für "Webco 66" ersetzt, die folgende Zusammensetzung des Löschpulvers aufweist:

- 45 % Ammoniumsulfat
- 30 % Diamonphosphat
- 20 % Calziumcarbonat
- 2 % Calziumstearat
- 3 % Talkum oder Kieselgur.

Der Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen hatte mit Zulassungsschein vom 2. Mai 1966 die für die Herstellung und den Vertrieb des Löschpulvers "Webco 66" erforderliche Zulassung erteilt. Die Zulassung bezog sich auf die Rezeptur des Löschpulvers, die der Anlage 1

vom 14. Oktober 1966 entsprach. Auf Grund von Beanstandungen war eine vorzeitige amtliche Prüfung des Pulvers durchgeführt worden; diese hatte ein negatives Ergebnis gezeitigt. Durch Erlaß vom 8. Dezember 1967 widerrief der Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen die erteilte Zulassung.

Mit Schreiben vom 4. Juni 1968 kündigte die Klägerin den Vertrag vom 10. Juni/2. Juli 1966 fristlos mit der Behauptung, die in § 12 Ziff. 2 b des Vertrages vorausgesetzte Absatzmenge sei nicht zu erreichen gewesen. Zugleich lehnte die Klägerin eine weitere Belieferung des Beklagten ab. Der Beklagte hat der Kündigung widersprochen.

In der Zeit vom 26. April 1966 bis 29. Dezember 1967 hatte der Beklagte von der Klägerin insgesamt 143 470 kg Feuerlöschpulver zu einem Preis von DM 0,73 je kg bezogen. Er füllte es in Feuerlöschgeräte, die er vertrieb. Einen Teil des gelieferten Pulvers bezahlte er nicht. Die der Höhe nach unstreitige Kaufpreissumme von 11.839,50 DM macht die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend.

Der Beklagte berührt sich einer Reihe von Schadensersatzansprüchen gegen die Klägerin in Höhe von insgesamt 635.224,-- DM. Wegen eines Teilbetrags von 175.224,-- DM hat er Widerklage erhoben. Er hat hierzu vorgetragen, Verklumpungen des von der Klägerin gelieferten Löschpulvers in einem Teil der Feuerlöschgeräte hätten zur Unbrauchbarkeit dieser Geräte geführt. Er müsse die mit dem Pulver "Webco 66" gefüllten etwa 11.000 Feuerlöschgeräte umfüllen und zu diesem Zweck Ersatzpulver zum Preis von ins-

gesamt 123.384,-- DM einkaufen. Die Klägerin habe ihn, den Beklagten, vertragswidrig nicht weiterbeliefert und seinen Auftrag vom 24. August 1968 über 10 to Löschpulver abgelehnt; er sei deshalb gezwungen gewesen, seinen Bedarf bei einer dritten Firma zu einem höheren Preis zu decken (Schaden 12.000,-- DM); die Kündigung des Vertrags sei grundlos erfolgt. Die Firma Ba[REDACTED]-Feuerlöschbau, Albert L[REDACTED], N[REDACTED], habe sich bereiterklärt gehabt, 200 to Löschpulver jährlich ausschließlich von der Klägerin zu beziehen; sie habe davon Abstand genommen, weil das Pulver unbrauchbar gewesen sei. Hierdurch seien ihm für die Zeit von Mai 1966 bis 31. Dezember 1967 Lizenzgebühren in Höhe von 39.840,-- DM entgangen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage in vollem Umfange stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte mit einem Teilbetrag des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Lieferungen gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin aufgerechnet und im übrigen den Widerklageantrag in Höhe von 163,384,50 DM weiterverfolgt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Berufungsanträge weiter. Die Klägerin erstrebt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht davon ausgegangen, daß die mit der Klage geltend gemachte Restkaufpreisforderung dem Grunde und der Höhe nach besteht. Die von dem Beklagten im Wege der Aufrechnung und der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzansprüche hat es nicht für begründet erklärt. Es hat hierzu ausgeführt, der Klägerin könne es nicht angelastet werden, daß der Absatz an Löschpulver 350 to im Jahr nicht erreicht habe; sie sei deshalb gemäß § 12 Ziff. 2 b des Vertrags vom 10. Juni/2. Juli 1966 zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen.

Hiergegen richten sich die Angriffe der Revision.

II.

Als Rechtsgrundlage kommt für den vom Beklagten in den Prozeß eingeführten Schadensersatzanspruch, der mit der Lieferung mangelhaften Löschpulvers und den dadurch bedingten Ersatzaufwendungen in Höhe von insgesamt 123.384,-- DM begründet wird, die Verletzung kaufvertraglicher Pflichten in Betracht. Soweit der Beklagte wegen der Lieferungsverweigerung der Klägerin Ersatzansprüche für höhere Aufwendungen zur Deckung des Eigenbedarfs in Höhe von 12.000,-- DM und wegen entgangenen Lizenzgewinns in Höhe von 39.840,-- DM geltend macht, behauptet er die Verletzung der Verpflichtungen der Klägerin aus dem Lizenzvertrag.

III.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden, soweit der teilweise zur Aufrechnung gestellte (11.839,50 DM) und teilweise im Wege der Widerklage geltend gemachte (111.544,50 DM) auf die Lieferung mangelhaften Löschpulvers gestützte Schadensersatzanspruch in Höhe von insgesamt 123.384,-- DM für unbegründet erachtet wurde.

Die Rieselfähigkeit des zum Füllen von Feuerlöschgeräten bestimmten Pulvers ist eine vertragsgemäß vorausgesetzte Eigenschaft i.S. des § 459 BGB. Feststellungen dazu, daß dieses Beschaffenheitsmerkmal darüberhinaus von der Klägerin zugesichert war, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Dagegen erhebt die Revision keine Rügen. Ein Rechtsfehler ist auch nicht erkennbar. Ein Schadensersatzanspruch nach § 463 BGB oder nach § 480 Abs. 2 BGB, wie ihn der Beklagte geltend macht, kommt deshalb nicht in Betracht.

Die vom Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit des Löschpulvers vermag aber Rechte aus §§ 377 HGB, 459, 480 Abs. 1 BGB zu begründen. Danach steht dem mit fehlerhafter Ware belieferten Käufer statt des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung der Anspruch auf Nachlieferung mangelfreier Ware zu, wenn es sich wie hier um eine der Gattung nach bestimmte Sache handelt. Der Anspruch auf Ersatz des vom Beklagten mit der Behauptung geltend gemachten Schadens, er müsse zum Umfüllen der Feuerlöschgeräte bei Drittfirmen Ersatzpulver erwerben, würde voraussetzen, daß der Beklagte seinen Nachlieferungsanspruch im Wege des § 326 BGB verfolgt hat. Der Nachlieferungs-

anspruch nach § 480 Abs. 1 BGB ist Erfüllungsanspruch (BGH NJW 58, 418); er unterliegt den Regeln des Leistungsverzugs (RGZ 123, 212, 215; Staudinger, Kommentar zum BGB 11. Aufl. § 480 Rdn. 23). Die Feststellungen des Berufungsgerichts bieten keinen Anhalt dafür, daß der Beklagte zur Wahrung seines behaupteten Rechts die Klägerin bezüglich der Nachlieferungsverpflichtung in Verzug und ihr unter Ablehnungsandrohung eine Frist gesetzt hat. Es fehlt damit an einem schlüssigen, das Schadensersatzbegehren über einen Betrag von 123.384,-- DM rechtfertigenden Sachvortrag. Nach dieser Rechtslage kann es dahingestellt bleiben, ob der Beklagte seiner Rügepflicht gemäß § 377 Abs. 1, 3 HGB nachgekommen ist. Die Revision ist insoweit zurückzuweisen.

IV.

Unabhängig von der Berechtigung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche eröffnet das Gesetz dem mit mangelhafter Ware belieferten Käufer die Möglichkeit, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als er auf Grund der Wandlung oder Minderung hierzu berechtigt sein würde, §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 478 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auf dieses Zahlungsverweigerungsrecht will sich der Beklagte mit dem Antrag auf Abweisung der in der Höhe unbestrittenen Klageforderung ersichtlich auch berufen. Im Berufungsurteil fehlen Feststellungen dazu, ob dem Beklagten ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung zugestanden hat. Soweit das Berufungsgericht zur Mangelhaftigkeit des Löschpulvers erhebliche Tatsachen feststellt, greifen im Ergebnis die Rügen der Revision durch.

1. Bei der Beurteilung des auf die Mängelinde rede gestützten Leistungsverweigerungsrechts ist wegen fehlender

Feststellungen des Berufungsgerichts zu Gunsten des Revisionsklägers davon auszugehen, daß er entsprechend seiner Behauptung, der nach § 377 Abs. 1, 3 HGB gebotenen Rügepflicht nachgekommen ist.

2. Zur Verursachung der bei dem Löschpulver aufgetretenen Mängel hat der Beklagte einmal vorgetragen, die Klägerin sei von seiner Rezeptur abgewichen, das andere Mal, der Herstellungsprozeß sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden.

a) Dem Berufungsgericht ist entgegen der Ansicht der Revision darin zuzustimmen, daß für eine Rezepturänderung und eine dadurch verursachte schlechte Qualität des Pulvers nicht die Klägerin einzustehen hat, wenn diese Änderung mit Zustimmung des Beklagten erfolgt ist. Die Ansicht der Revision, auf die Zustimmung des Beklagten zur Rezepturänderung komme es nicht an, da die Klägerin auf jeden Fall zur Lieferung eines fehlerfreien Löschpulvers verpflichtet gewesen sei, kann nicht geteilt werden. Unter dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium ist das Verhalten des Beklagten eine unzulässige Rechtsausübung, wenn er als Käufer des Löschpulvers sich auf die Mangelhaftigkeit der Zusammensetzung des Löschpulvers beruft, für die er als Lizenzgeber die Verantwortung trägt. Die vom Berufungsgericht auf Grund der erstinstanzlichen Beweisaufnahme und nach Würdigung der zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz getroffene Feststellung, die Rezepturänderungen seien mit Einverständnis des Beklagten vorgenommen worden, wird von der Revision nicht angegriffen. Sie läßt auch einen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten nicht erkennen.

b) Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist jedoch rechtsfehlerhaft, soweit es den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten zur mangelhaften Herstellung und Aufbereitung des Pulvers im Betrieb der Klägerin für nicht erheblich erachtet hat. Der Beklagte hatte hierzu substantiiert vorgetragen, die Klägerin habe wegen der Honorarforderung des Zeugen Kleebauer dessen Herbeiholung abgelehnt und das Pulver durch einen einzigen Arbeiter herstellen lassen, der keine Kenntnisse von der Aufbereitung eines Löschpulvers gehabt habe. In einem weiteren Beweisantrag hatte der Beklagte behauptet, der Klägerin erklärt zu haben, für die Herstellung des Löschpulvers würden mindestens drei Mann benötigt; die Klägerin habe dies aber aus Sparsamkeitsgründen abgelehnt und nur einen Mann eingestellt, dessen Kenntnisse unzureichend gewesen seien. Der Beklagte hatte weiter durch Zuziehung eines Sachverständigen Beweis dafür angeboten, daß zur Aufbereitung des Pulvers an der Anlage der Klägerin drei angelernte Kräfte notwendig gewesen wären, und daß bei der Beschäftigung nur eines ungelernten Arbeiters notwendigerweise die Qualität des zu produzierenden Pulvers leide. Dieser Beweisvortrag kann nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts zurückgewiesen werden, es sei nicht entscheidungserheblich, wieviele Personen an der Anlage beschäftigt gewesen seien. Das Berufungsgericht erschöpft damit nicht den vollen Inhalt der Beweisbehauptungen, zumal da der Vortrag des Beklagten wesentlich auch auf die mangelnde Qualifikation des mit der Aufbereitung des Löschpulvers befaßten Personals abstellt. Darin ist im vorliegenden Fall ein hinreichend schlüssiger, zum Nachweis von Fehlerquellen im Produktionsprozeß der Klägerin geeigneter Beweisvortrag zu sehen. Gemäß § 6 des Lizenzvertrags vom 10. Juni/2. Juli

1966 war der Beklagte als Lizenzgeber verpflichtet, die Herstellung des Vertragsprodukts bei der Herstellerin zu überwachen oder diese von einer entsprechend qualifizierten Person überwachen zu lassen. Damit war klargestellt, daß den Parteien für die ordnungsgemäße Herstellung des Pulvers zumindest die Überwachung des Produktionsablaufs durch eine qualifizierte Kraft notwendig erschien. Auch das im Beweissicherungsverfahren vor dem Amtsgericht München (Az. 1 H 6/68) erstattete Gutachten des Brandsachverständigen Dr.-Ing. Magnus schließt eine mögliche Fehlerquelle im Produktionsprozeß nicht aus, wenn davon gesprochen wird, daß die Art der Zumischung des Calzium-Stearats im wesentlichen die Eigenschaften des Löschpulvers bezüglich der für die Verklumpung maßgeblichen Feuchtigkeitsaufnahme bestimme. Da das Berufungsgericht in diesem Punkt seiner Verpflichtung zur Erhebung schlüssiger Beweisangebote nicht nachgekommen ist, ist das Urteil aufzuheben.

V.

Die vom Berufungsgericht nach Durchführung der gebotenen Beweisaufnahme erneut zu treffende Feststellung, ob die Verklumpung des Löschpulvers in den Verantwortungsbereich der Klägerin fällt, hat Bedeutung auch für die weiteren von dem Beklagten im Wege der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzansprüche.

1. a) Der Beklagte verfolgt einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 12.000,-- DM wegen Verzugs der Lieferverpflichtung der Klägerin aus dem Lizenzvertrag mit der Behauptung, die Klägerin habe seinen Auftrag vom 24. August 1968 vertragswidrig abgelehnt, er sei dadurch ge-

zwungen gewesen, seinen Eigenbedarf bei einer Drittfirma zu einem höheren Preis zu decken. Die Klägerin kann einem solchen auf einen Zeitraum nach der Kündigung des Vertrags bezogenen Ersatzanspruch nur ausgesetzt sein, wenn ihr ein Kündigungsgrund gemäß § 12 Ziff. 2 b des Vertrags vom 10. Juni/2. Juli 1966 nicht zur Seite stand. Auch hier hat entgegen der Ansicht der Revision der Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für einen objektiven Pflichtverstoß der Klägerin, der zu einem geringeren als dem vertragsgemäß vorausgesetzten Jahresumsatz von 350 to pro Jahr geführt hat, während die Klägerin den Nachweis subjektiv entlastender Umstände zu erbringen hat.

b) Der Beklagte macht weiterhin einen Schadensersatzanspruch wegen entgangener Lizenzen in Höhe von 39.840,-- DM geltend, weil die Firma Ba[REDACTED] in der Zeit vom Mai 1966 bis 31. Dezember 1967 wegen der Mangelhaftigkeit des Löschpulvers den Bezug bei der Klägerin eingestellt habe. Auch dieser nach den Rechtsgrundsätzen der positiven Forderungsverletzung zu beurteilende Ersatzanspruch ist nur dann begründet, wenn der Beklagte den Nachweis erbringt, daß die Mangelhaftigkeit des Löschpulvers der Klägerin anzulasten sei.

2. Die oben zu IV 2 erörterten Beweisbehauptungen des Beklagten hinsichtlich der mangelhaften Herstellung und Aufbereitung des Pulvers im Betrieb der Klägerin ist demnach auch für die wegen Verletzung des Lizenzvertrags geltend gemachten Ersatzansprüche entscheidungserheblich, soweit dabei zu befinden ist, ob die Mangelhaftigkeit dafür ursächlich war, daß der Jahresumsatz von 350 to nicht erreicht wurde und daß die Firma

Ba[REDACTED] in der Zeit vom Mai 1966 bis 31. Dezember 1967 von der Klägerin kein Löschpulver mehr bezogen hat.

VI.

Das Berufungsgericht wird bei der Beurteilung dieser lizenzvertraglichen Ansprüche vorab zu erwägen haben, ob gegen die Rechtswirksamkeit des Lizenzvertrages vom 10. Juni/2. Juli 1966 kartellrechtliche Bedenken gemäß § 1 i.V.m. § 20 Abs. 4, § 21 GWB bestehen. Gegenstand eines Lizenzvertrages können nichtgeschützte Erfindungsleistungen - nach Versagung des nachgesuchten Patents handelt es sich beim Löschpulver "Webco 66" ersichtlich um eine solche - grundsätzlich nur dann sein, wenn sie ein Betriebsgeheimnis darstellen (vgl. dazu Benkard, Patent- und Gebrauchsmustergesetz, 6. Aufl. Rdn. 40 zu § 9 PatG; BGH BB 74, 1550 - Textilveredlung). Hierbei wird zu prüfen sein, ob die Rezeptur bzw. die (weiterentwickelten) Rezepturen zur Herstellung des Löschpulvers Gegenstand der spätestens mit der Bekanntmachung (§ 30 PatG) nicht mehr geheimen Patentanmeldung waren.

VII.

Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung über das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten gegenüber der Klageforderung und über die Widerklageforderung in Höhe von insgesamt 51.840,-- DM an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens obliegt.

Trüstedt

Ballhaus

Ochmann

Bendler

Häuser