

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 75/72

URTEIL

Verkündet am

3. Dezember 1974

Oechsler,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

C- K für Bürobedarfsvertretungen GmbH, L,
Ka-straße, vertreten durch den Geschäftsführer
Hans Martin F, Kaufmann,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt . . . -

gegen

Firma A Füllhalterfabrik, Inhaber Wilhelm Sch,
V/W, M-Gr-straße,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. November 1974 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Bendler und Dr. Häußer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
Oberlandesgerichts Karlsruhe
- 5. Zivilsenat in Freiburg - vom
26. Januar 1972 wird auf Kosten
der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Schreibgeräte her. Die Beklagte betreibt einen Großhandel für Bürobedarf. Die Beklagte bezog von der Klägerin Kugelschreiber. Sie hat Lieferungen der Klägerin in der Zeit vom 18. März bis zum 13. Mai 1970 zum Preise von insgesamt 39.251,14 DM nicht mehr bezahlt. Diesen Betrag nebst 11 % Zinsen seit dem 29. Juni 1970 verlangt die Klägerin mit der Klage von der Beklagten.

Die Beklagte hat die Aufrechnung mit einer Gegenforderung erklärt und hilfsweise wegen dieser Gegenforderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Damit hat es folgende Bewandtnis:

- 3 -

Die Firma Hch. und E. B. oHG, Vi., ist ausschließliche Lizenznehmerin an dem am 7. Februar 1965 erteilten Patent, das eine Mechanik für Kugelschreiber betrifft. Die Patentansprüche 1 und 2 lauten:

- "1. Mechanik für Kugelschreiber mit einem gegenüber dem Schaft undrehbar gelagerten, längsverschiebbaren und mit Schaltelementen versehenen Druckknopf sowie einem die Mine bewegenden, längsverschiebbar und drehbar im Schaft gelagerten, anschaftfeste, vorn abgeschrägte Mechanik-elemente unter Federwirkung angedrückten, durch die Schaltelemente des Druckknopfes bewegbaren Abtriebsglied, dadurch gekennzeichnet, daß die unmittelbar aus der Schaftinnenfläche radial nach innen vorstehenden Mechanik-elemente (20' und 20''), vorzugsweise leistenförmiger Gestalt, paarweise vorhanden sind und zwischen sich abwechselnd längsverlaufende Nuten zweier verschieden großer Querschnitte frei lassen, wobei in jeder Nut ein Schaltelement (15, 18) des Druckknopfes (17) gleitbar ist, und daß das Arbeitsglied (9) Schaltelemente (12) in der halben Anzahl der Schaltelemente (15, 18) des Druckknopfes (17) solcher Querschnitts-abmessung und Anordnung aufweist, daß diese nur in die Nut mit dem größeren Querschnitt zwecks Rückführung des Abtriebsgliedes (9) und der Schreibmine einführbar sind.
2. Mechanik für Kugelschreiber nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß das eine der beiden leistenförmigen, schaftfesten Mechanik-elemente (20' und 20'') einen Drehschlag für die der Schreibstellung entsprechende Stellung (23) des Abtriebsgliedes (9) bildet.

Die Firma B. verwarnte die Beklagte mit Schreiben ihres Patentanwalts vom 20. März 1970, das am 23. März 1970 bei der Beklagten einging, wegen Verletzung ihres

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Patents durch die von der Klägerin bezogenen Kugelschreiber. Am 21. April 1970, der Beklagten zugestellt am 30. April 1970, erhob die Firma B[REDACTED] gegen die Beklagte vor dem Landgericht Düsseldorf Klage auf Unterlassung und Rechnungslegung sowie Feststellung der Schadenersatzpflicht wegen Kugelschreibern mit einer näher umschriebenen Mechanik. Die Beklagte beantragte im Düsseldorfer Rechtsstreit Klageabweisung und verkündete dort der Klägerin am 4. September 1970 den Streit. Die Klägerin ist dem dortigen Rechtsstreit nicht beigetreten. Die Beklagte berief sich in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf darauf, die mit der dortigen Klage angegriffenen Kugelschreiber verletzten das Patent der Firma B[REDACTED] nicht. Außerdem sei der weit überwiegende Teil der von der Beklagten vertriebenen Kugelschreiber von der Firma Kl[REDACTED] E[REDACTED] GmbH, Wo[REDACTED], bezogen worden. Die Firma B[REDACTED] habe aber der Firma Kl[REDACTED] gestattet, die streitigen Kugelschreiber zu vertreiben. Außerdem habe die Beklagte von einer Firma G[REDACTED]-Pl[REDACTED], Al[REDACTED], Kugelschreiber bezogen, deren Einzelteile von der Firma B[REDACTED] stammten oder von Lizenznehmern an dem Patent [REDACTED] hergestellt worden seien. In kleinerem Umfange habe die Beklagte Kugelschreiber von der hiesigen Klägerin bezogen. Der hiesigen Klägerin gegenüber könne die Firma B[REDACTED] wegen Verwirkung keine Rechte mehr erheben, weil die Firma B[REDACTED] nach einem sich von 1963 bis 1965 hinziehenden Schriftwechsel bis zum Jahre 1970 auf Ansprüche wegen Verletzung des Patents [REDACTED] nicht mehr zurückgekommen sei. Soweit die Beklagte von der hiesigen Klägerin Kugelschreiber bezogen habe, könne die Firma B[REDACTED] deshalb keine Rechte gegen die Beklagte geltend machen.

Am 7./12. Oktober 1970 schloß die Klägerin mit der Firma B■■■■ einen Vertrag. Darin erteilte die Firma B■■■■ der Klägerin mit Rückwirkung seit dem 1. Januar 1968 eine einfache Lizenz an dem Patent ■■■■ ■■■■. Daraufhin hat die Firma B■■■■ am 27. Oktober 1970 den Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt, wie die Beklagte die mit der dortigen Klage angegriffenen Kugelschreiber von der hiesigen Klägerin bezogen habe. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung "hilfsweise" angeschlossen.

Die Beklagte macht im vorliegenden Rechtsstreit geltend, die Klägerin habe ihr bei Aufnahme der Geschäftsbeziehungen die Auskunft gegeben, an den Kugelschreibern bestünden keine Patentrechte Dritter. Auf die Richtigkeit dieser Auskunft habe sich die Beklagte verlassen. Das sei die Ursache für den Prozeß, den die Firma B■■■■ gegen die Beklagte angestrengt habe. Die Auskunft der Klägerin sei unzutreffend gewesen. Das Landgericht Düsseldorf habe im Teilurteil vom 5. Januar 1971 festgestellt, daß die von der Klägerin gelieferten Kugelschreiber die Rechte der Firma B■■■■ verletzt hätten. Die Klägerin habe es außerdem unterlassen, der Beklagten ihren Schriftwechsel mit der Firma B■■■■ zur Verfügung zu stellen, um damit erfolgreich die Verwirkung der Ansprüche der Firma B■■■■ nachweisen und die Abweisung der Klage der Firma B■■■■ erreichen zu können. In dem Prozeß mit der Firma B■■■■ seien ihr bereits 15.800 DM außergerichtlicher Kosten entstanden; wozu noch etwa 2.500 DM Gerichtskosten kämen. Diesen Schaden müsse ihr die Klägerin ersetzen. Da die endgültige Höhe des Schadens noch nicht feststehe, mache sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Die Klägerin bestreitet, daß ihre Kugelschreiber das Patent der Firma B. verletzten. Sie habe der Beklagten Anfang März 1970 wegen der Patentberührung der Firma B. vom Weiterbezug ihrer Kugelschreiber abgeraten. Der Geschäftsführer der Beklagten habe auf Fortsetzung der Lieferung bestanden. Die Beklagte habe auch von der Firma Ke. & Co, Br., in Holland hergestellte Kugelschreiber bezogen. Die Klage der Firma B. vor dem Landgericht Düsseldorf betreffe nicht ihre (der Klägerin) Lieferungen an die Beklagte, sondern nur deren Importe aus Holland. Keinesfalls seien ihre Lieferungen aus der Zeit zwischen dem 18. März 1970 und dem 13. Mai 1970, für die sie (die Klägerin) den Kaufpreis verlangt, Gegenstand des Rechtsstreits zwischen der Firma B. und der Beklagten. Die Beklagte habe den Prozeß gegen die Firma B. nachlässig geführt; zum Nachweis der Verwirkung der Ansprüche der Firma B. gegen sie (die Klägerin) habe sie ihren Geschäftsführer als Zeugen benennen können. Der Beklagten sei noch kein Schaden entstanden, denn in dem Rechtsstreit der Firma B. gegen die Beklagte sei noch nicht endgültig über die Kosten entschieden. Ihre Lieferungen an die Beklagte machten nur einen Teil der Kugelschreiber aus, um die in dem Prozeß der Firma B. gegen die Beklagte vor dem Landgericht Düsseldorf gestritten werde. Es stehe nicht fest, welcher Anteil der Kosten auf die von ihr (der Klägerin) stammenden Kugelschreiber entfallen werde.

Nach einer Beweisaufnahme hat das Landgericht die Beklagte am 15. Juni 1971 verurteilt, an die Klägerin 39.251,14 DM nebst 11 % Zinsen seit dem 29. Juni 1970 zu zahlen. Es hat der Beklagten die Kosten des Rechts-

streits auferlegt, der Klägerin jedoch die durch die Anrufung des Amtsgerichts V[REDACTED] und des Landgerichts Bi[REDACTED] entstandenen Mehrkosten.

Die Beklagte hat im zweiten Rechtszuge beantragt, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß die Bezahlung der Klagforderung lediglich Zug um Zug gegen die Ersetzung des Schadens zu erfolgen hat, der der Beklagten daraus entstanden ist und noch entsteht, daß sie von der Fa. Hch. und E. B[REDACTED] OHG, Kunststoff-Spritzgußwerk, [REDACTED] Vi[REDACTED], auf Grund des Vertriebs der von der Klägerin bezogenen Kugelschreiber vor der Patentkammer des LG Düsseldorf - 4 0 85/70 - wegen Verletzung der der Firma Hch. und E. B[REDACTED] an dem DBP [REDACTED] [REDACTED] zustehenden Schutzrechte verklagt worden ist.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten durch Urteil vom 26. Januar 1972 zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren im zweiten Rechtszuge gestellten Antrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis der Nachprüfung stand.

I.

1. Das Berufungsgericht spricht der Klägerin die nach § 433 Abs. 2 BGB begründete unstreitige Klageforderung nebst unstreitigen Bankzinsen von 11 % zu, verneint aber die Gegenrechte der Beklagten. Die Beklagte habe den Beweis dafür, daß die von der Klägerin der Beklagten verkauften und gelieferten Kugelschreiber die Rechte der Firma B[REDACTED] aus dem Patent [REDACTED] verletzen, nicht geführt. Eine derartige Feststellung habe das Landgericht Düsseldorf im Teilurteil vom 5. Januar 1971 nicht getroffen. Dieses habe nur eine Teilerledigung festgestellt. Im übrigen ergebe das genannte Teilurteil allenfalls, daß die Beklagte in dem Rechtsstreit vor dem Landgericht Düsseldorf einen Verstoß gegen das Patent nicht bestritten habe. Der Abschluß des Lizenzvertrages der Klägerin mit der Firma B[REDACTED] bewaise nicht, daß die Kugelschreiber der Klägerin das Patent [REDACTED] verletzen. Der Klägerin sei nicht zu widerlegen, daß sie den Lizenzvertrag nur geschlossen habe, um Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen.

2. Die Revision rügt demgegenüber zu Recht, daß das Berufungsgericht die Darlegungslast verkannt hat.

a) Die Beklagte hat sich in der Berufungsbegründung zur Darlegung, daß die Klägerin ihrer Rechtsverschaffungspflicht nicht genügt habe und daß die von dieser gelieferten Kugelschreiber mit einem Mangel im Recht behaftet gewesen seien, weil sie die Rechte der Firma B[REDACTED] aus dem Patent [REDACTED] verletzen, auf die Ausführungen im Teilurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 5. Januar 1971

bezogen, von dem sie schon im ersten Rechtszuge eine Kopie überreicht hatte. In diesem Teilurteil hat das Landgericht Düsseldorf ausführlich den Gegenstand des Patents ■■■■ nach Aufgabe und Lösung dargestellt. Es hat ferner die Beschaffenheit der von der Beklagten vertriebenen Kugelschreiber festgestellt. Es hat diese Kugelschreiber anhand ihrer baulichen Merkmale als patentverletzend gewertet. Im Anschluß daran hat es ausgeführt, daß die Klage ursprünglich auch insoweit begründet war, als die Beklagte Mechaniken oder Mechanikteile von der Klägerin bezogen habe (S. 23 Urt. LG Düsseldorf). Damit hatte die Beklagte ihr Prozeßvorbringen zum Rechtsmangel der ihr von der Klägerin gelieferten Kugelschreiber hinreichend substantiiert.

b) Die Klägerin hat sich demgegenüber darauf beschränkt, zu bestreiten, daß die der Beklagten gelieferten Kugelschreiber Schutzrechte der Firma B■■■ verletzten. Sie hat ferner bestritten, daß die von ihr gelieferten Kugelschreiber Anlaß zu dem Prozeß vor dem Landgericht Düsseldorf gewesen seien. Die dort beanstandeten Kugelschreiber stammten überhaupt nicht von der Klägerin, sondern seien ähnliche, in Holland hergestellte und der Beklagten von der Firma Ke■■■ & Co, Br■■■, gelieferte Kugelschreiber. Zwar habe die Firma B■■■ im Düsseldorfer Prozeß vorgebracht, die Beklagte habe patentrechtlich zu beanstandende Kugelschreiber auch von der Klägerin bezogen. Dies beruhe jedoch auf einem Irrtum der Firma B■■■.

c) Mit dieser Verteidigung hat die Klägerin ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht (§ 138 Abs. 2 ZPO) nicht genügt. Die Klägerin hat mit diesem Vorbringen zunächst nicht im einzelnen in Abrede gestellt, daß die von ihr

an die Beklagte gelieferten Kugelschreiber diejenigen Merkmale aufgewiesen haben, mit denen die Firma B. im Prozeß vor dem Landgericht Düsseldorf ihr Unterlassungsbegehren (desgleichen ihren Antrag auf Rechnungslegung und Feststellung der Schadenersatzpflicht) umschrieb. Sie hat sich ferner weder gegen die Ausführungen des Landgerichts Düsseldorf zum Gegenstand des Patents ■ ■ ■ noch gegen dessen Beurteilung der Verletzungsfrage gewandt. Es ist unerheblich, ob die von der Klägerin an die Beklagte gelieferten Kugelschreiber für die Firma B. Anlaß zur Klageerhebung vor dem Landgericht Düsseldorf waren. Entscheidend ist allein, ob sie Gegenstand des dortigen Prozesses waren. Das hat die Klägerin, wie die oben wiedergegebene Stelle aus der Berufungsbeantwortung (siehe dort S. 5) zeigt, in der Vorinstanz eingeräumt. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht davon ausgehen müssen, daß die von der Klägerin an die Beklagte gelieferten Kugelschreiber das Patent verletzten, an dem die Firma B. die ausschließliche Lizenz besaß. Eines "Beweises der Patentverletzung" bedurfte es angesichts des Verhaltens der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit nicht.

3. Demnach durfte die Beklagte die ihr von der Klägerin gelieferten Kugelschreiber nach § 6 PatG zunächst weder feilhalten noch in den Verkehr bringen. Die Klägerin hat somit ihre Verpflichtung, der Beklagten den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, zunächst nicht erfüllt. Zu den Rechten, die von einem Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können, zählt auch das Verbotungsrecht aus einem Patent (RG GRUR 1940, 265, 267 m. w. Nachw.), wie es im vorliegenden Falle von der Firma B. geltend gemacht worden ist. Die Klä-

gerin war verpflichtet, der Beklagten die verkauften Kugelschreiber frei von den Rechten der Firma B [REDACTED] zu liefern (§ 434 BGB). Als die Firma Burger gegen die Beklagte vor dem Landgericht Düsseldorf die Klage wegen Patentverletzung erhob, konkretisierte sich diese Verpflichtung dahin, die Beklagte von den wegen ihrer Lieferung erhobenen Ansprüchen der Firma B [REDACTED] und den damit verbundenen Kosten freizustellen. Durch den Vertrag mit der Firma B [REDACTED] vom 7./12. Oktober 1970, in dem der Klägerin rückwirkend die Benutzung des Patents [REDACTED] gestattet wurde, hat die Klägerin diese ihr gegenüber der Beklagten obliegende Verpflichtung nur zum Teil erfüllt. Die Beklagte erhielt zwar mit rückwirkender Kraft das Recht, die ihr von der Klägerin gelieferten Kugelschreiber feilzuhalten und zu vertreiben; eine Freistellung von dem Teil der Prozeßkosten, der durch die Lieferung der patentverletzenden Kugelschreiber der Klägerin verursacht worden ist, hat die Klägerin nicht erwirkt. Die Firma B [REDACTED] hat zwar im Einverständnis mit der Beklagten den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit der Rechtsstreit die Lieferungen der Klägerin betraf. Bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht konnte jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß der Beklagten ein auf die Lieferungen der Klägerin entfallender Teil der Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden würde. Nachdem das Landgericht Düsseldorf mit Beschluß vom 2. Dezember 1971 den Streitwert für den auf die Lieferungen der Klägerin entfallenden Teil des Rechtsstreits auf 5.000 DM von insgesamt zunächst 100.000 DM festgesetzt hatte, konnte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht mehr mit einiger Sicherheit angenommen werden, daß der Streitwert

für diesen Teil des Rechtsstreits nur so gering bemessen werden würde, daß er gegenüber dem anderen Gegenstand des Rechtsstreits kostenmäßig nicht ins Gewicht fiel (§ 92 Abs. 2 ZPO), so daß der Firma B. insoweit die Kosten auferlegt werden würden. Nachdem das Landgericht Düsseldorf schon im Teilurteil vom 5. Januar 1971 wegen der fehlenden Darlegung eines schutzwürdigen Besitzstandes der Klägerin eine Verwirkung der Ansprüche der Firma B. gegen die Klägerin verneint hatte (S. 22/23 der Urteilkopie), konnte auch nicht mit Sicherheit angenommen werden, daß der auf den in Rede stehende Teil des Rechtsstreits entfallende Kostenanteil nach § 91 a ZPO allein der Firma B. auferlegt werden würde. Es war entgegen der nicht näher begründeten Annahme des Berufungsgerichts vielmehr damit zu rechnen, daß insoweit die Beklagte nach billigem Ermessen mit einem Teil der Kosten des Rechtsstreits belastet werden würde.

4. Die Beklagte hätte demnach nach § 440 BGB in Verbindung mit § 320 BGB, abgesehen von der noch ungeklärten Frage des Haftungsausschlusses wegen Kenntnis des Rechtsmangels (§ 439 BGB) an sich das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, bis die Klägerin sie von dem durch ihre Kugelschreiberlieferungen verursachten Teil der Kosten des Rechtsstreits vor dem Landgericht Düsseldorf freistellte. Der Wert der noch ausstehenden Lieferung der Klägerin, nämlich ihrer Verpflichtung, die Beklagte von dem durch ihre Kugelschreiberlieferungen verursachten Teil der Kosten freizustellen, ist jedoch gegenüber der Klageforderung so geringfügig, daß die Weigerung der Zahlung des vollen Kaufpreises von 39.251,14 DM gegen Treu und Glauben verstößt (§ 320 Abs. 2 BGB).

a) Das Berufungsgericht gesteht der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht zu. Es hat dazu ausgeführt, es lasse sich noch nicht absehen, ob es bei dem um die Prozeßausgaben geminderten Vermögensstand der Beklagten bleibe, solange noch nicht über die Kosten entschieden sei. Es lasse sich demnach noch nicht feststellen, ob und wieviel die Beklagte von ihren Geldausgaben endgültig selbst zu tragen habe. Es lasse sich auch nicht annähernd ermitteln, welcher Teil der Geldausgaben der Beklagten durch die Kugelschreiberlieferungen der Klägerin verursacht worden sei. Die Beklagte habe in dem Prozeß vor dem Landgericht Düsseldorf selbst vorgetragen, sie habe den weitaus überwiegenden Teil der Kugelschreiber von einer dritten Firma bezogen und nur in kleinerem Umfang von der Klägerin. Es sei deshalb schon fraglich, ob die Lieferungen der Klägerin überhaupt ursächlich für den Prozeß vor dem Landgericht Düsseldorf gewesen seien. Wenn sich die durch die Lieferungen der Klägerin verursachten Kosten überhaupt ausscheiden und beziffern ließen, so sei dies noch nicht möglich. Eine Vermögenseinbuße, die sich noch nicht beziffern lasse, könne kein Verlangen nach Schadenersatz rechtfertigen und löse keinen fälligen Schadenersatzanspruch aus. Mangels fälliger Gegenforderung könne die Beklagte weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

b) Mag diesen Ausführungen des Berufungsgerichts zur Verneinung des Zurückbehaltungsrechts auch nicht durchweg gefolgt werden können, so ist dem Ergebnis des Berufungsgerichts doch aus anderen Gründen zuzustimmen. Die Beklagte hat in den Tatsacheninstanzen ihre gesamte durch den B-[REDACTED]-Prozeß verursachte Kostenbelastung auf 18.300 DM beziffert (vgl. Schriftsatz vom 22. August 1971,

Seiten 5 und 6). In diesem Betrag sind 2 500 DM Aufwendungen für ein Privatgutachten enthalten. Diese Aufwendungen können in einem Streitfall wie dem B- -Prozeß, der weder in technischer noch in patentrechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten bot, neben den Kosten für die Hinzuziehung eines Patentanwalts nicht als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig anerkannt werden (vgl. Benkard, Patentgesetz 6. Aufl. 1973, § 47 Rdn. 109). Deshalb können diese Aufwendungen mit Rücksicht auf die nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bestehende Verpflichtung, die Kosten, von denen ein Dritter eine Prozeßpartei freizustellen hat, in einem vertretbaren Rahmen zu halten, der Klägerin gegenüber nicht in Ansatz gebracht werden. Die Notwendigkeit der Amerikareise zur Rücksprache mit der Firma Kah, für die die Beklagte 3. 500 DM ansetzt, ist in den Tatsacheninstanzen nicht näher dargetan worden. Auch der hierfür angesetzte Betrag ist deshalb von der Gesamtkostenberechnung abzusetzen. Es verbleiben demnach nur 12.300 DM.

Der B- -Prozeß bezog sich nicht ausschließlich auf Kugelschreiber aus Lieferungen der Klägerin. Er hatte, wie die Beklagte im B- -Prozeß selbst vorgetragen hat, in einem weitaus größeren Umfang Kugelschreiber zum Gegenstand, die von anderen Lieferanten stammten. Wegen Lieferungen von dritter Seite wurde die Beklagte vom Landgericht Düsseldorf mit Teilurteil vom 5. Januar 1971 zur Unterlassung, Rechnungslegung und Schadenersatz verurteilt. Außerdem wurde die Beklagte durch ein weiteres Teilurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 2. Dezember 1971 zur Auskunft über ihre Kugelschreiberlieferanten verurteilt. Der Streitwert für die gesamten nach der erwähnten Erledi-

gungserklärung noch erweiterten Klageanträge belief sich nach der schon erwähnten Streitwertfestsetzung des Landgerichts Düsseldorf auf insgesamt 120.000 DM. Während auf den Komplex der Lieferungen der Klägerin nur 5.000 DM entfielen, betraf der B[REDACTED]-Prozeß demnach sonstige Gegenstände im Werte von 115.000 DM. Das ergibt ein Verhältnis von 1/24 zu 23/24. Von den notwendigen Aufwendungen der Beklagten für den B[REDACTED]-Prozeß von insgesamt 12.300 DM konnte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht schon abgeschätzt werden, daß auf den Komplex der Lieferungen der Klägerin nur etwa 512 DM entfallen würden.

Über die endgültige Kostenverteilung und Streitwertfestsetzung war im B[REDACTED]-Prozeß zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht abschließend entschieden. Deshalb konnte der genaue Kostenbetrag, der endgültig von der Beklagten zu tragen war, noch nicht ermittelt werden. Deshalb hat das Berufungsgericht mit Recht die Möglichkeit der Aufrechnung verneint. Zu diesem Zeitpunkt konnte aber schon anhand des Wertverhältnisses der einzelnen Gegenstände dieses Prozesses mit einiger Sicherheit damit gerechnet werden, daß die Lieferungen der Klägerin nur einen geringen Teil der Gesamtkosten verursacht hatten. Das wird von der späteren Entwicklung des B[REDACTED]-Prozesses bestätigt. An der Streitwertfestsetzung des Landgerichts, soweit sie das Verhältnis der Werte des gesamten Streitgegenstandes zum Wert des Komplexes der Lieferungen der Klägerin betrifft, hat sich nichts geändert. Die später erfolgte Kostenentscheidung des Landgerichts Düsseldorf im Schlußurteil vom 5. Oktober 1972 verschob

das Verhältnis nur noch zu Ungunsten der Beklagten auf 1/28 zu 27/28. Der Beklagten wurden nämlich 1/4 der Kosten des B[REDACTED]-Prozesses auferlegt. Von diesem 1/4 Anteil der der Beklagten auferlegten Kosten entfällt wertmäßig nur 1/7 auf die hier streitigen Lieferungen der Klägerin, 6/7 jedoch auf Prozeßgegenstände, die keine Beziehung zur Klägerin haben, nämlich die oben erwähnte Verurteilung, die Kugelschreiber anderer Firmen betraf und zur Auskunftserteilung über Lieferung von unbekannten Lieferanten. Der hierdurch verursachte Kostenanteil geht allein zu Lasten der Beklagten.

Nach der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht überschaubaren Prozeßlage im B[REDACTED]-Rechtsstreit konnte bereits mit hinreichender Sicherheit übersehen werden, daß die Kosten, von denen die Klägerin die Beklagte freizustellen hat, gegenüber der unstreitigen Kaufpreisforderung von 39.251,14 DM nicht ins Gewicht fielen. Nach Treu und Glauben kann die Beklagte unter diesen Umständen den Kaufpreis nicht zurückbehalten (§ 320 Abs. 2 BGB).

Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus
§ 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Trüstedt

Bruchhausen

Ochmann

Bendler

Häüßer