

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 83/74

URTEIL

Verkündet am
18. Oktober 1977
Kriegl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Erfinders Johannes H [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED]
([REDACTED]),

Beklagten, Widerklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

die Kommanditgesellschaft T [REDACTED] und A [REDACTED] GmbH & Co
Xaver M [REDACTED], vertreten durch die GmbH, diese vertreten durch
ihren Geschäftsführer Xaver M [REDACTED], V [REDACTED], N [REDACTED]
[REDACTED]..

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED], [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 1977 durch den Vorsitzenden Richter Ballhaus und die Richter Ochmann, Dr. Windisch, Dr. Hesse und Brodeßer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 2. Juli 1974 wird auf
Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist Erfinder von Schuhputzreinigungsautomaten und von Haushaltsschuhputzmaschinen. Ein Patent dafür wurde am 18. Mai 1965 angemeldet, die Unterlagen wurden am 18. Dezember 1969 offengelegt. Am 1. Februar 1973 übertrug der Beklagte der Firma "T[REDACTED] und A[REDACTED] Xaver M[REDACTED], N[REDACTED]." die Fertigungsrechte an den Schuhputzmaschinen und -automaten. Der schriftliche Vertrag enthält unter anderem die folgenden Bestimmungen:

"Nr. 6: Herr/Fa. M[REDACTED] beginnt mit der Fertigung sofort.

Nr. 21: H[REDACTED] übernimmt das Delcredere für die von ihm eingereichten Aufträge.

Nr. 22: Die Werbung und das Hereinholen von Aufträgen gehört zu den Verpflichtungen von

- 3 -

H[REDACTED]. Der Verkauf erfolgt ausschließlich im Namen von H[REDACTED] und zwar zu den von H[REDACTED] genannten Preisen.

- Nr. 27: H[REDACTED] übergibt Fa./Herrn M[REDACTED] für jeden auszuliefernden Auftrag schriftliche Bestellungen, nur diese sind verbindlich. Die Auslieferungen haben direkt an die in den Aufträgen angegebenen Adressen zu erfolgen.
- Nr. 38: Die von H[REDACTED] eingereichten Aufträge müssen jeweils sofort, längstens in 14 Tagen bis 3 Wochen, ausgeliefert werden. Deswegen sind von jedem S[REDACTED]-Apparat eine genügend große Stückzahl auf Lager zu halten. Die Lagerung soll mindestens 10 % Maschinen umfassen.
- Nr. 42: Die Beteiligten sind sich darüber im Klaren, daß das derzeitige Programm von "S[REDACTED]" Apparaten einer laufenden Weiterentwicklung unterzogen werden muß. Die hierfür erforderlichen Arbeiten und Aufwendungen sind von beiden Teilen durchzuführen und zu übernehmen.
- Nr. 44: Sich aus beiderseitigen Entwicklungen ergebenden Verbesserungen insbesondere auch Patente sind von diesem Vertrag mit umfaßt, ohne daß neue Abmachungen nötig sind.
- Nr. 50: Dieser Vertrag beginnt am 25. Januar 1973 und endet am 25. Januar 1983.
- Nr. 54: Sollte H[REDACTED], aus welchem Grunde auch immer, an der Durchführung des Vertriebs vorgenannter "S[REDACTED]" Apparate nicht mehr interessiert sein, so ist Fa./Herr M[REDACTED] berechtigt, den Vertrieb in eigener Regie zu übernehmen. Für diesen Fall zahlt Fa./Herr M[REDACTED] dann an H[REDACTED] oder Erben eine Provision in Höhe von 5 % des Netto-Rechnungsbetrages.

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



Nr. 55: Herr H. [REDACTED] erhält auf die künftigen Provisionen mit Abschluß dieses Vertrages eine Vorauszahlung in Höhe von DMk. 5000.-- in 1 Acc.p. 6. Febr. 1973 zahlb. bei Bankgeschäft S. [REDACTED], N. [REDACTED]. Die Verrechnung dieses Vorschusses erfolgt in der Weise, daß pro "S. [REDACTED]" Apparat 100.- DMk. zur Abdeckung verwendet werden. Pro "S. [REDACTED]" Haushaltsschuhputzmaschine u. kleinen Schuhputzautomat sind 35,-- DMk. bzw. 64,-- DMk., zu verrechnen.

Nr. 56: Diese gegebene Provisionsvorauszahlung in Höhe von DMk. 5000.-- ist die unwiderrufliche Zahlung, welche die Garantie dafür sein soll, daß gemäß dieses Vertrages gefertigt werden soll.

Nach der Unterzeichnung des Vertrages übergab Xaver M. [REDACTED] dem Beklagten einen Wechsel über 5 000.- DM, den die Klägerin am 6. Februar 1973 bei ihrer Bank einlöste.

Der Beklagte schrieb an die Klägerin am 13. Februar 1973:

"Gemäß Ihrem Wunsche am 1.2.1973 schrieb ich Ihnen in meinem Brief vom 1.2.73:

Den Verkauf planen Sie, auch an Großhandlungen, selbst durchzuführen gemäß § 14 Abs. 54."

und am 15. Februar 1973:

"Ferner habe ich Ihnen gesagt, mit meinem Schreiben vom 13.2.1973 und 1.2.1973 bestätigte ich Ihnen, daß Sie den Verkauf der "S. [REDACTED]"-Schuhputzmaschinen, "S. [REDACTED]"-Haushaltsschuhputzmaschinen und "Schuhez"-Schuhputzautomaten selber übernommen haben und zwar gemäß unserem Lizenzvertrag vom 1.2.73 § 14 Abs. 54. Danach haben Sie an mich Provisionen zu zahlen aber keine Forderung an mich zu stellen.

Ihre Art und Weise verstehe ich eigentlich nicht. Anstatt zu fabrizieren, kommen Sie jetzt mit zwecklosen Einwendungen ...".

Mit Schreiben vom 16. Februar 1973 focht die Klägerin den Vertrag wegen arglistiger Täuschung an und kündigte ihn gleichzeitig fristlos.

Weder hatte der Beklagte der Klägerin Verkaufsaufträge erteilt, noch hatte diese mit der Fertigung dieser Maschinen begonnen.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung der Vorauszahlung von 5 000.- DM.

Das Landgericht hat nach Zeugenvernehmung der Klage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen stattgegeben.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte die Klagebefugnis der Klägerin bestritten. Er habe den Vertrag mit der Firma T- und A- Xavier M., N., geschlossen. Eine Firma unter der Bezeichnung der Klägerin sei im Handelsregister nicht eingetragen. Darüber hinaus sei ihm durch das vertragswidrige Unterlassen der Klägerin, die Gegenstände des Vertrages zu produzieren, in der Zeit von April bis Juli 1973 ein Gewinn von 25 520.- DM entgangen.

Der Beklagte hat beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen;

er hat Widerklage mit dem Antrag erhoben,

die Klägerin zu verurteilen, an ihn
25 520.- DM zu zahlen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurück- und
die Widerklage abgewiesen.

Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, mit
der er seine Anträge aus dem Berufungsrechtszug wiederholt.
Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat seiner Entscheidung die
folgenden Feststellungen und Erwägungen zugrunde gelegt:

1. Die Klägerin sei zur Geltendmachung des Klagean-
spruchs befugt. Der Beklagte habe im ersten Rechtszug selbst
eingeräumt, den Vertrag vom 1. Februar 1973 mit der Klä-
gerin abgeschlossen zu haben. Die gegenteilige Behauptung
des Beklagten im Berufungsverfahren widerspreche somit
seiner eigenen Sachdarstellung aus dem ersten Rechtszug.
Mit diesem Wechsel des Sachvortrags könne der Beklagte
nicht mehr gehört werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben
beherrsche auch die Prozeßführung. Der Beklagte dürfe seine
eigenen Tatsachenbehauptungen im Prozeß nicht beliebig und
ohne stichhaltigen Grund ändern. Er habe sich deshalb auch
im Berufungsverfahren als Vertragspartner der Klägerin
behandeln zu lassen.

2. Der Anspruch der Klägerin sei begründet. Der Beklagte sei um die empfangenen 5 000.- DM ohne Rechtsgrund bereichert. Nach dem Sinn und Zweck des Vertrages hätten Herstellung und Vertrieb der Schuhputzmaschinen Hand in Hand gehen sollen. Durch seine Schreiben vom 13. und 15. Februar 1973 habe der Beklagte der Klägerin die Ablehnung seiner Mitwirkung mitgeteilt. Die Klägerin sei zur Übernahme des Vertriebes der Schuhputzmaschinen jedoch nicht verpflichtet gewesen. Nach dem Vertrag habe sie lediglich ein Recht gehabt, den Vertrieb zu übernehmen. Daß sie einen solchen Entschluß gefaßt habe, habe der Beklagte nicht unter Beweis gestellt. Da der Beklagte bereits wenige Stunden nach der Vertragsunterzeichnung nicht mehr zum Vertrieb bereit gewesen sei, habe er die Herstellung der Maschinen nicht mehr verlangen können. Eine Produktion ohne entsprechende Absatzplanung wäre unwirtschaftlich und ohne vernünftigen Sinn gewesen. Angesichts dieser Weigerung des Beklagten sei die Kündigung des Vertrages durch die Klägerin gerechtfertigt gewesen. Damit sei der Rechtsgrund für die Leistung der 5 000.- DM hinfällig geworden. Der Beklagte könne sich auf Grund seines eigenen Verhaltens nicht darauf berufen, daß nach Nr. 56 des Vertrages die Anzahlung als "unwiderruflich" bezeichnet worden sei. Auf die Anfechtung des Vertrages komme es nicht mehr an.

3. Die Widerklage hat das Berufungsgericht als sachdienlich zugelassen, jedoch als unbegründet abgewiesen. Dem Beklagten seien Provisionszahlungen nicht entgangen, da die Klägerin keine Pflicht zum Vertrieb der Schuhputzmaschinen gehabt habe.

II.

Die Rügen der Revision greifen nicht durch.

1. Soweit sie geltend macht, die Feststellung der Klagebefugnis sei unter Verletzung der §§ 139 und 286 ZPO zustande gekommen, weil das Berufungsgericht das entsprechende Bestreiten und Beweisangebot des Beklagten in der Berufungsinstantz unbeachtet gelassen habe, verkennt sie die Rechtslage:

Das Berufungsgericht hat das die Identität der Klägerin mit dem Vertragspartner erstmals im Berufungsrechtszug bestreitende Vorbringen des Beklagten mit der Begründung nicht berücksichtigt, dieses widerspreche seiner eigenen Sachdarstellung im ersten Rechtszug; der Beklagte habe für diese Änderung keinen Grund angegeben. Hierin liegt ersichtlich die Zurückweisung eines neuen Verteidigungsmittels als verspätet nach § 529 Abs. 2 a.F. ZPO, der auch das nachträgliche Bestreiten einer im ersten Rechtszug nicht bestrittenen Tatsache (§§ 138 Abs. 3, 532 ZPO) betrifft (vgl. BGHZ 12, 49 ff). Es kann dahinstehen, ob die vom Berufungsgericht dafür gegebene Begründung die Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 a.F. ZPO so eindeutig und so vollständig enthält, daß sie einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht standhalten könnte. Eine solche ist im vorliegenden Falle jedoch nicht erlaubt, weil die Revision eine diesbezügliche Verfahrensrüge nicht erhoben hat. § 529 Abs. 2 a.F. ZPO ist eine Vorschrift des Verfahrensrechts. Nach §§ 554 Abs. 3 Nr. 3, 559 Abs. 2 ZPO muß deren Verletzung vom Revisionskläger ausdrücklich gerügt werden. Das ist nicht geschehen. Das Revisionsgericht muß es daher hinnehmen,

daß dieser Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz unberücksichtigt geblieben ist. Bei dieser Rechtslage stoßen die Revisionsrügen aus §§ 139 und 286 ZPO ins Leere, denn das Berufungsgericht durfte sich mit einem Vorbringen nicht befassen, das es nicht zugelassen hat.

2. Die Revision hat auch keinen Erfolg mit der sachlich-rechtlichen Rüge, das Berufungsgericht habe die Schreiben des Beklagten an die Klägerin vom 1., 13. und 15. Februar 1973 rechtsfehlerhaft ausgelegt. In ihnen habe der Beklagte, so meint die Revision, dem Wunsch der Klägerin auf Abänderung des Lizenzvertrages dahin zugestimmt, daß diese nunmehr auch den Vertrieb der Schuhputzmaschinen übernehmen werde.

Die Auslegung von Privatschreiben ist als Tatsachenfeststellung vom Revisionsgericht nur begrenzt nachprüfbar. Weder hat insoweit die Revision eine Rüge aus § 286 ZPO erhoben, noch verstößt die Auslegung der genannten Schreiben des Beklagten gegen die Denkgesetze oder gegen den Wortlaut der Schreiben; sie läßt auch keine anerkannten Auslegungsgrundsätze außer acht. Die Würdigung des Inhalts der genannten Briefe des Beklagten dahin, daß diese allein den Willen der Klägerin nicht bewiesen, gemäß Nr. 54 des Lizenzvertrages auch den Vertrieb der Schuhputzmaschinen zu übernehmen, ist möglich. Das Berufungsgericht ist zu diesem Ergebnis unter Berücksichtigung des entsprechenden Bestreitens der Klägerin und des ausgebliebenen Angebots eines unmittelbaren Beweises durch den Beklagten sowie des Inhalts des Kündigungsschreibens der Klägerin vom 16. Februar 1973 gelangt. Ob in diesem Zusammenhang die Ansicht der Revision richtig ist, daß das Schweigen der Klägerin auf die genannten Schreiben des Beklagten als

stillschweigende Zustimmung gelte, kann auf sich beruhen. Sie übersieht nämlich, daß das Berufungsgericht den Zugang des Schreibens des Beklagten vom 1. Februar 1973 bei der Klägerin nicht festgestellt und daß diese auf dessen Schreiben vom 13. Februar 1973 mit der Kündigung vom 16. Februar 1973 reagiert hat. Die Klägerin hat demnach nicht geschwiegen. Das Revisionsgericht hat daher davon auszugehen, daß die Schreiben des Beklagten an die Klägerin eine Vertragsänderung, wie sie der Beklagte behauptet hat, nicht beweisen.

3. Die Klägerin kann die Rückzahlung der an den Beklagten geleisteten 5 000.- DM nach §§ 242, 812 Abs. 1 BGB verlangen.

a) Auszugehen ist von der Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin den Vertrieb der Schuhputzmaschinen nicht übernommen, vielmehr der Beklagte mit seinen der Klägerin zugegangenen Briefen vom 13. und 15. Februar 1973 seine eigene, im Lizenzvertrag übernommene Mitwirkung bei der vertragsgemäßen Auswertung der Erfindung durch Werbung und Vertrieb der Maschinen abgelehnt hat. Damit hat er dem Vertrag die Grundlage entzogen. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt hat, war andererseits die Klägerin in diesem Fall zur Übernahme des Vertriebs nicht verpflichtet, sondern nach Nr. 54 des Lizenzvertrages nur berechtigt. Sie hat sich dazu nicht bereit erklärt. Die Herstellung ohne Vertrieb aber widersprach nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Sinn und Zweck des Lizenzvertrages.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis zuzustimmen, daß die Erklärung der Klägerin vom 16. Februar 1973 den Vertrag

zur Auflösung gebracht hat. Aus seiner Feststellung, der Beklagte habe nach eigenem Vortrag bereits wenige Stunden nach Vertragsschluß seine Mitwirkung an der Vertragsdurchführung versagt, ergibt sich, daß der Beklagte von dem ihm nach Nr. 54 des Vertrages eingeräumten Recht zur Aufgabe seiner Vertriebsverpflichtung Gebrauch gemacht hat. Da die Klägerin von dem ihr für einen solchen Fall zugestandenem Optionsrecht auf Fortsetzung des Vertrages durch Übernahme auch des Vertriebs keinen Gebrauch gemacht und das Vertragsverhältnis gekündigt hat, war der Vertrag beendet.

b) Als rechtlich nicht zu beanstandende Rechtsfolge der Vertragsauflösung hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung der von ihr an den Beklagten geleisteten 5 000.- DM wegen Wegfalls des Rechtsgrundes der Hingabe dieses Betrages angenommen. Es kann auf sich beruhen, wie man diese Zahlung rechtlich bewertet. Jedenfalls steht ihre Bezeichnung in Nr. 56 des Lizenzvertrages als "unwiderruflich" der Rückzahlung schon deswegen nicht entgegen, weil der Beklagte bereits wenige Stunden nach dem Vertragsschluß seine Mitwirkung an der Durchführung des Lizenzvertrages verweigert hat. Mit Recht hat das Berufungsgericht unter diesen Umständen dessen Berufung auf die Unwiderruflichkeit der Zahlung als gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßend beurteilt. Es kommt daher nicht mehr darauf an, daß in Nr. 55 des Lizenzvertrages die Zahlung als "Vorauszahlung" bezeichnet worden ist und "die Verrechnung dieses Vorschusses" mit den zu erwartenden Lizenzzahlungen erfolgen sollte.

Das Berufungsgericht hat nach alledem die Berufung wegen des Klageanspruchs ohne Rechtsfehler zurückgewiesen.

c) Die Widerklage hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei abgewiesen. Nach der Vertragsauflösung im Februar 1973 konnte die Klägerin in der Zeit von April 1973 ab Vertragspflichten nicht mehr verletzen, die zum Schadensersatz hätten führen können. Im übrigen sei bemerkt, daß die Widerklage schon nach dem eigenen Vortrag des Beklagten, die Klägerin sei nicht seine Vertragspartnerin, unschlüssig ist.

III.

Die Revision des Beklagten ist zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Ballhaus

Ochmann

Windisch

Hesse

Brodeßer