

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X_ZR_86/67

URTEIL

Verkündet am

27. Oktober 1970
Schwingen,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Johann Ha [REDACTED] KG, H [REDACTED] [REDACTED], F [REDACTED]straße
[REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschaf-
ter Hermann Ha [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte:

Beklagten und Revisionsklägerin,
Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Chem. Fabrik B [REDACTED], Philipp Ke [REDACTED] oHG, Ma [REDACTED]-
[REDACTED]-In [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den
persönlich haftenden Gesellschafter Philipp Ke [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Trüstedt, Claßen, Ballhaus und Dr. Bruchhausen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. Oktober 1967 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stellen her und vertreiben Elektrodenpech (nachfolgend EP abgekürzt). Die Bezeichnung EP besagt, daß das Pech als Bindemittel für die Herstellung von Kohleelektroden verwendet wird, wie sie in der Aluminiumindustrie und bei der Karbidfabrikation benutzt werden. EP wird als Rückstand der Rohteerdestillation, bei der vorher verschiedene seiner Bestandteile, wie Benzol, Toluol, Xylol, Phenol, Kresol, Naphtalinöl und Anthracenöl fraktioniert werden, gewonnen. Am 31. Juli 1957 trafen die Parteien eine Vereinbarung über die Herstellung von EP in den Anlagen der Beklagten nach dem B-Verfahren. Die Klägerin erklärte, sie habe ein

Verfahren zur Herstellung hochwertiger EP aus Steinkohlenteer entwickelt und werde die Beklagte über die durchzuführenden Maßnahmen unterrichten, damit ein hochwertiges EP im Werk der Beklagten erzeugt werden könne (Ziffer 1 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957). Die Beklagte hatte die gegebenen Anweisungen streng vertraulich zu behandeln (Ziffer 2). Die von der Beklagten erzielten Verkaufserlöse wurden in einem bestimmten Verhältnis geteilt (Ziffer 5). Die Klägerin verpflichtete sich, etwa erforderlich werdende Zusätze an geeigneten Chemikalien zur Verfügung zu stellen und Experten zur Beklagten zu senden (Ziffer 7). Für den Fall der Beendigung des Vertrages trafen die Parteien in Ziffer 9 folgende Regelung:

".... Falls B. kündigt, ist Haltermann berechtigt, die zum Zeitpunkt des Ablaufs des Vertrages noch vorliegenden Lieferungen noch auszuführen. Mit dieser Ausnahme ist Haltermann bei Beendigung des Vertrages nicht mehr berechtigt, die Erzeugung oder Lieferung von Elektrodenpech durchzuführen, die bei der Fabrikation auf das von der B. bekannte Verfahren zurückgreifen."

Die Klägerin sandte in der Zeit vom 15. bis 29. August 1957 ihren Diplom-Chemiker G. zu einer Lehrproduktion zu der Beklagten. Die Beklagte produzierte in der Folgezeit 1 750 t B.-EP. Sie kündigte die Vereinbarung mit Schreiben vom 21. April 1961 zum 31. Juli 1961. Am 30. Juni 1961 schied G. bei der Klägerin aus und trat in die Dienste der Beklagten.

Die Klägerin macht geltend, das von ihr entwickelte B.-Verfahren sei ein Betriebsgeheimnis. Die Beklagte werte auch nach Beendigung des Vertrages



die ihr von der Klägerin gegebenen Anweisungen aus, indem sie das B-Verfahren anwende und EP mit der B-Qualität herausbringe. Außerdem hat die Klägerin der Beklagten Vertragsverletzung wegen der Lieferung von Weichpech und die unlautere Abwerbung ihres Angestellten G vorgeworfen.

Im ersten Rechtszuge hat die Klägerin beantragt, der Beklagten zu verbieten, 1. EP herzustellen, das näherbezeichnete Merkmale hat, 2. Elektrodenweichpech nach dem B-Verfahren an die Firma A OG S-Werk, O, N, zu liefern und 3. den Diplom-Chemiker G bei der Herstellung und dem Vertrieb von EP zu beschäftigen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin folgenden Antrag gestellt:

- I. Das angefochtene Urteil aufzuheben.
- II. Es wird der Beklagten bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe verboten, die nachstehenden Elektrodenpeche herzustellen, in Verkehr zu bringen und/oder feilzuhalten:

1. Elektrodenpech, das folgende Merkmale (Jahresmittelanalysenwerte) aufweist:

- | | |
|--|-------------|
| a) Erweichungspunkt nach Kraemer-Sarnow | 78 - 82° C |
| b) Koksgehalt (Muffelofen)
(muß wohl heißen: 50 - 55 %) | 50 - 55° C |
| c) Aschegehalt | unter 0,3 % |

d) Benzolunlösliches (alpha-Bestandteile)	23 - 28 %
e) H-Harze (hochmolekulare Teerharze)	unter 10 %
f) M-Harze (mittelmolekulare Teerharze)	18 - 22 %

2. Elektrodenweichpech, insbesondere Direkt-Elektrodenweichpech mit einem Erweichungspunkt nach Kraemer-Sarnow von 32 - 35° C

sofern die Elektrodenpeche gem. 1 und 2 nach einem Verfahren hergestellt werden, bei dem zur Erzielung einer immer gleich bleibenden Qualität und immer gleichbleibender Merkmale gem. 1 und 2 jede einzelne Destillationscharge von Steinkohlenteer als Direktpech planmäßig und zielbewußt auf den stets gleichen, vor der Produktion genau festgelegten Erweichungspunkt gefahren wird, bei dem also nicht Pecher verschiedener Erweichungspunkte auf den vor der Produktion festgelegten Erweichungspunkt zusammengemischt werden.

III. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch Zuwiderhandlungen der Beklagten gegen II entstanden ist und noch entstehen wird.

IV. Die Beklagte wird verurteilt, Auskunft über den Umfang der Zuwiderhandlungen gem. II zu erteilen und dabei insbesondere Abnehmer, Lieferzeiten, Lieferpreise und Liefermengen anzugeben.

V. Es wird der Beklagten bei Vermeidung einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe verboten, den Dipl.-Chemiker Erich G. [REDACTED] bei der Herstellung, dem Inverkehrbringen und dem Feilhalten von Elektrodenpechen gem. Antrag II zu beschäftigen.

Zur Ziffer II hat die Klägerin folgenden Hilfsantrag gestellt:

II. Es wird der Beklagten verboten, Elektroden-
pech im diskontinuierlichen Direktverfahren
herzustellen, sofern bei der Herstellung

- aa) jede einzelne Charge (Blasenfüllung)
planmäßig, zielbewußt und sorgfältig
auf den Erweichungspunkt 80 Grad
Celsius nach Kraemer-Sarnow gefahren
wird,
und
- bb) im Bereich der Anthracenölfraktion die
Destillation unter Zeitaufwand gestoppt,
eine erste Probe entnommen und sorgfäl-
tig auf den Erweichungspunkt analysiert
wird,
und
- cc) unter weiterem Zeitaufwand durch gege-
benenfalls mehrmaliges Stoppen, Analy-
sieren und Nachfahren sorgfältig darauf
geachtet wird, daß jede Charge (Blasen-
füllung) einen Erweichungspunkt erreicht,
der von dem gewünschten, vorher plan-
mäßig festgelegten Wert von 80° C nach
Kraemer-Sarnow um höchstens + 2° C nach
Kraemer-Sarnow abweicht,
und
- dd) nur solche einzelnen Chargen (Blasen-
füllungen) nach Abschluß der Destilla-
tion vereinigt (vermischt) werden, die
jede für sich vom vorher festgelegten
Erweichungspunkt um höchstens $\pm 2^{\circ}$ C
nach Kraemer-Sarnow abweichen.

Ganz fürsorglich hat sie die Fassung des Berufungsan-
trags (II 1) in das Ermessen des Gerichts gestellt.

Die Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung
beantragt.

Sie macht geltend, sie habe schon vor dem Ver-
tragsabschluß EP im Direktverfahren auf den vorge-
planten Erweichungspunkt hergestellt. Das Fahren je-

der einzelnen Charge auf einen genau vorgeplanten Erweichungspunkt sei allgemein bekannt und könne nicht Gegenstand eines Geheimverfahrens sein. Bei der Einweisung der Beklagten habe die Klägerin die Verwendung eines von der Klägerin gelieferten Zusatzmittels für erforderlich erklärt. Dieses verwende die Beklagte jetzt nicht mehr. Die Herstellung von Weichpech falle nicht unter den Vertrag. Eine unlautere Abwerbung des Angestellten G[REDACTED] liege nicht vor.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte im wesentlichen nach dem Hilfsantrag zur Unterlassung, Auskunftserteilung und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter,

während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

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

I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen dem Hilfsantrag der Klägerin stattgegeben, dessen Zurückweisung wegen Verspätung die Beklagte in der Beru-

funksinstanz beantragt hatte.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Hilfsantrag nicht zulassen dürfen, sondern nach § 529 ZPO zurückweisen müssen, ist unbegründet. Auf einen zum Klageantrag gestellten Hilfsantrag ist § 529 ZPO nicht anwendbar, weil ein solcher Hilfsantrag den Angriff selbst darstellt und somit kein "Angriffsmittel" im Sinne von § 529 ZPO ist (Stein/Jonas/Pohle, Kommentar zu ZPO, 18. Aufl. 1967, § 146 I 2 m.w.Nachw.; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. 1969, § 69 III, 4).

2. Auch die weitere Rüge der Revision, bezüglich des Hilfsantrages liege keine ordnungsgemäße Klage im Sinne des § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO vor, weil die Klägerin den Hilfsantrag nicht begründet sondern es vielmehr dem Gericht überlassen habe, sich die zur Begründung ihres von den üblichen Verfahren abweichenden B-Verfahrens erforderlichen Tatsachen selbst zusammenzusuchen, ist unbegründet. Wie die Ausführungen der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 28. Februar 1966 und vom 1. Juli 1966 ergeben, hat sich die Klägerin die Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. K. zum Verfahren der Klägerin zu eigen gemacht und ihr Verfahren im Hilfsantrag näher gekennzeichnet. Sie hat ihr Verfahren durch die Ausrichtung auf den Erweichungspunkt 80° C Kraemer-Sarnow (unter aa) mit der Toleranz von höchstens $\pm 2^{\circ}$ C nach Kraemer-Sarnow (unter cc), die erstmalige Unterbrechung der Destillation im Bereich der Anthracenölfraktion zur Probeentnahme und Analyse auf den Erweichungspunkt (unter bb) und die Mischung nur solcher Chargen, die jede für sich

vom vorher festgelegten Erweichungspunkt um höchstens $\pm 2^{\circ}$ C nach Kraemer-Sarnow abweichen, (unter dd) ausreichend individualisiert. Die Ausführung der Revision, die Klägerin habe selbst unrichtigerweise auf das ihr Verfahren kennzeichnende, besondere wichtige Zusatzmittel hingewiesen (S. 4 und 9 Rev.begr.), ist aktenwidrig. Die Klägerin hat sich schon im Schriftsatz vom 7. Dezember 1961 (S. 4) dagegen gewandt, daß das Zusatzmittel ein Spezifikum des B-Verfahrens sei.

II.

1. Das Berufungsgericht geht von der zwischen den Parteien für den Fall der Vertragsbeendigung getroffenen Vereinbarung aus, nach der die Beklagte nicht mehr berechtigt ist, die "Erzeugung oder Lieferung von EP durchzuführen, die bei der Fabrikation auf das von der Klägerin bekanntgegebene Verfahren zurückgreift". Es stellt fest, daß die Klägerin der Beklagten ein Verfahren zugänglich gemacht habe, bei dem die Destillation im Bereich der Anthracenölfraktion erstmals abgestoppt, eine Probe entnommen und diese analysiert wird, und bei dem die Destillation gegebenenfalls mehrfach unterbrochen wird, um sich unter Zeitaufwand mit besonderer Sorgfalt allmählich an den vorherbestimmten Erweichungspunkt heranzutasten, wobei das Produkt von dem Erweichungspunkt von 80° C nach Kraemer-Sarnow höchstens um plus oder minus 2° C abweichen dürfe (S. 12 BU). Es stellt ferner fest, daß die Klägerin der Beklagten das von ihr gelieferte Zusatzmittel bei der Einweisung in das Verfahren als unerläßlich vorgeschrieben habe (S. 13 BU). Zum

letzteren Punkte führt das Berufungsgericht aus, das Zusatzmittel habe für das Wesen des B[REDACTED]-Verfahrens keine Bedeutung. Es könne dahinstehen, ob die Klägerin auf der Verwendung des Zusatzmittels bestanden habe, um die Beklagte dadurch von den wesentlichen Merkmalen ihres Verfahrens abzulenken und ob die Beklagte eine zeitlang in der Verwendung des Zusatzmittels das Wesentliche des B[REDACTED]-Verfahrens erblickt haben wolle. Entscheidungserheblich sei vielmehr allein, daß die Beklagte tatsächlich in das B[REDACTED]-Verfahren eingewiesen worden sei und daß sie dieses Verfahren auch nach Vertragsende noch praktiziert habe. An einer anderen Stelle des Berufungsurteils führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß sie das Zusatzmittel für unerläßlich gehalten habe. Der Zeuge G[REDACTED], der in der Folgezeit für die Beklagte tätig geworden sei, habe die Verwendung dieses Zusatzmittels bei der Destillation selbst als unnötig und sinnlos angesehen und erkannt, daß seine Verwendung für die Qualität und die Zusammensetzung des EP keine Bedeutung habe. Das Berufungsgericht führt sodann weiter aus, es bestünden keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte vor der Einweisung durch die Klägerin bei der Herstellung von EP ein Verfahren angewendet habe, das mit dem B[REDACTED]-Verfahren identisch sei. Das schon vor Vertragsabschluß von der Beklagten im Direktverfahren hergestellte EP sei kein Hartpech mit einem Erweichungspunkt von 80° C nach Kraemer-Sarnow sondern ein Pech von weicherer Konsistenz gewesen. Auch noch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses stelle die Beklagte EP nach dem B[REDACTED]-Verfahren her, was sich aus dem Gutachten des Sachverständigen ergebe.

2. Die Revision wendet sich dagegen, daß das Berufungsgericht bei der Ermittlung des Gegenstandes der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung wesentliches Auslegungsmaterial, insbesondere die Formulierung des Vertrages und die Herausstellung des Zusatzmittels unberücksichtigt gelassen habe. Dieser auf die Verletzung von § 286 ZPO gestützten Rüge kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

a) Die vertragliche Unterlassungsverpflichtung der Beklagten nach Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 bezieht sich auf das ihr von der Klägerin "bekanntgegebene Verfahren". Diese zunächst unausgefüllte Vereinbarung erhielt ihren Inhalt erst, als die Klägerin die Beklagte durch ihren Diplom-Chemiker G. bei einer Lehrproduktion mit ihrem Verfahren zur Herstellung von EP bekanntmachte. Bei der Unterrichtung der Beklagten ist dieser neben der Bekanntgabe verschiedener vom Berufungsgericht festgestellter Maßnahmen, nämlich der erstmaligen Unterbrechung der Destillation im Anthracenölbereich zur Probenahme und Analyse, gegebenenfalls weiterer mehrfacher Unterbrechungen der Destillation zu Probeentnahme und Analyse, um sich unter Zeitaufwand mit besonderer Sorgfalt allmählich an den vorher bestimmten Erweichungspunkt heranzutasten und der Einhaltung einer Toleranz der Produkte von höchstens plus oder minus 2° C von dem Erweichungspunkt von 80° C nach Kraemer-Sarnow, die Verwendung eines von der Klägerin vertragsgemäß (vgl. Ziffer 7) zu liefernden, in seiner Zusammensetzung der Beklagten unbekannt gebliebenen Zusatzmittels als unerläßlich vorgeschrieben worden. Nach der letztgenannten Feststellung des

Berufungsgerichts, die dieses ersichtlich auf Grund der Aussagen der Zeugen G. [REDACTED] und Dr. C. [REDACTED] - der Chemiker der Klägerin - getroffen hat, die bekundet haben, sie hätten die Verwendung des Zusatzmittels als unerlässlich verlangt, mußte die Beklagte annehmen, die Verwendung des Zusatzmittels sei ein wesentlicher Bestandteil des ihr von der Klägerin bekanntgegebenen Verfahrens. Wie der Wortlaut der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 ergibt, war es der Zweck des Vertrages, daß die Klägerin, die ein Verfahren zur Herstellung hochwertiger Elektrodenpeche entwickelt hatte, die Beklagte, die auch bereits EP hergestellt hatte, in den Stand setzen sollte, ein hochwertiges EP in ihren Werksanlagen herzustellen. Wenn in einem solchen Falle der erfahrene Vertragspartner die Verwendung eines von ihm gelieferten Zusatzmittels als unerlässlich vorschreibt, dann ist es nicht mit der Lebenserfahrung vereinbar, daß der weniger erfahrene Partner sogleich in einem Teil der bekanntgegebenen Maßnahmen ohne die Verwendung des Zusatzmittels das Wesen des bekanntgegebenen Verfahrens erblickt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, das Zusatzmittel habe nach dem Gutachten des Sachverständigen für das Wesen des B. [REDACTED]-Verfahrens keine Bedeutung, mag objektiv zutreffen. Damit ist jedoch für die Ermittlung des Gegenstandes der der Beklagten nach Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung obliegenden Unterlassungsverpflichtung allein noch nichts gewonnen. Für die Beurteilung dessen, was Inhalt dieser Unterlassungsverpflichtung ist, kommt es darauf an, was die Klägerin bei der Bekanntgabe ihres Verfahrens der Beklagten als ihr Verfahren zu erkennen gegeben hat. Hierfür ist über die objektive Bedeutungslosigkeit des Zusatzmittels hinaus maß-

gebend, ob die Beklagte diese Bedeutungslosigkeit erkennen konnte. Das Berufungsgericht scheint das aus der Tatsache herleiten zu wollen, daß der später für die Beklagte tätige Zeuge G [REDACTED] die Verwendung des Zusatzmittels als unnötig und sinnlos und für die Qualität und Zusammensetzung des EP als bedeutungslos angesehen hat. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, daß der Zeuge der Beklagten schon während der Einweisung von der Bedeutungslosigkeit des Zusatzmittels Mitteilung gemacht hat, seine Aussage ergibt im Gegenteil, daß er der Beklagten gegenüber die Verwendung des Zusatzmittels als unerläßlich gefordert hat. Demnach konnte die Beklagte als das ihr "bekanntgegebene Verfahren" der Klägerin die oben angegebenen einzelnen Maßnahmen unter Einschluß der Verwendung des Zusatzmittels erkennen. Die Beklagte hat jedoch nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Klägerin am 31. Juli 1961 das von der Klägerin gelieferte Zusatzmittel nicht mehr verwendet. Deshalb käme ein Verstoß der Beklagten gegen die Verpflichtung, das ihr "bekanntgegebene Verfahren" bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zu verwenden, nur dann in Betracht, wenn sie nach Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 verpflichtet wäre, auch einzelne Bestandteile des ihr bekanntgegebenen Verfahrens, z.B. diejenigen Maßnahmen, von denen das Berufungsgericht festgestellt hat, daß sie der Beklagten von der Klägerin zugänglich gemacht worden sind, jedoch unter Ausschluß der Verwendung des von der Klägerin gelieferten Zusatzmittels, nicht mehr anzuwenden.

b) Das Berufungsgericht hat, wie der Zusammenhalt der Urteilsgründe der angefochtenen Entscheidung erkennen läßt, den Inhalt der der Beklagten nach Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 obliegenden Unterlassungsverpflichtung allein nach dem Geheimnischarakter der nach seiner Feststellung der Beklagten zugänglich gemachten Maßnahmen bemessen. Es hat dabei prozeßordnungswidrig unberücksichtigt gelassen, daß der Beklagten bei ihrer Einweisung nicht nur die vom Berufungsgericht festgestellten Maßnahmen bekanntgegeben worden sind, sondern darüber hinaus auch die Verwendung des Zusatzmittels als unerläßlich vorgeschrieben worden ist. Da die Ausschaltung der Vorschrift des Zusatzmittels aus der Betrachtung über den Inhalt der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung als rechtsfehlerhaft angesehen werden muß, wie oben näher ausgeführt worden ist, könnte das angefochtene Urteil nur dann von Bestand bleiben, wenn allein schon der Umstand, daß die der Beklagten zugänglich gemachten Maßnahmen auch ohne die Verwendung des Zusatzmittels ein Betriebsgeheimnis der Klägerin darstellen, die Verurteilung der Beklagten wegen Verletzung der ihr obliegenden Unterlassungsverpflichtung trägt. Das ist nicht der Fall.

Die Erstreckung der Unterlassungsverpflichtung der Beklagten über die Gesamtheit des der Beklagten bekanntgegebenen Verfahrens unter Einschluß der Verwendung des Zusatzmittels hinaus auf einen Teil des Verfahrens, nämlich auf die oben umschriebenen Maßnahmen ohne die Verwendung des Zusatzmittels, erweitert den Inhalt der zeitlich unbeschränkt vereinbarten Unterlassungsverpflichtung der Beklagten in einem nicht unbeträchtlichen Umfange. Eine solche Erweiterung kommt nur dann in Be-

tracht, wenn sie von den Parteien zum Vertragsinhalt gemacht worden wäre. Da eine ausdrückliche dahingehende Regelung fehlt, ist durch Auslegung der Vereinbarung der Parteien zu ermitteln, ob sie unter Heranziehung des Gesamtinhalts der Vereinbarung unter Würdigung der Interessenlage der Parteien und der von ihnen zur Zeit des Vertragsabschlusses erkennbaren Umstände als Vertragsinhalt festgestellt werden kann. Der Vertrag ergibt, daß die Parteien beim Abschluß ihrer Vereinbarung vom 31. Juli 1957 davon ausgegangen sind, daß die Beklagte bereits EP hergestellt hatte (vgl. Ziffer 8 Satz 1). Dabei hat es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allerdings nicht um Hartpech mit einem Erweichungspunkt von 80° C nach Kraemer-Sarnow sondern um ein EP von weicherer Konsistenz gehandelt. Allein schon wegen der Tatsache, daß die Beklagte schon vor dem Abschluß der Vereinbarung mit der Klägerin EP wenn auch von weicherer Konsistenz hergestellt hatte, wird man davon ausgehen müssen, daß der Beklagten aus der Mitteilung ihr bereits bekannter oder üblicher oder ihr jederzeit leicht zugänglicher Maßnahmen zur Herstellung von EP neben der für unerläßlich erklärten Verwendung des ihr in der Zusammensetzung unbekannt gebliebenen Zusatzmittels nicht erkennbar war, daß sie selbst dann, wenn sie das Zusatzmittel nicht mehr verwendete, diese Maßnahmen bei einer Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Klägerin zeitlich unbegrenzt nicht mehr benutzen durfte. Nur von solchen von der Klägerin sonst geheimgehaltenen, der Beklagten aber vertragsgemäß zugänglich gemachten Maßnahmen, die sich von dem sonst bei der Herstellung von EP Üblichen wesentlich unter-

schieden und die auch ohne die Verwendung des Zusatzmittels eine selbständige Bedeutung für das Herstellungsverfahren oder für die Qualität des EP klar erkennen ließen, wird man annehmen können, daß die Beklagte erkennen konnte, daß die Klägerin sie von der Beklagten nach der Beendigung der Vertragsbeziehungen nicht mehr benutzt wissen wollte. Der Umstand allein, daß der im Hilfsantrag umschriebene Teil der der Beklagten zugänglich gemachten Maßnahmen ein Betriebsgeheimnis der Klägerin darstellt und nicht üblich ist, reicht demnach nicht aus, um insoweit schon eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung der Beklagten gemäß Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 zu begründen. Hierfür fehlt es nämlich an einer Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte dies als Inhalt der ihr vertragsgemäß obliegenden Unterlassungsverpflichtung erkennen konnte. Erst damit wäre ein Vertrag entsprechenden Inhalts zustande gekommen. Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben.

III.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen den Vertragsinhalt in bezug auf die der Beklagten obliegenden Unterlassungsverpflichtung zu ermitteln haben, d.h. zu klären haben, ob die Beklagte nach Ziffer 9 Satz 3 der Vereinbarung vom 31. Juli 1957 verpflichtet ist, die im Hilfsantrag der Klägerin näher umschriebene Herstellungsweise von EP nicht mehr anzuwenden. Dabei wird sich Gelegenheit bieten zu klären, welche Bedeutung sämtlichen einzelnen Merkmalen des im Hilfsantrag umschriebenen Verfahrens im Rahmen der ge-

samten Herstellungsweise von EP zukommt, um die im Hilfsantrag umschriebene Herstellungsweise eindeutig von dem sonst in der Branche der EP-Herstellung Üblichen abgrenzen zu können und zugleich die Grenzen einer etwaigen Unterlassungsverpflichtung klarzustellen und eine etwaige Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunftserteilung ihrem Umfange nach genauer zu umreißen.

IV.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision aufzutragen, weil diese von dem noch ungewissen Ausgang des Rechtsstreits abhängig ist.

Spreng

Trüstedt

Claßen

Ballhaus

Bruchhausen