

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 94/65

URTEIL

Verkündet am

9. Mai 1968

Oechsler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul W [REDACTED] in B [REDACTED], G [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in K [REDACTED] -

gegen

die Firma Robert T [REDACTED], Metall- und Elektrowerk, vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter Heinz T [REDACTED], Otto T [REDACTED] und Hermann T [REDACTED] jun., in N [REDACTED], Krs. S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

wegen Forderungen aus Lizenzvertrag.

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Spreng und der Bundesrichter Claßen, Trüstedt, Ballhaus und Dr. Bruchhausen

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. August 1965 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Lizenzvertrag.

Der Kläger ist Erfinder eines zusammenlegbaren Verpackungsbehälters, den er unter dem Aktenzeichen p 1902 XII/81 c D zum Patent anmeldete. Denselben Erfindungsgegenstand betraf eine Hilfsgebrauchsmusteranmeldung, die zur Eintragung des deutschen Gebrauchsmusters Nr. 1 672 296 führte. Weitere Patent- und Gebrauchsmusteranmeldungen des Klägers (auf die Anmeldung W 8089 VII b/81 c wurde das Patent Nr. 1 159 342 erteilt) betrafen eine Verschlusvorrichtung zu dem Verpackungsbehälter. Die erstgenannte Patentanmeldung wurde am 19. Juli 1951 bekanntgemacht. Im Einspruchsverfahren reichte der Kläger im September 1952 neue, nach der Auffassung der Beklagten erheblich eingeschränkte Schutzansprüche ein. Das Patent wurde schließlich durch Beschluß des Bundespatentgerichts vom 20. Dezember 1962 - 11 W 530/61 - endgültig versagt. Das Gebrauchsmuster, bezüglich

dessen ein Löschungsstreit anhängig war, ist durch Zeitablauf erloschen.

Am 1. Oktober 1952 schlossen die Parteien, die schon vorher bei der Entwicklung des erfindungsgemäßen Verpackungsbehälters zusammengearbeitet hatten, einen Lizenzvertrag über den Gegenstand der Schutzrechtsanmeldungen des Klägers. Die Beklagte erhielt die ausschließliche Herstellungslizenz und verpflichtete sich, 10 % vom Erlös an den Kläger als Lizenzgebühr abzuführen (§§ 1, 3 des Vertrages). Der Kläger war berechtigt, zum Zweck der Abrechnungskontrolle die Bücher der Beklagten einzusehen. Er sollte Rechnungsdurchschriften von allen Verkäufen erhalten (§ 3). Der Kläger verpflichtete sich zur Abwehr von Angriffen, die von Dritten gegen die Schutzrechte geführt würden. Die Beklagte sollte von ihrer Lizenzzahlungspflicht freiverden, wenn der Kläger dieser Verpflichtung nicht nachkäme (§ 4). Nach § 6 war "Voraussetzung" für den Lizenzvertrag das Bestehen oder die Erteilung eines Schutzes.

Unter dem 4. Februar 1953 vereinbarten die Parteien, daß der Kläger von Verkäufen der Verpackungsbehälter nach den Lizenzschutzrechten, die die Beklagte unter der Bezeichnung "Fixbox" in verschiedenen Größen auf den Markt brachte, an Verbraucher statt der vorgesehenen 10 %igen Umsatzlizenz eine Stücklizenz erhalten sollte, die sich in ihrer Höhe nach dem Rauminhalt der Behälter richten sollte. Für die Typen D (aus Stahlblech) und DL (aus Leichtmetall) betrug die Stücklizenz 4,50 DM.

Zwischen den Parteien ergaben sich alsbald Meinungsverschiedenheiten, die sich unter anderem, vor allem nachdem die Beklagte den Lizenzvertrag wegen angeblicher arglistiger Täuschung über die Schutzrechtslage angefochten

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



hatte, auch auf die Frage der Rechtswirksamkeit des Vertrages erstreckten. In einem außergerichtlichen Vergleich vom 10. April 1954 ließen die Parteien diese Frage offen, vereinbarten jedoch, daß der Lizenzvertrag jedenfalls zum 15. April 1954 mit einer Übergangsfrist von 5 Monaten für die Auslieferung beendet sein solle.

Mit einem Schreiben vom 7. Februar 1953 - QMPC 1935/53 - erteilte der Quartiermeister der US-Armee in Europa der Beklagten einen Auftrag über 6000 Aluminium-Fixbox-Faltkisten der Type DL zur Auslieferung frei Depot Nahbollenbach bis 15. Juni 1953 (sog. Besatzungsauftrag). Es folgten zwei weitere Aufträge über 12 355 Leichtmetallkisten "breadbox" (Breadbox-Auftrag) sowie über weitere 870 Faltkisten Fixbox DL (sog. Offshore-Auftrag). Die Aufträge wurden ausgeführt; die Entgelte für die Lieferungen aus den beiden erstgenannten Aufträgen wurden von deutschen Behörden aus Besatzungskostenmitteln bezahlt. Bei den behördlichen Kontrollen der Preiskalkulation wurde die Feststellung getroffen, daß sich der von der Beklagten erzielte Gewinn mit etwa 4 % des Verkaufspreises in den durch die damals geltenden Leitsätze für die Selbstkostenpreisermittlung bei öffentlichen Aufträgen (LSÖ) bestimmten Grenzen hielt. Der Kläger erhielt aus dem Erlös des Besatzungsauftrags 27.000,-- DM Stücklizenz.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge mit der Behauptung, die Beklagte sei ihren Pflichten aus dem Lizenzvertrag nicht nachgekommen, Verurteilung der Beklagten zur Rechnungslegung, Gewährung der Bucheinsicht und Zahlung von 14.704,49 DM angeblich rückständiger Lizenzgebühren sowie Feststellung der Lizenzzahlungspflicht bezüglich weiterer, sich aus der zu legenden Rechnung ergebender Aufträge gefordert. Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die von der Beklagten aufgeworfenen Fragen nach der Rechtsgültigkeit des Lizenzvertrages, nach der Wirkung der Anfechtung und nach dem Einfluß angeblicher Verstöße des Klägers gegen § 4 des Vertrages (Abwehr von Angriffen gegen die Schutzrechte) und des Nichtbestehens eines wirkamen Patentschutzes auf die vertraglichen Beziehungen unentschieden gelassen und seine Entscheidung auf die Erwägung gestützt, daß die vom Kläger erbrachte Leistung - die Gewährung der ausschließlichen Lizenz - nach der Einschränkung der Schutzansprüche im Einspruchsverfahren eine höhere als die bereits durch geleistete Lizenzzahlungen erbrachte Gegenleistung nicht rechtfertige.

Der Kläger hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Beide Parteien haben im zweiten Rechtszug zunächst ihre früheren Anträge weiterverfolgt. Am 11. Juli 1955 haben die Parteien vor dem Einzelrichter des Oberlandesgerichts einen Vergleich geschlossen. Danach sollte das Gericht einen Sachverständigen bestimmen, der anhand der Geschäftsunterlagen der Beklagten die lizenzfähigen Geschäfte aus der Zeit vom 1. Januar 1952 bis zum 1. September 1954 ermitteln sollte. Der Gutachter sollte zugleich die Gegenforderungen der Beklagten aus Lieferungen an die Firma W. [REDACTED] & Co. KG, die sich mit dem Vertrieb der Fixbox befaßte und deren persönlich haftender Gesellschafter der Kläger war, zur Verrechnung ermitteln. Ausgenommen von der Verrechnung sollten drei Forderungen sein, die die Beklagte unterdessen gegen die Firma W. [REDACTED] beim Amtsgericht - 6a C 413/55 - bzw. beim Landgericht Siegen - 2 O 66/55 und 2 O 67/55 - eingeklagt hatte. Die Beklagte hatte alsdann 75 % der verbleibenden Lizenzgebühr zu zahlen, abzüglich der in den Siegerner Prozessen streitigen Beträge, die die Beklagte bis zur Entscheidung jener Prozesse zurückbehalten durfte. Die Parteien

einigten sich darüber, daß für den Besatzungs- und den Offshore-Auftrag die im Zusatzabkommen vom 4. Februar 1953 vereinbarte Stücklizenz gelten solle. Auch der Umsatz der Beklagten in Spulentransportkisten, für die ein Gebrauchsmuster eingetragen war, von dem längere Zeit streitig gewesen war, wem es zustand, sollte lizenzpflichtig sein. Die Firma W [REDACTED] W [REDACTED] & Co. KG ist dem Vergleich beigetreten. Aufgrund des Vergleichs erstellte die T [REDACTED] KG H [REDACTED] & R [REDACTED] in Köln ein Gutachten; die Beklagte zahlte an den Kläger daraufhin noch 5.690,65 DM Lizenzgebühr und hielt einen weiteren Betrag wegen der in Siegen eingeklagten Forderungen zurück.

Mit Schriftsatz vom 20. September 1956 in dem Rechtsstreit 6a C 413/55 Amtsgericht Siegen erklärte die dort verklagte Firma W [REDACTED] die Anfechtung des vor dem Oberlandesgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen arglistiger Täuschung.

Der Kläger hat daraufhin den vorliegenden Rechtsstreit fortgesetzt und sich auf den Standpunkt gestellt, der Vergleich sei infolge der Anfechtung nichtig. Er hat die Anfechtung wie folgt begründet: Grundlage des Vergleichs vom 11. Juli 1955 sei die Zusicherung der Beklagten gewesen, der Gewinn, den sie aus dem Besatzungsauftrag erzielt habe, sei über 4 % nicht hinausgegangen. Er habe diesen wiederholten Versicherungen trotz anfänglicher Skepsis schließlich Glauben geschenkt und sich deshalb bereit gefunden, für den Besatzungs- und den Offshore-Auftrag auf die ihm an sich zustehende 10 %ige Lizenz zu verzichten und sich mit einer Stücklizenz von 4,50 DM zufrieden zu geben.

Die Zusicherung der Beklagten sei indes wissentlich falsch gewesen. Die Beklagte habe ihn schon in der Absicht,

ihm um die ihm gebührenden Lizenzbeträge zu bringen, zu der Vereinbarung vom 4. Februar 1953 gedrängt. Die Beklagte habe zu dieser Zeit den Besatzungsauftrag bereits sicher gehabt und habe es verhindern wollen, daß er - der Kläger - in angemessener Weise an dem zu erwartenden hohen Gewinn teilhabe. Später habe sich die Beklagte nicht nur geweigert, ihm ihre Kalkulation offen zu legen, sondern habe ihm auch unter Vorwänden die Rechnungsdurchschriften vorenthalten. Sie habe die zur Überprüfung ihrer Kalkulation entsandten Beamten der Bezirksregierung in Arnsberg durch falsche Unterlagen hinters Licht geführt. In Wahrheit habe die Beklagte aus dem Besatzungsauftrag statt der zugegebenen 685.830,-- DM einen Betrag von 874.229,28 DM erlöst. Die Beklagte habe eine geringere als die angegebene Materialmenge bei der Produktion eingesetzt; sie habe billiges amerikanisches Material verarbeitet, in ihren Kalkulationen aber teureres Material berechnet. Schließlich habe sie auch die Fertigungskosten höher angesetzt als sie in Wahrheit gewesen seien. Während die Beklagte nach ihren eigenen Angaben 119,25 DM für jede Fixbox DL erhalten habe, betrügen die Selbstkosten, zu denen sie produziert habe, nur 59,04 pro Kiste, was einen Gewinn von 98 % statt von nur 4 % ergebe.

Von diesen Machenschaften der Beklagten habe er erst am 3. April 1956 hinreichend sichere Kenntnis erlangt, als ihm der Fabrikant vom D■■■■, der früher bei der Beklagten tätig gewesen sei, sich später aber auf dem Gebiet der Blechwarenherstellung als Unternehmer betätigt habe, einen Betriebsabrechnungsbogen gezeigt habe, den der Dipl.-Ing. M■■■■, ebenfalls früher ein Angestellter der Beklagten, über die Herstellung der Faltkiste DL angefertigt und der mit eben diesem Betrag von 59,04 DM geschlossen habe. In diesem Augenblick habe er erkannt, daß ihn die Beklagte

unter Aufrechterhaltung ihrer früher schon verübten Täuschungshandlungen zu dem Vergleich veranlaßt habe.

Der Kläger hat im zweiten Rechtszug folgende Forderungen geltend gemacht:

- a) 41.688,-- DM Restlizenz für den Besatzungsauftrag;
- b) 8.991,72 DM Lizenzgebühren für den Offshore-Auftrag;
- c) 13.405,65 DM angeblich entgangenen Händlergewinns aus Aufträgen, die die Beklagte über die Firma W [REDACTED] hätte abwickeln müssen;
- d) 3.948,25 DM Restlizenzgebühr nach dem Gutachten H [REDACTED] & R [REDACTED] über die gezahlten und die wegen der in Siegen eingeklagten Forderungen zurückzubehaltenen Beträge hinaus.

Der Kläger hat beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zur Zahlung von 68.033,62 DM nebst 5 % Zinsen von 8.991,72 DM seit dem 1. August 1953, von weiteren 3.948,25 DM seit dem 1. April 1954, von weiteren 13.405,65 DM seit dem 1. Juni 1954 sowie von weiteren 41.688,-- DM seit dem 1. Juli 1955 zu verurteilen.

Er hat ferner um Zurückweisung der Anträge der Beklagten gebeten.

Die Beklagte hat in erster Linie beantragt,

festzustellen, daß der Prozeß durch den am 11. Juli 1955 geschlossenen gerichtlichen Vergleich erledigt sei,

und hilfsweise,

widerklagend, den Kläger zur Zahlung von 5.690,65 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1957 zu verurteilen.

Die Beklagte hält den Vergleich für rechtswirksam, die Anfechtung für unbegründet. Sie hat bestritten, den Prüfern der Bezirksregierung oder dem Kläger falsche Angaben über die Gewinnspanne beim Besatzungsauftrag gemacht zu haben. Sie hat im einzelnen dargelegt, daß die besonderen Umstände bei der Fertigung - Zeitdruck, Einstellung zahlreicher ungelerner Arbeitskräfte, umfangreiche Kontrollvorschriften der amerikanischen Besatzungsmacht, mangelnde Vertrautheit mit den speziellen Gegebenheiten bei der (erstmalig in größerem Umfang erfolgten) Herstellung von Leichtmetallfaltkisten, Notwendigkeit der Anschaffung oder Anmietung von Maschinen und Werkzeugen - die Selbstkosten so in die Höhe getrieben hätten, daß der Gewinn 4 % nicht überstiegen habe.

Das Oberlandesgericht hat durch Vernehmung von Zeugen und Einholung der Gutachten zweier Sachverständiger Beweis erhoben. Es hat ferner durch Beweisbeschluß vom 12. Februar 1965 der Beklagten aufgegeben, eine Anzahl von Unterlagen, nämlich Empfangsbescheinigungen und Zahlungsanweisungen der US-Armee, Bestellungen, Rechnungen und Zahlungsbelege über Materialeinkäufe sowie Kalkulationsunterlagen vorzulegen. Die Beklagte ist dieser Aufforderung nicht nachgekommen. Das Oberlandesgericht hat folgende Akten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht: 6 a C 413/55 Amtsgericht Siegen, 2 O 66/55 = 2 O 273/61 Landgericht Siegen = 8 U 58/58 OLG Hamm, 2 O 67/55 = 2 O 205/56 Landgericht Siegen = 8 U 206/57 OLG Hamm, 9 PLs 3913/60 StA Siegen, 9 PLs 3656/60 StA Siegen, 6 Js 929/61 StA Siegen, 6 Js 1006/63 StA Siegen.

6 Js 1037/63 StA Siegen, Heft V/PÜ Nr. B 2 p/T 2 Regierungs-
präsident Arnsberg (Bl. 1075 d.A.), Gutachten der T [REDACTED]
KG H [REDACTED] & R [REDACTED] vom 5. März 1956.

Das Oberlandesgericht hat durch das angefochtene Urteil festgestellt, daß der Rechtsstreit durch den Vergleich vom 11. Juli 1955 erledigt sei, und dem Kläger die nach dem Vergleichsabschluß durch die Fortsetzung des Rechtsstreits entstandenen Kosten auferlegt.

Gegen dieses am 16. September 1965 zugestellte Urteil richtet der Kläger die am 15. Oktober 1965 beim Bundesgerichtshof eingegangene Revision, die er mit einem am 29. Oktober 1965 eingegangenen Schriftsatz begründet hat. Er verfolgt seinen zuletzt gestellten Klageantrag weiter und rügt im besonderen die Verletzung der §§ 138 Abs. 1 und 4, 286, 391, 423, 427, 444, 445, 545 ZPO, 123 und 779 BGB. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Begründung des angefochtenen Urteils geht unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts davon aus, daß der Streit über die Nichtigkeit eines Prozeßvergleichs durch Fortsetzung des Rechtsstreits auszutragen sei, den der Vergleich habe erledigen wollen. Den Hilfsantrag der Beklagten hat das Oberlandesgericht als bedingte unselbständige Anschlußberufung aufgefaßt.

Das angefochtene Urteil führt sodann aus, daß die Höhe des Gewinns aus dem Besatzungsauftrag ein umstrittener und

zweifelhafter Punkt in den Vergleichsverhandlungen gewesen sei. Der Kläger habe die Versicherungen der Beklagten schließlich hingenommen; sie seien aber damit nicht Vergleichsgrundlage (§ 779 BGB) geworden. Vielmehr habe der Kläger, wie der Schriftwechsel zwischen ihm und seinen Prozeßbevollmächtigten vor dem Vergleichsabschluß zeige, gehofft, durch das aufgrund des Vergleichs zu erstattende Gutachten den Sachverhalt im Sinne seiner Vorstellungen weiter aufzuklären.

Die Anfechtung - deren Rechtzeitigkeit offengelassen worden ist - greife nicht durch. Zwar ergreife die durch die dem Vergleich beigetretene Firma W. [REDACTED] erklärte Anfechtung gemäß § 142 BGB den Vergleich insgesamt, so daß sich der Kläger an sich darauf berufen könne. Es sei dem Kläger aber nicht gelungen, die arglistige Täuschung, deren objektive und subjektive Tatbestandsmerkmale er, ohne sich, von Ausnahmen abgesehen, auf einen Anscheinsbeweis berufen zu können, nachweisen müsse, zu beweisen.

Im einzelnen ist hierzu ausgeführt worden:

Es treffe zwar zu, daß die Beklagte vor dem Abschluß des Vergleichs versichert habe, sie habe an dem Besatzungsauftrag nicht mehr als 4 % verdient; sie habe ein reines Gewissen, alle ihre Unterlagen könnten eingesehen werden; Prüfungen durch den Regierungspräsidenten in Arnsberg hätten die Richtigkeit ihrer Angaben bestätigt.

Es sei indes nicht nachgewiesen, daß diese Angaben nicht zuträfen. Richtig sei zunächst, daß die Bezirksregierung die Kalkulation der Beklagten wiederholt geprüft und keinen Anlaß zur Beanstandung gefunden habe. Nach dem

Ergebnis der Beweisaufnahme sei nicht festzustellen, daß der Besatzungsauftrag mehr als 4 % erbracht habe. Die beiden Prüfer der Bezirksregierung hätten keinen höheren Gewinn ermittelt. Der gerichtliche Sachverständige Melot de Beauregard habe keine Anhaltspunkte dafür gefunden, daß die Beklagte den behördlichen Prüfern falsche oder unvollständige Unterlagen vorgelegt habe. Melot de Beauregard habe zwar nicht alle Kalkulationsunterlagen gesehen, die Kaupert, dem Prüfer der Bezirksregierung, und noch dem ersten Gerichtsgutachter Dr. Wipper - dessen Gutachten im Urteil nicht verwertet worden ist - vorgelegen hätten. Daraus könne aber nicht geschlossen werden, daß die von Kaupert verwerteten Unterlagen - in erster Linie Materialrechnungen - unrichtig oder unvollständig gewesen seien. Das Gericht könne den von dem Kläger behaupteten Inhalt der Unterlagen nicht gemäß § 427 ZPO als bewiesen ansehen, da der Kläger über diesen Inhalt keine bestimmten Angaben gemacht habe, obwohl er dazu hätte in der Lage sein müssen.

Auch hinsichtlich der Fertigungs- und übrigen Selbstkosten habe der Kläger nichts bewiesen, was auf eine Täuschung der behördlichen Prüfer deute. Insbesondere sei die Existenz des sogenannten Betriebsabrechnungsbogens M [REDACTED], der angeblich die Selbstkosten mit 59,04 DM pro Kiste be-
siffert habe, nicht bewiesen. M [REDACTED] habe als Zeuge in Ab-
rede gestellt, daß er die Kosten der Herstellung der Fixbox-
DL-Kiste kalkuliert habe. Von D [REDACTED], so widersprüchlich seine
Aussagen in anderen Punkten auch seien, habe versichert, er
habe einen solchen Betriebsabrechnungsbogen nie besessen;
dies stimme mit den Angaben M [REDACTED] überein. Angesichts die-
ses Beweisergebnisses komme die vom Kläger verlangte Partei-
vernehmung nicht in Frage. Bei dieser Sachlage komme § 427
ZPO dem Kläger nicht zugute. Weiteren Beweisantritten zu

diesem Punkt brauche nicht nachgegangen zu werden. Die Berufung auf die Akten des Regierungspräsidenten sei ein untauglicher Beweisantritt, da diese Behörde den Parteien die Akteneinsicht verweigere. Zur Vorlage weiterer Schriftstücke, die nicht einmal dem Sachverständigen Dr. Wipper vorgelegen hätten, sei die Beklagte nicht verpflichtet. Auch der Vernehmung weiterer und Vernehmung vernommener Zeugen bedürfe es, wie im einzelnen ausgeführt wird, nicht.

Das Gutachten des Sachverständigen Melot de Beauregard, das unabhängig von den behördlichen Prüfungsberichten die Selbstkosten untersucht habe, gelange zu dem Ergebnis, daß anzunehmen sei, der Gewinn habe sich in den durch die LSÖ gezogenen Grenzen gehalten.

In der Auseinandersetzung mit diesem Gutachten stellt das angefochtene Urteil zunächst fest, der Erlös habe 685.830,-- DM, entsprechend 114.305,-- DM für jede Kiste betragen. Der vom Kläger behauptete Mehrerlös von 188.399,28 DM entfalle, was urkundlich nachgewiesen sei, auf den gleichzeitig abgerechneten Breadbox-Auftrag.

Auf der Kostenseite seien zwar keine Unterlagen vorgelegt worden, die die Behauptungen der Beklagten lückenlos belegten. So sei nur ein Teil der Materialrechnungen bekannt. Vollständige Aufzeichnungen über die Herstellungskosten seien nicht in den Rechtsstreit eingeführt worden. Die LSÖ-Vorkalkulation vermöge keine zuverlässigen Anhaltspunkte zu liefern. Die Existenz des sog. Betriebsabrechnungsbogens Maire sei unbewiesen, die Herkunft der vom Kläger daraus vorgetragenen Einzeldaten ungewiß. Ein Vergleich mit den bekannten Preisen anderer Faltkisten führe nicht zu zuverlässigen Feststellungen.

Demgegenüber habe Melot de Beauregard bei seiner theoretischen Nachberechnung ermittelt, daß unter normalen Produktionsverhältnissen, d.h. bei einer eingelaufenen Dauerfertigung, ein Preis von 99,97 DM pro Stück und unter Berücksichtigung der zahlreichen kostensteigernden Faktoren des Besatzungsauftrags ein Preis von etwa 125,-- DM bei einem Gewinn von 3,54 % berechtigt gewesen sei. Die Überprüfung dieses Ergebnisses an Hand der vorliegenden Unterlagen könne zwar zu einigen geringfügigen Korrekturen zu Gunsten der Auffassung des Klägers führen; andererseits seien aber auch Abweichungen zu berücksichtigen, die insgesamt zur Folge hätten, daß schon dann, wenn der Zuschlag für die besonderen kostensteigernden Umstände, den Melot de Beauregard mit 30 % der Selbstkosten angegeben habe, nur 26 % betrage, der Gewinn sich auf nicht mehr als 4 % belaufen würde. Danach stehe nicht fest, daß die Angaben der Beklagten falsch gewesen seien. Noch weniger könne angenommen werden, daß die Beklagte das Bewußtsein gehabt habe, der Kläger zu täuschen; dies nachzuweisen, habe der Kläger auch nicht einmal versucht.

In einer abschließenden Hilfserwägung legt das angefochtene Urteil an Hand des Beweisergebnisses dann dar, daß die Anfechtung nicht einmal dann durchgreife, wenn man von einem Gewinn von 16 % ausgehe, da, wie sich gezeigt habe, der Kläger auch zur Zeit der Vergleichsverhandlung mit einem Gewinn in dieser Größenordnung gerechnet habe und folglich durch etwaige falsche Angaben der Beklagten nicht getäuscht worden sei.

II. 1. Die Rüge der Revision, das angefochtene Urteil habe zu Unrecht angenommen, daß im Augenblick des Vergleichsabschlusses die Höhe des Gewinns aus dem Besatzungsauftrag

einen Streitpunkt gebildet habe, während in Wahrheit die Erzielung eines Gewinns von nicht mehr als 4 % die von beiden Parteien akzeptierte Vergleichsgrundlage darstelle, deren Fehlen den Vergleich nach § 779 BEG unwirksam mache, erweist sich als unbegründet.

Bei der vom Oberlandesgericht getroffenen Feststellung, die Höhe des Gewinns sei umstritten und zweifelhaft gewesen (S. 20 der Urteilsausfertigung), handelt es sich um eine tatrichterliche Feststellung, die das Revisionsgericht nur darauf nachprüfen darf, ob sie unter Verletzung von Erfahrungssätzen oder Denkgesetzen zustande gekommen ist und ob insoweit verfahrenswidrig Verhandlungsstoff außer acht gelassen worden ist (vgl. hierzu auch das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 4. April 1968 - VII ZR 152/65).

Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr erweist sich die Feststellung als ein wenn nicht zwingender, so doch naheliegender Schluß, der sich aus dem Verlauf des Streits zwischen den Parteien bis zum Vergleichsabschluß aufdrängt. Zwar haben die Vertreter der Beklagten stets und nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils auch während der Vergleichsverhandlungen mit Nachdruck betont, die Beklagte habe an dem Besatzungsauftrag nicht mehr als 4 % verdient, und der Kläger hat diese Erklärung, wie das Oberlandesgericht feststellt, schließlich auch hingenommen und sich im Vergleich sowohl für den Besatzungs- als auch für den Offshore-Auftrag mit einer Stücklizenz von 4,50 DM entsprechend der Zusatzvereinbarung vom 4. Februar 1953 zufrieden gegeben.

Es mag allein zweifelhaft sein, ob diese Feststellung, daß nämlich der Kläger die Versicherungen über die Höhe des

Gewinns zum Anlaß genommen habe, die Stücklizenz zu akzeptieren, hinreichend begründet ist. Hiergegen könnte sprechen, daß die Zusatzvereinbarung vom 4. Februar 1953, zu der sich freilich der Kläger nur aufgrund einer Täuschung durch die Beklagte bereitgefunden haben will, ausdrücklich auch Fixbox-Behälter des Typs DL aus Aluminium, wie sie im Rahmen der streitigen Aufträge geliefert worden sind, betrifft. Deshalb liegt die Annahme nahe, daß der Kläger sich schon aus diesem Grunde, ohne Rücksicht auf die Höhe des erzielten Gewinns, mit einer Stücklizenz zufrieden gegeben hat. Dies mag indes dahinstehen. Denn jedenfalls beschwert diese Annahme den Kläger nicht.

Daß der Kläger die Versicherungen der Beklagten, der Gewinn habe nur 4 % betragen, nur hingenommen hat, weil er sich in Beweisschwierigkeiten sah und hoffte, durch die auf Grund des Vergleichs vorgesehene Prüfung der Unterlagen eine Bestätigung seines Verdachts, daß der Gewinn in Wahrheit höher gewesen sei, zu erlangen, begründet das angefochtene Urteil mit einem Hinweis auf den ab-schriftlich bei den Akten befindlichen Briefwechsel, den der Kläger in den Tagen vor dem Vergleichsabschluß mit seinen Prozeßbevollmächtigten geführt hat. In seinem Schreiben vom 3. Juli 1955 hat der Kläger die Richtigkeit der gegnerischen Versicherungen bezweifelt und es als ein Ziel der vorgesehenen Prüfung bezeichnet, die wahre Höhe des Gewinns zu ermitteln. In seiner Hilferwägung - allerdings unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung des Vergleichs wegen arglistiger Täuschung - hat das Oberlandesgericht auf weitere Umstände hingewiesen, die verdeutlichen, daß der Kläger den Angaben der Beklagten schon lange mißtraute und daß es der Beklagten nie gelungen war, dieses Mißtrauen zu beseitigen. Insbeson-

dere hatte der Kläger schon wiederholt auf die nach seiner Auffassung bestehenden Unstimmigkeiten betreffend Preis und Menge des für den Besatzungsauftrag verbrauchten Materials hingewiesen und dabei auch Umstände genannt, auf die er unter anderem später seine Anfechtung gestützt hat. Wenn das Oberlandesgericht daraus den Schluß zieht, daß die Höhe des Gewinns beim Vergleichsabschluß umstritten war und deshalb nicht zur von beiden Parteien als zutreffend akzeptierten Vergleichsgrundlage geworden ist, dann ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, und zwar um so weniger, als - was das angefochtene Urteil in diesem Zusammenhang unerwähnt läßt - außer dem Bestehen der Zusatzvereinbarung vom 4. Februar 1953 nach dem damaligen Sach- und Streitstand weitere Umstände vorlagen, die geeignet waren, den Kläger zum Nachgeben hinsichtlich des Lizenzsatzes zu veranlassen. So hatte sich die Beklagte - auch noch im zweiten Rechtszuge - auf den Standpunkt gestellt, der Lizenzvertrag sei wirkungslos, weil die Schutzrechte, deren Bestehen zugesichert gewesen sei, nicht zur Entstehung gelangt seien, weil der Kläger seiner Verpflichtung, gegen Verletzer vorzugehen, nicht nachgekommen sei und weil der Kläger die Beklagte über die Schutzrechtslage arglistig getäuscht habe, diese jedenfalls aber nicht der Vertragsgrundlage entsprochen habe; deshalb habe die Beklagte den Lizenzvertrag angefochten, mindestens aber den Rücktritt erklärt oder den Vertrag gekündigt. Das landgerichtliche Urteil war auf alle diese rechtlichen Gesichtspunkte nicht abschließend eingegangen, sondern hatte die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß die Leistungen des Klägers mit den von der Beklagten erhaltenen Zahlungen "vollauf abgegolten" seien. Zur Zeit des Vergleichsabschlusses war deshalb nicht sicher

vorherzusehen, ob das Gericht den Auffassungen und dem Vorbringen der Beklagten folgen würde. Auch aus diesem Grunde erscheint die Schlußfolgerung des Oberlandesgerichts, die Höhe des Gewinns sei nicht zur Vergleichsgrundlage geworden, rechtlich unbedenklich.

2. Damit steht zugleich fest, daß die Rüge, das angefochtene Urteil habe dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage für den Vergleich nicht Rechnung getragen, unbegründet ist. Da die Frage, wie hoch der Gewinn aus dem Besatzungsauftrag gewesen sei, nach den rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Oberlandesgerichts bis zum Vergleichsabschluß umstritten gewesen ist, kann die vom Kläger hingegenommene, aber nach wie vor angezweifelte Angabe der Beklagten, der Gewinn habe sich auf nur 4 % belaufen, nicht zur Geschäftsgrundlage geworden sein.

3. Die Revision greift weiter die Ausführungen des angefochtenen Urteils zur Frage des Vorliegens der Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung an. Sie meint, das Berufungsgericht habe das Vorbringen und die Beweisangebote des Klägers zur Frage der Materiallieferungen nicht hinreichend berücksichtigt.

a) Das Gericht habe sich zu Unrecht damit begnügt, die Materiallieferungen an die Beklagte für den Besatzungsauftrag als im einzelnen nicht mehr nachweisbar zu bezeichnen. Nachdem die Beklagte zunächst einen Teil ihrer Unterlagen, vor allem Lieferantenrechnungen, dem ersten gerichtlichen Sachverständigen Dr. Wipper zugänglich gemacht, sich später indes geweigert habe, diese Unterlagen zu den Akten zu reichen, habe das Gericht in

entsprechender Anwendung des § 444 ZPO den vom Kläger behaupteten Inhalt der fehlenden Rechnungen als bewiesen ansehen müssen. Mindestens habe die Weigerung der Beklagten, die Rechnungen vorzulegen, nach § 138 Abs. 1 ZPO eine Beweislastumkehr nach sich gezogen, mit der Folge, daß es Sache der Beklagten gewesen sei, den Nachweis zu führen, daß die fehlenden Rechnungen nicht den vom Kläger behaupteten Inhalt hätten.

Dieser Angriff ist nicht begründet. Die Vorschrift des § 444 ZPO ist nicht verletzt. Sie räumt dem Gericht die Möglichkeit ein, die Behauptungen einer Prozeßpartei über Inhalt und Beschaffenheit einer Urkunde als bewiesen anzusehen, wenn die Gegenpartei die Urkunde beseitigt oder zur Benutzung untauglich macht in der Absicht, dem Gegner ihre Benutzung zu entziehen. Der Kläger hat nicht einmal behauptet, daß die Beklagte die Rechnungen beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht habe; er hat vielmehr nur darauf hingewiesen, daß die Beklagte die Rechnungen nicht vorgelegt habe und hat angedeutet, daß die Rechnungen sich früher bei einer der beigezogenen Akten befunden hätten, aber daraus verschwunden seien, ohne indes dieses angebliche Verschwinden der Beklagten eindeutig zur Last zu legen. Dem entspricht es, daß er, wie er im Verlaufe des Revisionsverfahrens mitgeteilt hat, eine Strafanzeige wegen Urkundenunterdrückung "gegen Unbekannt" erstattet hat. Danach ist für eine unmittelbare Anwendung des § 444 ZPO kein Raum. Aber auch eine entsprechende Anwendung des § 444 ZPO kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Der von der Revision in der mündlichen Verhandlung als ein sich aus § 444 ZPO ergebender allgemeiner Rechtsgedanke bezeichnete Satz, daß derjenige, der ein Beweis-

mittel nicht hergebe, die Konsequenzen aus seinem Verhalten zu tragen habe, gilt allenfalls mit der Einschränkung, daß es sich um Beweismittel handeln muß, deren Benutzung im Rechtsstreit dem Gegner rechtens zusteht. Gerade dies trifft aber, wie noch im einzelnen darzulegen sein wird (vgl. unter b), auf die Unterlagen über die Materiallieferungen nicht zu.

Auch der Ansicht, über § 138 Abs. 1 ZPO kehre sich in solchem Falle die Beweislast um, vermag nicht gefolgt zu werden. Diese Vorschrift, die die Pflicht der Parteien behandelt, sich vollständig und wahrheitsgemäß zu erklären, bezieht sich nicht auf die Beibringung von Beweisen (vgl. Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl. Anm. 2 A zu § 138 ZPO).

b) In diesem Zusammenhang rügt der Kläger weiterhin die Verletzung der §§ 422, 423 und 427 ZPO. Da die Beklagte die Rechnungen nicht vorgelegt habe, obwohl das Gericht dies angeordnet habe, sei der Inhalt der Urkunden als bewiesen anzusehen. Wenn das Oberlandesgericht beanstandet habe, daß der Kläger den Inhalt der Urkunden nicht detailliert genug beschrieben habe, so bedeute dies eine Überspannung der Anforderungen an einen Beweisantritt. Die Beklagte sei im übrigen sowohl vertraglich zur Offenlegung ihrer Kalkulationsunterlagen, also auch der Lieferantenrechnungen, verpflichtet gewesen, als auch aufgrund der Vorschrift des § 423 ZPO, da sie vor dem Vergleichsabschluß wiederholt erklärt habe, sie habe eine weiße Weste, alle ihre Unterlagen könnten eingesehen werden.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Ob der Kläger den behaupteten Inhalt der Urkunden eingehender hätte darstellen müssen, kann dahinstehen. Denn es ist jedenfalls nicht zu erkennen, worauf sich eine nach den §§ 422, 423 vorausgesetzte Vorlagepflicht der Beklagten gründen sollte.

Wie das angefochtene Urteil zutreffend und insoweit auch unbeanstandet ausführt, sind die Voraussetzungen einer Vorlagepflicht nach den §§ 809, 810 BGB nicht gegeben. Die Beklagte ist auch vertraglich nicht verpflichtet, dem Kläger ihre Kalkulationsunterlagen zugänglich zu machen. Im Lizenzvertrag war eine Umsatzlizenz vereinbart; dem Kläger stand zwar das Recht der Bucheinsicht zu, aber nur, soweit dies erforderlich war, um lizenzpflichtige Umsätze festzustellen. Das heißt, daß sich die Offenbarungspflicht der Beklagten nicht über die den Warenausgang betreffenden Unterlagen hinaus erstreckt. Daran änderte auch die Umstellung auf Stücklizenz nichts, da auch jetzt der Kläger zur Feststellung lizenzpflichtiger Umsätze mit den Kopien der ausgehenden Rechnungen für die gelieferten Behälter auskam. Weitere Bucheinsichtsrechte für den Kläger ergeben sich auch dann nicht, wenn man für diese Frage einmal von der Rechtsgültigkeit des Vergleichs vom 11. Juli 1955 zu seinen Gunsten ausgeht. Denn dem auf Grund des Vergleichs zu ernennenden Sachverständigen war nur aufgetragen, abgesehen von den Gegenforderungen der Beklagten gegen die Firma W [REDACTED], die lizenzpflichtigen Umsätze zu ermitteln, nicht jedoch die Preisgestaltung der Beklagten zu überprüfen.

Schließlich ist nicht zu erkennen, worauf sich die prozessuale Vorlegungspflicht der Beklagten nach § 423 ZPO gründen solle. Das Oberlandesgericht hat zwar mit dem Beweisbeschluß vom 12. Februar 1965 die Vorlegung angeordnet mit der Begründung, die Beklagte sei zur Vorlegung verpflichtet, weil sie im Termin vom 21. Juni 1960 das Gutachten Dr. Wipper, das die Unterlagen verwertet hatte, gegenüber den Beweiseinreden des Klägers gebilligt und sich damit im Sinne des § 423 ZPO auf diese Urkunden zu Beweiszwecken bezogen habe. Im angefochtenen Urteil läßt das Oberlandesgericht jedoch die Frage, ob dieses Verhalten der Beklagten eine Vorlagepflicht begründet habe, offen. Die Frage ist zu verneinen. Die Sitzungsniederschrift vom 21. Juni 1960 läßt nicht erkennen, daß die Beklagte das Gutachten des Sachverständigen Dr. Wipper gebilligt habe. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten hat hiernach überhaupt keine Erklärung zu dem Gutachten abgegeben, sondern lediglich das tatsächliche Vorbringen des Klägers in dessen Schriftsatz vom 13. Juni 1960, der sich unter anderem kritisch mit dem Gutachten auseinandersetzte, bestritten und sich lediglich zu Auskünften bereit erklärt.

Auch die Erklärung der Beklagten während der Vergleichsverhandlungen, ihre Unterlagen seien vollkommen in Ordnung, sie könnten jederzeit eingesehen werden, begründete, wie das angefochtene Urteil zutreffend ausführt, nicht eine Vorlegungspflicht der Beklagten nach § 423 ZPO. Die Beklagte hat sich damit nicht zum Zweck der Beweisführung auf die Urkunden berufen, sondern offensichtlich nur ihrer Versicherung, daß ihre Unterlagen ihren Erklärungen im Rechtsstreit entsprächen, Nachdruck verleihen wollen. Dafür, daß die Beklagte tatsächlich nicht daran dachte, die Unterlagen in den Rechts-

streit einzuführen, spricht, daß sie sich, wann immer sie vom Gericht oder vom Kläger um die Vorlage ersucht worden ist, stets geweigert hat, dies zu tun, und daß sie in dem Vergleich, der ihren oben erwähnten Erklärungen zeitlich unmittelbar nachfolgte, dem Kläger im wesentlichen nicht mehr Kontrollrechte zugestanden hat, als er auf Grund des Lizenzvertrages ohnehin hatte.

4. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Widersprüche übersehen, die sich bei einem Vergleich der Berechnungen des Prüfers K [REDACTED] und des Sachverständigen Dr. Wipper mit dem Gutachten des Sachverständigen Melot de Beauregard hinsichtlich des Materialeinsatzes für die 6000 Fixbox-Faltkisten ergäben. In diesem Zusammenhang sei der Beweisantritt im Schriftsatz vom 9. Juli 1965 (Antrag auf Vernehmung des Staatsanwalts S [REDACTED]) zu Unrecht abgelehnt worden. Da Melot de Beauregard keine Rechnungen über von der Firma Aluminium-Werke W [REDACTED] geliefertes Material gesehen habe, habe das Gericht nicht entgegen dem Vortrag des Klägers davon ausgehen dürfen, daß die von W [REDACTED] bezogenen Bleche ebenso viel gekostet hätten wie die von den Vereinigten Deutschen Metallwerken gelieferten. Ungeklärt sei auch die Frage des Verschnitts. Das Berufungsgericht habe sich nicht damit begnügen dürfen, die Differenz zwischen den Materialangaben im Prüfungsbericht K [REDACTED] und im Gutachten Melot de Beauregard mit der Bemerkung abzutun, daß der Verschnitt und der Ausschuß möglicherweise den ganzen Unterschiedsbetrag ausfüllten. Dabei sei übersehen worden, daß der Sachverständige Dr. Wipper den "Abfall" "aus den Büchern mit 1,35 % nachgewiesen" habe.

Auch diese Rüge geht fehl. Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, daß dem Sachverständigen Melot de Beauregard nicht alle Materialrechnungen vorgelegen haben. Es hat vielmehr darauf hingewiesen, daß wegen der Lückenhaftigkeit der Belege eine genaue Aufklärung der Kalkulationsgrundlagen nicht mehr möglich sei, und hat es gebilligt, daß der Sachverständige unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Faktoren eine theoretische Nachberechnung vorgenommen hat. Damit erledigen sich im Grunde die meisten Angriffe, die der Kläger gegen die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts führt: Indem das Berufungsurteil der in sich geschlossenen Nachberechnung des Sachverständigen folgt, soweit nicht andere Beweismittel andere Ansätze nahelegen, ist es der Aufklärung von Widersprüchlichkeiten in dem Prüfungsbericht K [REDACTED] überhoben gewesen, jedenfalls insoweit, als dieser Bericht nicht zweifelsfrei ergab, daß das Gutachten Melot de Beauregard auf unrichtigen Ansätzen beruhte. Zu diesem Schluß ist das Berufungsgericht hinsichtlich der dem Gutachten Melot de Beauregard entnommenen Werte indes nicht gelangt. Daß ihm bei diesen Erwägungen ein Rechtsfehler unterlaufen sei, ist nicht ersichtlich. Im einzelnen ist hierzu auszuführen:

a) Soweit die Revision eine unaufgeklärte Differenz glaubt feststellen zu können, weil das Berufungsgericht von einem Preis von 45,81 DM für Bleche und Profile je Kiste ausgehe, was die angeblichen hohen Materialbezüge der Beklagten nicht zu erklären vermöge, übersieht sie, daß das Berufungsgericht in diesem Punkt dem Gutachten Melot de Beauregard nicht gefolgt ist, sondern an Hand der Angaben im Prüfungsbericht K [REDACTED] von einem Betrage von 51,21 DM ausgeht.

b) Die Ausführungen des Berufungsgerichts über eine mögliche Erklärung des Unterschiedsbetrages zwischen bezogenen Blechen und Gesamtgewicht der gelieferten Kisten lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Allerdings weist die Revision zutreffend auf die beachtliche Differenz zwischen der Menge des angeblich bezogenen Materials mit etwa 85.000 kg und dem Gesamtgewicht der Kisten mit rund 73.000 kg, bezogen auf die Gesamtmenge von 6870 Kisten (Besatzungs- und Offshore-Auftrag) hin. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß ihm eine völlige Aufklärung dieses Unterschiedes nicht gelungen ist. Es hat aber aus den Anhaltspunkten, die ihm das Ergebnis der Beweisaufnahme für die Höhe des Ausschusses und des Verschnitts geliefert hat, Schlüsse gezogen, die als nach der Lebenserfahrung und den Denkgesetzen möglich erscheinen und darum mit der Revision nicht mit Erfolg angegriffen werden können. So hat der Sachverständige Melot de Beauregard die Ausschußquote mit 5 % angegeben (die vom Berufungsgericht genannte Quote von 3 % betrifft nicht die Gewichtsmenge, sondern den auf das Endprodukt umgelegten Ausschußkostensatz). Den Verschnitt hat Melot de Beauregard auf weitere 3 % geschätzt. Würde man allein diese Angaben zugrunde legen, so würde dies bereits einen Materialschwund von 8 % erklären. Das Berufungsgericht hat aber zu Recht einen weiteren Anhaltspunkt dafür, daß Verschnitt und Ausschuß weit höher gewesen sein können, in Betracht gezogen. Es errechnet aus dem von VDM Werdohl für die Lieferung von Blechen eingeräumten sogenannten "Umarbeitungspreis" von 1,82 DM/kg - anstelle des üblichen Preises von 4,25 DM/kg -, daß bei einer Liefermenge von 4.421 kg und einem Schrottpreis von 0,44 DM/kg die Materialrückgabe etwa 24.000 kg (genau sind es 24.416 kg) betragen habe. Da die Differenz aber

nur 12.000 kg betrage, sei anzunehmen, daß auch Schrott aus anderen Produktionen, etwa dem Breadbox-Auftrag, in der Rechnung berücksichtigt sei. Jedenfalls ist dem Oberlandesgericht darin zuzustimmen, daß die Differenz (die etwa 13,9 % beträgt) durch Verschnitt und Ausschuß eine natürliche Erklärung finden kann und daß sie es nicht rechtfertigt, zugunsten des für das Vorliegen einer arglistigen Täuschung beweispflichtigen Klägers davon auszugehen, daß die Beklagte falsche Angaben über die Menge des verwendeten Materials gemacht habe. Was den Hinweis der Revision, Dr. W. [REDACTED] habe demgegenüber den Abfall auf 1,35 % beziffert, angeht, so ist darauf zu verweisen, daß das Gericht dieses Gutachten mit Recht nicht verwertet hat, da es auf Unterlagen beruht (Akten der Bezirksregierung von Arnsberg und des Wirtschaftsministers von Nordrhein-Westfalen), die dem Kläger nicht zugänglich waren, und daß der Kläger dieses Gutachten insgesamt als falsch und oberflächlich abgelehnt hat. Das Berufungsgericht konnte es deshalb unterlassen, Einzelheiten aus diesem Gutachten in Erwägung zu ziehen. Keinesfalls ist es aber zu beanstanden, daß es in der Frage des Abfalls die durch die Beweisaufnahme zutage geförderten Beweisanzeichen in einem von dem Gutachten Dr. W. [REDACTED] abweichenden Sinne gewürdigt hat.

c) Das Berufungsgericht hat auch keine Widersprüche im Prüfungsbericht K. [REDACTED] hinsichtlich des Materialeinsatzes überschen. Die Revision meint zwar, K. [REDACTED] habe zunächst die Firma V. [REDACTED] als einzigen Lieferanten der Bleche und Profile angegeben und die gelieferte Menge mit 84.851,1 kg zu einem Gesamtpreis von 354.861,96 DM genannt, während sich aus den Akten des Regierungspräsidenten ergebe, daß K. [REDACTED] 63.625,6 kg zum Gesamtpreis von 354.653,46 DM anerkannt habe. Es ist aber nicht zu

erkennen, worauf sich diese Gegenüberstellung stützt. Der Prüfungsbericht nennt vielmehr einen Materialeinsatz von 63.625,6 kg (entsprechend 259.695,97 DM) an Blechen und von 21.306,5 kg (entsprechend 95.165,99 DM) an Rundstangen und Winkelprofilen. Davon abweichende Werte sind in den Angaben K [REDACTED] nicht enthalten. Sollte die Revision vermuten, abweichende Angaben befänden sich in den vom Berufungsgericht zu Recht nicht verwerteten, dem Kläger nicht zugänglich gemachten Akten des Regierungspräsidenten, so kann sie damit im Revisionsrechtszug nicht gehört werden.

d) Zu Unrecht beanstandet die Revision ferner, daß das Berufungsurteil hinsichtlich der Lieferungen der Aluminiumwerke W [REDACTED] vom gleichen Preis ausgehe, wie ihn die Firma V [REDACTED] berechnet habe. Dem Prüfer K [REDACTED] [REDACTED] haben die Rechnungen von Alu-W [REDACTED] vorgelegen. Der Sachverständige Melot de Beauregard hat hinsichtlich der Rechnungen von VDM, die ihm zugänglich waren, festgestellt, daß sie mit den Angaben K [REDACTED] übereinstimmen. Wenn das Oberlandesgericht daraus den Schluß zieht, daß dann auch hinsichtlich der Lieferungen von Alu-Wutöschingen vom gleichen Preis auszugehen sei, dann ist diese Folgerung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

e) Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß es auf die Vernehmung des Staatsanwalts S [REDACTED] in diesem Zusammenhang nicht ankommt. Nach dem Schriftsatz vom 9. Juli 1965 sollte Staatsanwalt S [REDACTED] bekunden können, daß von den 91 Rechnungen, die K [REDACTED] und Dr. W [REDACTED] eingesehen hatten, 49 von W [REDACTED] Frankfurt, 13 von Alu-W [REDACTED] und 29 von der Firma H [REDACTED] stammten.

Der Kläger hat dagegen nicht behauptet, Staatsanwalt S. [REDACTED] wisse, welche Mengen und Preise diese Rechnungen enthielten. Wie angesichts dessen eine Vernehmung dieses Zeugen zur Aufklärung der Materialeinkäufe der Beklagten hätte beitragen können, ist nicht ersichtlich.

5. Der Kläger rügt, das Gericht habe zu Unrecht den als Zeugen benannten Dr. Sch. [REDACTED] (Schriftsatz vom 9. Juli 1965 S. 3) nicht vernommen, obwohl die Vernehmung dieses Zeugen aufgeklärt haben würde, daß die Beklagte in Wahrheit 8000 Kisten an die Besatzungsmacht geliefert haben müsse, was auch den der Beklagten ausgezahlten Erlös von 874.229,28 DM erkläre.

Die Rüge geht fehl. Die Beklagte hat, wie das Berufungsurteil ausgeführt hat, den Empfang von 874.229,28 DM nie bestritten. Von diesem Betrage entfallen aber, was das Oberlandesgericht als durch Urkunden und eine Auskunft des Regierungspräsidenten in Arnsberg nachgewiesen erachtet hat, 187.909,28 DM auf den Breadbox-Auftrag. Ob aus einer gelieferten Menge von 84.959,1 kg Blechen 8000 Faltkisten DL hergestellt werden konnten, was Dr. Sch. [REDACTED] soll bekunden können, ist danach in diesem Zusammenhang unerheblich. Eine solche Aussage würde das Beweisergebnis, daß von den ausgezahlten 874.229,28 DM nur 685.830,-- DM auf den Besatzungsauftrag entfielen, nicht in Frage stellen können.

6. Weitere Revisionsrügen befassen sich mit der Frage nach dem sogenannten Betriebsabrechnungsbogen M. [REDACTED], aus dem sich nach den Behauptungen des Klägers ergeben soll, daß die Selbstkosten der Beklagten für die Herstellung einer Fixbox DL nur 59,04 DM betragen hätten.

a) Zunächst rügt die Revision, das Gericht habe übersehen, daß die Weigerung der Beklagten, den Betriebsabrechnungsbogen vorzulegen, die Beweislast in der Weise umgekehrt habe, daß nunmehr die Beklagte beweisen müsse, daß der Betriebsabrechnungsbogen nicht den vom Kläger behaupteten Inhalt gehabt habe.

Die Rüge ist unbegründet, und zwar schon deshalb, weil das Berufungsgericht die Existenz des Betriebsabrechnungsbogens nicht als bewiesen angesehen hat. Wenn nicht einmal feststeht, daß eine Urkunde, deren Vorlegung durch seinen Gegner der Beweisführer begehrt, existiert, dann können aus der Nichtvorlage dieser Urkunde keine dem zur Vorlegung Aufgeforderten nachteiligen Folgerungen gezogen werden.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht von der im Schriftsatz vom 27. November 1958 S. 11 beantragten Parteivernehmung zu der Frage der Existenz und des Inhalts des Betriebsabrechnungsbogens abgesehen.

Auch diese Rüge geht fehl. Allerdings hat der Kläger in dem genannten Schriftsatz unter anderem die Vernehmung der persönlich haftenden Gesellschafter Heinz T. [REDACTED] und Hermann T. [REDACTED] jun. zu der Beweisfrage I a des Beweisbeschlusses vom 5. Juli 1960, betreffend die Existenz des sog. Betriebsabrechnungsbogens M. [REDACTED], beantragt. Durch Beweisbeschluß vom 2. Mai 1961 ist indes die Vernehmung der Komplementäre nur zu einer anderen Frage des Beweisbeschlusses vom 5. Juli 1960 angeordnet und bezüglich der Gesellschafter Heinz T. [REDACTED] und Otto T. [REDACTED] auch durchgeführt worden, während der Kläger auf die Vernehmung von Hermann T. [REDACTED] jun. ver-

zichtet hat. Zu der Frage Ia sind die Komplementäre dagegen nicht vernommen worden. Wenn das Berufungsgericht die Parteivernehmung unter Hinweis auf die Vorschrift des § 445 Abs. 2 ZPO ablehnt, dann ist diese Begründung in der Tat nicht unbedenklich, da das Gericht nicht von der bewiesenen Nichtexistenz des Kalkulationsbogens ausgeht, sondern davon, daß seine Existenz nicht bewiesen sei. Im Ergebnis aber ist nichts dagegen einzuwenden. Nach § 445 ZPO ist der Beweisantritt durch Parteivernehmung zulässig, wenn entweder der Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist oder der Beweisführer andere Beweismittel nicht vorgebracht hat. Weder die eine noch die andere Zulässigkeitsvoraussetzung ist gegeben. Zum selben Beweisthema hat der Kläger unter anderem einige Kommanditisten der Beklagten, den Fabrikanten vom D. [REDACTED] und den Dipl.-Ing. M. [REDACTED] als Zeugen benannt, die alle vernommen worden sind. Keiner von ihnen hat die Existenz des Betriebsabrechnungsbogens bestätigt. M. [REDACTED], der ihn erstellt haben soll, hat dies in Abrede gestellt. Vom D. [REDACTED], der ihn dem Kläger gezeigt haben soll, hat ausgesagt, er habe ihn nie besessen. Danach hat der Kläger andere Beweismittel als die Parteivernehmung angegeben; er hat aber damit nicht einmal, was § 445 ZPO voraussetzt, einigen, wenn auch ungenügenden Beweis erbracht. Aus demselben Grunde verbot es sich auch, die Komplementäre der Beklagten gemäß § 448 ZPO von Amts wegen als Partei zu vernehmen.

c) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe die Beeidigung der Zeugen vom D. [REDACTED] und M. [REDACTED] sowie des persönlich haftenden Gesellschafters Heinz T. [REDACTED] mit unzutreffender Begründung abgelehnt. Das Gericht hat aber im Falle der Zeugen vom D. [REDACTED] und M. [REDACTED] die Nichtvereidigung damit begründet, daß es deren insoweit überein-

stimmenden Aussagen glaube, im Falle des Komplementärs Heinz T. [REDACTED], weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der behauptete Inhalt des Kalkulationsbogens betreffend Fixbox Type D widerlegt sei. In beiden Fällen läuft die Begründung darauf hinaus, daß das Gericht den vernommenen Personen Glauben schenkt. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß das Gericht die Grenzen des ihm nach den §§ 391, 452 ZPO eingeräumten pflichtmäßigen Ermessens überschritten habe.

7. Die Revision rügt, das Gericht habe bei der Würdigung des Gutachtens Melot de Beauregard übersehen, daß der Sachverständige angegeben habe, daß Zubehörteile bei einer Großserie billiger seien. Die Rüge geht fehl, da nicht ersichtlich ist, daß das Berufungsgericht dies nicht beachtet hat.

8. Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Beweisantritt im Schriftsatz vom 9. Juli 1965 S. 4 ff (Vernehmung der Zeugen F. [REDACTED] zu der Frage der Herstellungskosten) übergangen.

Es ist indes nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht von der Vernehmung dieser Zeugen abgesehen hat. Der Kläger hat nach seinen Angaben nach der Auflösung des Lizenzvertrages mit der Beklagten mit den Inhabern der Blechwarenfabrik F. [REDACTED] wegen der Herstellung der Fixbox Verbindung aufgenommen. Er hat durch ihr Zeugnis unter Beweis gestellt, daß in ihrem Betrieb die reinen Lohnkosten für die Fixbox DL nur 3,20 DM betrügen. Aus den Gegebenheiten in einem anderen Betrieb lassen sich jedoch nicht annähernd zuverlässige Schlüsse auf die Kostenfaktoren bei der Ausführung des Besatzungsauftrags ziehen.

9. Eine weitere Rüge geht dahin, das angefochtene Urteil gehe zu Unrecht davon aus, daß hinsichtlich der sogenannten "ungünstigen Verhältnisse" beim Besatzungs-auftrag keine Einzelwerte vorlägen. Dabei werde über-
sehen, daß Kalkulationsbogen vorhanden gewesen seien und vorhanden sein müßten.

Die Rüge ist unbegründet. Sie wiederholt im Grun-
de nur die bereits abgehandelte Beanstandung, daß das Gericht die Beklagte habe zwingen müssen, ihre Kalku-
lation vorzulegen. Da indes die Beklagte weder nach
bürgerlichem noch nach Prozeßrecht verpflichtet ist,
im Rechtsstreit ihre Kalkulation zu offenbaren, blieb
dem Berufungsgericht, da auch anderweitig keine geeig-
neten Beweise hierzu angetreten worden sind (vgl. S. 62
d. Urt.Ausf.), keine andere Möglichkeit, als von der
Feststellung von Einzelwerten abzusehen.

10. Die Revision rügt, das angefochtene Urteil
messe der Vorkalkulation der Beklagten zu wenig Be-
deutung bei.

Die Rüge ist unbegründet. Die Vorkalkulation hat
zwar erhebliche Bedeutung für die Preisberechnung, die
dem Angebot vorhergeht, sie vermag jedoch mindestens
im vorliegenden Falle, in dem eine Reihe ungewöhnlicher
und teilweise schwer vorhersehbarer Umstände die Ferti-
gungskosten beeinflussen, keinen sicheren Anhaltspunkt
für die tatsächlichen Kosten der Herstellung zu lie-
fern. Die Nichtberücksichtigung der Vorkalkulation
durch das Berufungsgericht erweist sich jedenfalls im
konkreten Falle als nicht von Rechtsirrtum beeinflusst.

Zudem ist nicht ersichtlich, in welcher Beziehung der Kläger durch den behaupteten Gesetzesverstoß beschwert ist, da doch die Vorkalkulation zu keinem für ihn günstigeren Ergebnis als das Gutachten Melot de Beauregard führt.

11. Schließlich rügt die Revision, das angefochtene Urteil nehme zu Unrecht an, daß die Beklagte bei dem Besatzungsauftrag nicht nur keinen Gewinn erzielt, sondern sogar einen Verlust erlitten habe. Damit setze sich das Urteil sogar in Widerspruch zu den Angaben der Beklagten, die doch immerhin einen Gewinn von 4 % einräume.

Auch diese Rüge geht fehl. Die Revision bezieht sich mit ihr offensichtlich auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils auf S. 63 der Urteilsausfertigung. Sie übersieht dabei, daß das Urteil nicht etwa feststellt, daß die Beklagte mit Verlust gearbeitet habe. Das Urteil führt vielmehr aus, daß sich bei der Annahme einer 30 %igen Kostensteigerung wegen ungünstiger Verhältnisse ein Verlust ergeben würde und daß, da die Beklagte selbst einen Gewinn von 4 % zugebe, die Kostensteigerung etwas niedriger - bei 26 % - gelegen haben möge als Melot de Beauregard sie ansetze. Diese Erwägung ist angesichts dessen, daß die Berechnungen des Sachverständigen wegen des Fehlens erschöpfender Unterlagen immerhin von Unsicherheitsfaktoren begleitet waren, nicht zu beanstanden.

12. Die Revision kann sonach mit ihren Angriffen gegen die im angefochtenen Urteil in erster Linie gegebene Begründung nicht durchdringen. Da diese umfang-

reiche, sorgfältige Begründung auch im übrigen einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt, braucht auf die gegen die Hilfserwägung (S. 65 - 73 der Urteilsausfertigung) erhobene Rüge der Revision (S. 3/4 der Revisionsbegründung) nicht eingegangen zu werden.

III. Die Revision muß mithin zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Spreng

Claßen

Trüstedt

Ballhaus

Bruchhausen