

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

X ZR 2/96

vom

27. Februar 1996

in dem Rechtsstreit

E M [REDACTED] G [REDACTED] - G [REDACTED] - C [REDACTED], Inhaber Egon
K [REDACTED], Am S [REDACTED] 30, L [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

M [REDACTED] G [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch
den Geschäftsführer Uwe H. Z [REDACTED], I [REDACTED] straße 22,
R [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am
27. Februar 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge
und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß,
Dr. Melullis und Dr. Greiner

beschlossen:

Der Antrag der Beklagten, das Urteil des 6. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. Oktober
1995 zur Höhe der Sicherheitsleistung abzuändern, wird
abgewiesen.

Gründe:

I. Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einer angeblich
unberechtigten Verwarnung in Anspruch. Die Beklagte hat am
14. Mai 1984 das am 9. August 1984 eingetragene Gebrauchsmu-
ster 8.414.673 für sogenannte Chinaherde angemeldet. Die
Klägerin schloß am 31. März 1988 einen Alleinvertriebsver-
trag mit einer Drittfirma, der auch Chinaherde umfaßte.
Hierauf verwarnte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben
vom 16. Januar 1989, weil sie denselben Chinaherd seit 1983
vertreibe und insoweit ein Gebrauchsmuster erwirkt habe. Am
23. Januar 1989 gab die Klägerin die geforderte Unterlas-
sungserklärung ab und nahm keine Chinaherde ihrer Lieferan-
tin mehr ab. Diese verlangte daraufhin Schadensersatz von
der Klägerin.

Mit Schreiben vom 3. Juli 1989 stellte die Klägerin fest, daß das Gebrauchsmuster der Beklagten wegen offenkundiger Vorbenutzung löschungsreif war, forderte sie auf, auf das Gebrauchsmuster zu verzichten und stellte Löschantrag. Die Beklagte bestritt eine offenkundige Vorbenutzung und widersprach zunächst dem Löschantrag. Am 2. Februar 1990 nahm sie jedoch ihren Widerspruch im Lösungsverfahren zurück. Hierauf wurde das Gebrauchsmuster am 27. März 1990 gelöscht. Die Beklagte erstattete der Klägerin die Verwarnungskosten und die Anwaltsgebühren im Lösungsverfahren.

Die Klägerin begehrte von der Beklagten wegen ungerechtfertigter Verwarnung aus dem gelöschten Gebrauchsmuster Schadensersatz in Höhe von 656.233,84 DM. Das Landgericht hat die Klage teils als unzulässig, teils als unbegründet abgewiesen, weil die Klägerin in Kenntnis der Vorbenutzung den Schaden selbst verschuldet habe. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 252.470,27 DM nebst 5 % Zinsen hieraus seit 24. April 1990 sowie von 5/13 der Kosten des Rechtsstreits verurteilt. Es hat das Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt und der Beklagten nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 270.000.-- DM abzuwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leiste, und bestimmt, daß die Sicherheit auch durch Bankbürgschaft erbracht werden könne. Einen hiernach gestellten Antrag der Beklagten auf Erhöhung der Sicherheitsleistung hat das Berufungsgericht mit Beschluß vom 4. Januar 1996 als unbegründet zurückgewiesen, da über die Höhe der Sicherheit mit Selbstbindung nach § 318 ZPO im Ur-



teil entschieden worden sei. Ein Antrag nach § 712 ZPO sei bis zum Berufungsurteil nicht gestellt und deshalb auch nicht übergangen worden.

Die Beklagte hält die Sicherheitsleistung für zu niedrig und begehrt vorab eine Abänderung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit dahin, daß ihr nachgelassen werde, die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 400.000,-- DM abzuwenden, sofern nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin tritt dem Antrag entgegen.

II. Der Antrag bleibt ohne Erfolg.

Die Beklagte stützt ihr Begehren auf eine entsprechende Anwendung der §§ 718 Abs. 1, 719 Abs. 2 ZPO. Das Berufungsgericht habe die Sicherheit ersichtlich zu gering berechnet. Laut Aufstellung der Klägerin belaufe sich die zu vollstreckende Forderung zum 13. Dezember 1995 bereits auf 324.679,29 DM. Hinzu kämen für jeden Tag 35,07 DM weitere Zinsen auf Hauptsache und Kosten. Zusammen mit den nach dem Kostenfestsetzungsbeschluß geschuldeten Kosten und den Kosten der Zwangsvollstreckungsversuche ergebe sich ein Gesamtbetrag von knapp 345.000,-- DM. Bei einer geschätzten Dauer des Revisionsverfahrens von zwei Jahren belaufe sich der Zinsanspruch der Beklagten aus §§ 717 Abs. 3 ZPO, 818 Abs. 4 BGB auf knapp 28.000,-- DM. Bei erfolgreicher Revision stehe der Beklagten daher ein Anspruch auf Erstattung von 370.000,-- DM bis 380.000,-- DM zu.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet in der Revisionsinstanz nicht statt (§ 718 Abs. 2 ZPO). Eine Grundrechtsverletzung, die eine außerordentliche Beschwerde entgegen diesem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers gestatten könnte, ist nicht ersichtlich und von der Beklagten nicht behauptet. Es ist daher nicht zu prüfen, ob sich das Berufungsgericht - entgegen der Ansicht der Beklagten - bei der Bestimmung der Höhe der Sicherheit im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen (§ 108 ZPO) gehalten hat.

Die von der Beklagten begehrte (entsprechende) Anwendung des § 719 Abs. 2 ZPO scheidet aus. Zwar konnte die Beklagte die vom Berufungsgericht erst im Urteil festgesetzte Höhe der Sicherheit nicht voraussehen, so daß im Hinblick hierauf während der Berufungsinstanz keine Veranlassung zu einem Antrag nach § 712 ZPO bestand (vgl. BGH, Beschl. v. 08.08.1991 - I ZR 141/91, NJW 1992, 376). Eine entsprechende Anwendung des § 719 Abs. 2 ZPO ist jedoch nicht veranlaßt. Die Beklagte hat ihr Rechtsmittel nicht begründet; dessen Erfolgsaussichten können daher nicht ausreichend beurteilt werden. Einen unersetzlichen Nachteil durch eine Zwangsvollstreckung hat die Beklagte nicht dargetan. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 719 Abs. 2 ZPO in dem von der Beklagten gewünschten Sinne einer Erhöhung der Sicherheit spricht im übrigen bereits der aus § 718 Abs. 2 ZPO ersichtliche Wille des Gesetzes, eine Entscheidung des Revisionsgerichts über die vorläufige Vollstreckbarkeit auszuschließen.

10

- 6 -

Eine mündliche Verhandlung war nicht erforderlich (§ 719 Abs. 3 ZPO). Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht (§ 1 GKG; § 37 Nr. 3 BRAGO).

Rogge

Greiner