

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 7/72

URTEIL

Verkündet am

24. Oktober 1972
Schwingen,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Schlachtermeisters und Landwirts Fritz B[REDACTED],
G[REDACTED]-La[REDACTED], Kreis P[REDACTED], Am d[REDACTED] K[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

gegen

die Firma Gebrüder Co[REDACTED] KG, Wirk- und Strickwaren-
fabrik, T[REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Karl Co[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED], [REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1972 durch den Vorsitzenden Richter Trüstedt und die Richter Claßen, Dr. Bruchhausen, Bendler und Häußer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. November 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Arzt Dr. med. Alfred S. hat am 16. November 1963 das Gebrauchsmuster angemeldet, das am 10. September 1964 eingetragen worden ist. Das Gebrauchsmuster ist nach Verlängerung der Schutzdauer am 16. November 1969 durch Ablauf der Schutzdauer erloschen. Das Gebrauchsmuster betraf eine Hose für Kinder.

- 3 -

Der Schutzanspruch 1 lautet:

Hose für Kinder, gekennzeichnet dadurch, daß sie bis über die Brustwarzen verlängert ist und durch über den Schultern sitzende Träger gehalten wird.

Die Unteransprüche 2 bis 4 beziehen sich auf die verstellbare Befestigung der Träger (Anspruch 2), die Verlängerung der Hosenbeine (Anspruch 3) und die Verbreiterung der Träger über den Schultern (Anspruch 4).

Dr. S. hat am 7. August 1967 dem Kaufmann Ernst Mu. das ausschließliche Recht zur Auswertung des Gebrauchsmusters übertragen. Mu. hat im Jahre 1967 Verhandlungen mit der Beklagten aufgenommen, die am 8. Februar 1968 zum Abschluß eines Lizenzvertrages führten, dem Dr. S. zustimmte.

In dem Vorwort des Lizenzvertrages heißt es:

"... Mu. ist berechtigt, seine Rechte aus dem Vertrag vom 7. August 1967 an Dritte weiterzugeben, was durch den gegenwärtigen Vertrag geschieht."

Nach § 1 des Lizenzvertrages übertrug Mu. der Beklagten das ausschließliche Verwertungsrecht an dem Gebrauchsmuster. Nach § 5 hatte die Beklagte eine Lizenzgebühr von 10 % der Netto-Verkaufspreise der unter das Schutzrecht fallenden 4 Ausführungsformen von Kinderschlüpfen zu zahlen. Die Zahlung hatte je zur Hälfte an Mu. und Dr. S. zu erfolgen. Mit der Zahlung war Abrechnung zu erteilen. Mu. erhielt das Recht,



jährlich einmal die Richtigkeit der Abrechnung prüfen zu lassen. § 6 des Lizenzvertrages lautet wie folgt:

"Die Firma Gebr. Co. [REDACTED] (Beklagte) nimmt die 4 Kinderschlüpfer in die Vertreterkollektion auf und wird bestrebt sein, den Absatz nach Möglichkeit zu fördern. Die Firma Gebr. Co. [REDACTED] wird ihre Vertreter entsprechend anweisen, übernimmt für den Absatz aber keinerlei Garantie, wie sie auch zur Werbung für die Schlüpfer nicht verpflichtet ist."

Die Beklagte hat für die Verkäufe im ersten und zweiten Halbjahr 1968 Lizenzgebühren in Höhe von 15,67 DM und 15,39 DM abgerechnet. Mu. [REDACTED] und Dr. S. [REDACTED] verlangen weitaus höhere Beträge von der Beklagten. Sie haben dem Kläger je einen Teilbetrag ihrer Forderung gegen die Beklagte in Höhe von 35 000 DM abgetreten, den dieser mit 4 % Zinsen seit dem 16. Juli 1968 - den Anspruch von Dr. S. [REDACTED] hilfsweise - mit der Klage geltend macht.

Der Kläger stützt seine Klage in erster Linie auf die von Mu. [REDACTED] erworbene Forderung.

Der Kläger hat geltend gemacht, Mu. [REDACTED] oder andere Abtretungsempfänger könnten mehr als die von der Beklagten abgerechneten Beträge an Lizenzgebühren verlangen. Außerdem schulde die Beklagte Schadensersatz von mindestens 260 000 DM, weil die Beklagte die Kinderhosen nicht rechtzeitig hergestellt, vielmehr deren Produktion verzögert habe, um nach Ablauf des Schutzrechts lizenzfrei produzieren zu können. Die Beklagte habe nicht in der richtigen Weise für die Kinderhosen

geworben; dazu sei sie verpflichtet gewesen; ihr sei nur die über das übliche hinausgehende Werbung durch Rundfunk und Fernsehen erlassen worden. Die Beklagte habe den Verkaufspackungen entgegen einer Verabredung nicht ein ärztliches Gutachten von Dr. S. beigefügt. Bei den Vertragsverhandlungen habe die Beklagte zugesichert, daß sie 40 000 Geschäfte beliefern. Sie habe jedoch keine diesem Geschäftsumfang entsprechende Werbung betrieben. Der Schadensersatzanspruch des Dr. S. ergebe sich darüber hinaus auch daraus, daß die Beklagte überhaupt keine dem Gebrauchsmuster entsprechenden Kinderhosen hergestellt habe. Dr. S. habe auf der Herstellung mustergemäßer Kinderhosen bestanden.

Die Beklagte hat geltend gemacht, sie habe den Lizenzvertrag erfüllt. Die Aufnahme der Kinderhosen in ihr Verkaufsprogramm habe sich als Fehlschlag erwiesen. Die Beklagte hat den Lizenzvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten, weil Mu. ihr seine Vorstrafen nicht offenbart habe.

Das Landgericht hat die Klage zunächst ohne Beweiserhebung abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Die Beklagte hat die gegen das Urteil des Oberlandesgerichts eingelegte Revision zurückgenommen.

Das Landgericht hat sodann nach Erhebung von Zeugen- und Sachverständigenbeweis erneut die Klage abgewiesen. Es hat den Anspruch auf weitere Lizenzgebühren verneint.

Insoweit hat es auf die Begründung des ersten Berufungsurteils verwiesen. Darin ist ausgeführt worden, daß der Kläger keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgebracht habe, daß die Beklagte Mu[REDACTED] gegenüber nicht pflichtgemäß alle Verkäufe offenbart habe. Einen Schadensersatzanspruch der Vertragspartner der Beklagten hat das Landgericht verneint, weil die streitigen Kinderhosen wegen ihrer unpraktischen Machart und ihrer unangenehmen Tragweise nicht absetzbar seien.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag

auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung
von 35 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem
16. Juli 1968

weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Ansprüche aus Vertragsverletzung sind nicht gegeben; hinsichtlich der Ansprüche aus Verschulden beim Vertragsschluß leidet das Berufungsurteil an einem Verfahrensverstoß.

I. Ansprüche wegen Vertragsverletzung.

1. a) Das Berufungsgericht hat die Beklagte für verpflichtet angesehen, in der Weise für die Kinderhosen zu werben, wie sie sonst für ihre Waren geworben habe. Es hat festgestellt, daß die Beklagte für die Kinderhosen mit den sonst bei ihr üblichen Werbemethoden geworben habe. Zu mehr sei sie nicht verpflichtet gewesen. Das Gutachten von Dr. S. [REDACTED] sei der Ware beigelegt worden.

b) Die Revision rügt demgegenüber, daß die Werbung bei dem speziellen Artikel, den die Kinderhosen darstellten, hätte anders verlaufen müssen, nachdem sich ergeben hätte, daß man mit den üblichen Methoden nicht weiterkam. Das habe auch der Sachverständige erklärt.

c) Die Rüge hat keinen Erfolg. Sie setzt sich in Widerspruch zu der Feststellung des Vertragsinhalts durch das Berufungsgericht. Dieses hat festgestellt, daß die Beklagte zu einer über das übliche hinausgehenden Werbung nicht verpflichtet war. An diese tatsächliche Feststellung ist der Senat gebunden. Auf die weitere Rüge der Revision, das Gutachten Dr. S. [REDACTED] hätte den von der Beklagten vertriebenen Kinderhosen nicht beigelegt werden dürfen, weil diese nicht dem Gebrauchsmuster entsprochen hätten, ist in anderem Zusammenhang näher einzugehen.

2. a) Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß die Beklagte mit dem Vertrieb der Kinderhosen in der vereinbarten Form alsbald begonnen habe, aber trotz außergewöhnlich hoher Provisionssätze für die Vertreter keinen Erfolg gehabt habe, obwohl auch das ärztliche Gutachten in der vorgesehenen Form beigelegt worden sei.

Dr. Seibt habe keinen Anspruch auf Schadensersatz aus dem Gesichtspunkt nicht vertragsgemäßer Herstellung und Vertriebs der Kinderhosen, weil Dr. S. nicht Vertragspartner der Beklagten sei. Mu. habe allein über die Art der von der Beklagten herzustellen- den Kinderhosen zu befinden gehabt.

b) Selbst wenn man zugunsten der Revision davon ausgeht, daß der Beklagten auch gegenüber Dr. S. die Verpflichtung oblag, Kinderhosen nach dem lizenzierten Gebrauchsmuster herzustellen und zu vertreiben, so haben die weiteren Rügen der Revision, die Beklagte habe diese Verpflichtung nicht erfüllt, weil sie Kinderhosen hergestellt und vertrieben habe, die dem Gebrauchsmuster nicht entsprochen hätten, keinen Erfolg. Die Revision verweist auf die Aussage von Dr. S., der als Zeuge bekundet habe, daß das beim Abschluß des Lizenzvertrages vorliegende Muster einer Kinderhose dem Gebrauchsmuster nicht entsprochen habe, und der deshalb einen Mißerfolg mit dem vorgelegten Muster vorausgesagt habe. Das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 9. Juli 1971 auseinandergesetzt, wo dargelegt sei, wie unterschiedlich sich die Trägeranordnung auswirkte.

c) Die Beklagte hat unstreitig Kinderhosen hergestellt und vertrieben, die über die Brustwarzen verlängert waren und durch auf den Schultern sitzende Träger gehalten wurden. Das ergibt der in den vom Berufungsgericht in bezug genommenen Akten II OH 22/68 - LG Hechingen - befindliche Prospekt der Beklagten. Damit hat die

Beklagte Kinderhosen hergestellt, die den Merkmalen des Schutzanspruchs 1 des Gebrauchsmusters entsprechen. In dem als Übergangen gerügten Schriftsatz des Klägers vom 9. Juli 1971 hat der Kläger den Standpunkt vertreten, es sei wesentlich, daß das Kleinkind den Träger an der Hose allein lösen und befestigen konnte. Das sei bei den Kinderhosen, die die Beklagte gefertigt habe, nicht möglich gewesen (vgl. die Skizze gem. Anlage 2 des genannten Schriftsatzes). Danach zielt der Kläger darauf ab, die Art der Befestigung der Träger an der Hose in den Gegenstand des Gebrauchsmusters einzubeziehen. Dem vermag der Senat nicht beizutreten. Die Schutzansprüche des Gebrauchsmusters sind nicht auf die Art der Befestigung des Trägers an der Hose gerichtet. In der Beschreibung ist lediglich erwähnt, daß die Träger bei 6,6 leicht abnehmbar mit der Hose durch einen Klettenverschluß, eine Schnalle, Knöpfe oder dergleichen verbunden werden. Mit dem Bezugszeichen 6 sind in den Abbildungen 1 und 2 der Zeichnung die unteren Enden der Träger bezeichnet. Irgendeinen Hinweis darauf, daß die Verbindung des Trägers an der Hose ausschließlich vorne an der Hose erfolgen soll, nicht aber vorne und hinten oder seitlich, enthalten die Gebrauchsmusterunterlagen nicht. Für den Gedanken, die Träger ausschließlich vorne an der Hose zu befestigen, bietet das Gebrauchsmuster demnach keinen Schutz. Dr. Seibt konnte nicht von der Beklagten verlangen, die Befestigung der Träger allein vorne an der Kinderhose anzubringen, weil sich der Gegenstand des Gebrauchsmusters nicht auf diese Art der Befestigung der Träger bezog. Damit erweisen sich alle Sach- und Verfahrensrügen als unbegründet, mit denen der Kläger den rechtlichen Gesichtspunkt verfolgt, die Beklagte habe sich

durch die Herstellung und den Vertrieb nicht dem Gebrauchsmuster entsprechender Kinderhosen Dr. S. und Mu. gegenüber schadensersatzpflichtig gemacht.

d) In der mündlichen Verhandlung hat die Revision zur Erwägung gestellt, es sei beim Abschluß des Lizenzvertrages stillschweigend vereinbart worden, daß die Beklagte die Kinderhosen nur bzw. auch mit der besonderen, leicht lösbaren Art der Befestigung herstellen und vertreiben sollte. Diese Erwägung kann der Revision nicht zum Erfolg verhelfen. Durch den schriftlichen Lizenzvertrag, der die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat, ist das Verwertungsrecht der Beklagten allein auf den Gegenstand des Gebrauchsmusters bezogen worden (siehe § 1 des Lizenzvertrages vom 8. Februar 1968). Die damit im Zusammenhang stehende Verpflichtung der Beklagten zur Ausübung der Lizenz ist somit schriftlich nur auf den Gegenstand des Gebrauchsmusters festgelegt worden. Eine davon abweichende, den Pflichtenkreis der Beklagten über den Gegenstand des Gebrauchsmusters hinaus erweiternde stillschweigende Vereinbarung, die gegebenenfalls das Recht der Beklagten eingeschränkt hätte, selbst zu bestimmen, wie die Kinderhosen nach dem Gebrauchsmuster herzustellen waren, könnte nur im Einvernehmen mit der Beklagten zustande gekommen sein. Ein solches Einvernehmen kann dem von Dr. S. während der Vertragsverhandlungen eindringlich geäußerten Wunsch, die Beklagte solle die Kinderhosen mit der leicht lösbaren Trägerbefestigung herstellen und vertreiben, allein noch nicht entnommen werden. Der Kläger hat in den Tatsacheninstanzen nichts dafür vorgebracht, daß die Beklagte den von Dr. S. geäußerten Wunsch als für sie verbindlichen, den Vertragsgegen-

stand über den Gegenstand des Gebrauchsmusters hinaus erweiternden Vertragsinhalt akzeptiert hätte.

II. Ansprüche wegen Verschuldens beim Vertragsschluß.

1. Das Berufungsgericht verneint auch einen Schadensersatzanspruch wegen der Angaben der Beklagten über die Zahl der angeblich von ihr belieferten Einzelhandelsgeschäfte und der Zahl ihrer Vertreter. Es verweist dazu auf die im ersten Berufungsurteil aufgeführten rechtlichen Gesichtspunkte. Damals hat das Berufungsgericht den Standpunkt vertreten, wegen dieser Äußerungen könnte Mu[REDACTED] unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß nur verlangen so gestellt zu werden, wie er ohne das Verschulden der Beklagten gestanden hätte. Ein Schadensersatzanspruch sei nur gegeben, wenn Mu[REDACTED] ohne einen Vertrag mit der Beklagten das Gebrauchsmuster (anderweitig) verwertet und dabei den jetzt fehlenden Gewinn erzielt hätte (vgl. S. 28/29 des ersten Berufungsurteils Bl. 216 ff BeiA). Das Berufungsgericht hält es in seinem zweiten - dem angefochtenen - Urteil nicht für bewiesen, daß der von der Beklagten mit der Führung der Verhandlungen betraute Kommanditist Hölle die Zahl der von der Beklagten belieferten Einzelhandelsgeschäfte mit 40 000 angegeben hat. Es geht von der Darstellung aus, die Hölle als Zeuge von dem Zusammenhang gegeben hat, in dem die Zahl von 40 000 Einzelhandelsgeschäften erörtert worden ist. Die widersprechenden Angaben der Zeugen C[REDACTED], Mu[REDACTED] und Dr. S[REDACTED] erbrächten wegen ihres Interesses am Ausgang des Rechtsstreits keinen Beweis für das von ihnen

Bekundete. Es bleibe außerdem zweifelhaft, ob diese Zahl im damaligen Stadium irgendwie von Bedeutung gewesen sei.

2. a) Die Revision rügt zunächst vergeblich, daß das Berufungsgericht nicht beachtet habe, daß der Zeuge C[REDACTED] nicht Abtretungsempfänger im Verhältnis zu dem Anspruch von Dr. S[REDACTED] sei. Das Interesse dieses Zeugen am Ausgang des Rechtsstreits ist durch die Abtretung einer Teilforderung von Mu[REDACTED] an ihn ausreichend belegt.

b) Auch die weitere Rüge der Revision, der Kommanditist Hölle der Beklagten habe nicht als Zeuge vernommen werden dürfen, greift nicht durch. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs darf der Kommanditist in einem Rechtsstreit seiner Gesellschaft als Zeuge vernommen werden (BGH LM Nr. 4 zu § 373 ZPO). Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an.

c) Dagegen greift die Rüge der Revision durch, daß das Berufungsgericht die Aussage der Zeugen H[REDACTED] und Bl[REDACTED] nicht gewürdigt habe. Der Zeuge H[REDACTED] hat bei seiner Vernehmung vom 25. Juni 1970 (Bl. 366 BeiA) ausgesagt, als im Frühsommer 1967 von den Vertriebsmöglichkeiten und den darin anzusprechenden Größenordnungen gesprochen worden sei, habe Hölle sinngemäß erklärt, daß er über eine Vertriebsorganisation von etwa 40 000 Absatzquellen verfüge; die Beklagte beliefere auch die Firma O[REDACTED]-V[REDACTED] (Bl. 368 BeiA). Der Zeuge Bl[REDACTED] hat bei der am 25. Juni 1970 erfolgten Vernehmung ausgesagt (Bl. 369/370 BeiA), bei einem Gespräch über

seine Einstellung als Verkaufsfahrer der Beklagten im Juli oder September 1967 habe Hölle gegenüber Mu[REDACTED] von 40 000 zu beliefernden Geschäften und von zu beliefernden Versandhäusern im Inland und im Ausland gesprochen. Diese für die Richtigkeit der Behauptung, Hölle habe diese Angaben gemacht, erheblichen Aussagen sind vom Berufungsgericht nicht gewürdigt worden. Das Berufungsgericht hat die Niederschriften über die Aussagen der genannten Zeugen zwar im Urteilstatbestand in Bezug genommen. Bei seinen Ausführungen zur Beweiswürdigung (S. 10 - 12 BU) ist es jedoch nicht auf diese Aussagen eingegangen. Der darin liegende Verstoß gegen die Verpflichtung des Gerichts zur erschöpfenden Berücksichtigung des gesamten erheblichen Prozeßstoffes (§ 286 ZPO) nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

III. Für den Fall, daß das Berufungsgericht auch bei der erschöpfenden Würdigung des gesamten Prozeßstoffes den Beweis für die Behauptung, daß der Kommanditist Hölle der Beklagten bei seinen Verhandlungen mit Mu[REDACTED] und Dr. S[REDACTED] und deren Bevollmächtigten C[REDACTED] die Zahl der von der Beklagten belieferten Geschäfte mit ca. 40 000 angegeben hat - etwa wegen der Möglichkeit eines Mißverständnisses - erneut nicht als geführt ansieht, ist die Klage abzuweisen. Sofern das Berufungsgericht jedoch dazu gelangt, diesen Beweis als geführt anzusehen, wird es die Ursächlichkeit der genannten Äußerung für den Abschluß des Lizenzvertrages vom 8. Februar 1968 zu prüfen haben. Hierfür kann von Bedeutung sein, ob die Vertragspartner der Beklagten über deren Größenverhältnisse und die Verhältnisse in der Branche im großen

und ganzen im Bilde waren, als sie die Verhandlungen mit der Beklagten aufnahmen. Es wird zu prüfen sein, ob die streitige Äußerung, die im Sommer und im Herbst 1967 gefallen sein soll, für den Vertragsabschluß im Februar 1968 noch ein entscheidendes Gewicht hatte, oder ob deren Bedeutung gegenüber dem Angebot eines verhältnismäßig hohen Lizenzsatzes, das von einem eingeführten Unternehmen zu einer Zeit gemacht war, als das Gebrauchsmuster nur noch eine relativ kurze Laufzeit hatte, völlig zurücktrat. Hinsichtlich der Ursächlichkeit der streitigen Äußerung für den vom Kläger behaupteten Schaden wird ferner zu beachten sein, daß der Absatz der Kinderhosen nach dem Gebrauchsmuster sowohl über eine eigene Vertriebsorganisation mit Vertretern als auch über einen anderen Lizenznehmer einer nicht unerheblichen Einführungszeit bedurft hätte, ehe er einen Gewinn abwarf. Bei der Frage, ob ein anderer Lizenznehmer zu finden war, wird auch die nicht unzweifelhafte Rechtsbeständigkeit des Gebrauchsmusters in Erwägung gezogen werden müssen. Gegebenenfalls wird sich das Berufungsgericht der vom Landgericht verneinten Frage zuzuwenden haben, ob Mu[REDACTED] und Dr. S[REDACTED] durch die streitige Äußerung eine Vermögenseinbuße entstanden ist. Das wäre zu verneinen, wenn die Kinderhose nach dem Gebrauchsmuster unverkäuflich war, wie das Landgericht angenommen hat.

IV. Die Sache war deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revi-

sionsverfahrens, deren Auferlegung vom noch ungewissen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Trüstedt

Claßen

Bruchhausen

Bendler

Häuser