



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

X ZR 159/00

Verkündet am:
25. November 2003
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

Naßreinigung

ZPO § 537 a.F.

Hat der Berufungskläger seinen Sachvortrag in der Berufungsinstanz nicht beschränkt, so sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, die in den Tatbestand des angefochtenen Urteils eingegangen sind, durch die auch stillschweigend mögliche Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil vorgetragen; ihre ausdrückliche Wiederholung ist entbehrlich.

BGH, Urt. v. 25. November 2003 - X ZR 159/00 - OLG Nürnberg

LG Nürnberg-Fürth

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 18. Juli 2000 verkündete Endurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Kündigung eines Vertrags.

Die Parteien schlossen am 12. Dezember 1995 eine als Lizenzvertrag bezeichnete Vereinbarung, mit der der Beklagte der Klägerin eine ausschließliche Lizenz an verschiedenen technischen Schutzrechten einräumte, deren Inhaber er ist. Der Klägerin wurde durch diesen Vertrag gestattet, unter Benutzung der Schutzrechte und des Know-how des Beklagten weltweit Vorrichtungen und Verfahren zur Naßreinigung von Gasen herzustellen und zu vertreiben.

In der Folgezeit veräußerte die Klägerin verschiedene Anlagen, die auf den vom Beklagten entwickelten Verfahren beruhten. Beim Betrieb der Anlagen kam es jedoch zu Schwierigkeiten, die dazu führten, daß diese Anlagen letztlich von den Kunden nicht abgenommen wurden. Die Klägerin sieht den Grund für die fehlende Funktionsfähigkeit der Reinigungsanlagen in der Mangelhaftigkeit des Reaktionsmittels, das nach dem Vertrag der Beklagte herzustellen hatte. Der Beklagte seinerseits wirft der Klägerin vor, daß sie bei verschiedenen Anlagen seine Konstruktionsanweisungen mißachtet und so die Schwierigkeiten verursacht habe.

Entgegen der im Vertrag vorgesehenen Regelung, wonach die Umsatzlizenzgebühren vierteljährlich abzurechnen waren, unterblieben solche Abrechnungen, was der Beklagte mehr als zwei Jahre nicht beanstandete.

Mit Schreiben seiner Patentanwältin vom 3. April 1998 kündigte der Beklagte den Lizenzvertrag fristlos. Begründet wurde diese Kündigungserklärung in einem Schreiben vom 27. Mai 1998 unter anderem damit, daß die Klägerin die Umsatzlizenzgebühren nicht ordnungsgemäß abgerechnet habe, die Lizen-

zen in einer Reihe von Projekten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführt worden seien sowie damit, daß die Klägerin zahlungsunfähig geworden sei.

Durch Umschreibungsverfügung des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 31. August 1999 wurde die Klägerin auf ihren Antrag anstelle des Beklagten als Inhaberin des Patents 592 08 995 eingetragen. Die Umschreibung wurde auf Grund eines Beschlusses des Bundespatentgerichts vom 7. Februar 2002 rückgängig gemacht.

Die Klägerin hat am 12. Mai 1998 Klage auf Feststellung des Fortbestehens des Vertrags vom 12. Dezember 1995 erhoben. Mit Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 2. November 1998 kündigte der Beklagte den Vertrag erneut und stützte dies auf weitere gegen die Klägerin gerichtete Vorwürfe, wonach diese den Vertrag schuldhaft verletzt habe.

Die Klägerin hält die angeführten Kündigungsgründe für unberechtigt und beansprucht mit ihrer Klage die Feststellung, daß beide Kündigungserklärungen unwirksam seien, und weiterhin die Feststellung, daß der Vertrag vom 12. Dezember 1995 fortbestehe.

Das Landgericht hat dieser Klage stattgegeben, die hiergegen gerichtete Berufung ist ohne Erfolg geblieben, wobei der Beklagte in der Berufungsinstanz nur noch auf einen Teil der in erster Instanz erhobenen Vorwürfe näher eingegangen ist. Mit der Revision verfolgt der Beklagte weiterhin seinen Klageabweisungsantrag.

Über das Vermögen der Klägerin ist am 2. Oktober 2001 das Insolvenzverfahren eröffnet worden; der Rechtsstreit ist vom Beklagten aufgenommen worden, nach dem der Insolvenzverwalter die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt hatte und ihn an die Klägerin freigegeben hat. Die Klägerin ist in der Revisionsinstanz nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Da die Klägerin trotz ordnungsgemäßer Ladung in der Verhandlung über die Revision nicht vertreten war, ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil, jedoch aufgrund umfassender Sachprüfung, zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 80).

Die zulässige Revision hat auch in der Sache Erfolg, sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Gegen die Prozeßführungsbefugnis des Beklagten für das Revisionsverfahren bestehen keine Bedenken, da es, anders als dies der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. Oktober 2003 (II ZA 9/02, ZIP 2003, 2271) zugrunde lag, nicht um eine nur im Wege der Anmeldung zur Insolvenztabelle weiter zu verfolgende Insolvenzforderung geht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, ein Kündigungsgrund ergebe sich nicht daraus, daß die Klägerin es unterlassen habe, vierteljährlich über die vereinbarten Umsatzlizenzen abzurechnen. Hierin liege keine Vertragsverletzung. Die Abrechnungspflicht beziehe sich auf die vereinbarte Lizenzgebühr in Höhe von 10 % auf die Nettoverkaufspreise der Klägerin. Als Nettoverkaufspreis sei das Dritten in Rechnung gestellte Entgelt für den Erwerb der lizenzpflichtigen Gegenstände, nach Abzug unter anderem der Entgelte für Bauarbeiten, Montage und Inbetriebnahme beim Kunden, vereinbart worden. Daraus folge, daß nur diejenigen Nettoverkaufspreise der Lizenzzahlungspflicht unterlägen, die die Kunden der Klägerin letztlich nach Ausführung des Vertrages hätten zahlen müssen, denn vorher hätten die Entgelte für Bauarbeiten, Montage und Inbetriebnahme beim Kunden von den Nettoverkaufspreisen nicht abgezogen werden können. Daraus wiederum folge, daß die Klägerin nur zur Abrechnung für in Betrieb genommene Anlagen verpflichtet gewesen sei. Aus dem vom Beklagten vorgelegten Buchprüfungsbericht des Steuerberaters

U. gehe aber hervor, daß die Anlagen betreffend die Aufträge D. II, L., M., V. A. und W.Chemie nicht funktionstüchtig gewesen und nicht abgenommen worden seien. Gehe man aber davon aus, daß zumindest einige der Anlagen nicht abrechnungspflichtig gewesen seien, dann spreche alles dafür, daß die von der Klägerin allenfalls abzurechnenden lizenzpflichtigen Einnahmen 500.000,-- DM nicht überstiegen hätten. Auch nach dem Beklagtenvortrag sei damit nicht anzunehmen, daß ihm eine 10 prozentige Umsatzgebühr zugestanden habe, die mehr als 50.000,-- DM ausgemacht habe. Unstreitig habe er aber bereits eine auf die Umsatzgebühr zu verrechnende Pauschallizenzgebühr in dieser Höhe erhalten. Aus diesen Gründen

könne die unterlassene vierteljährliche Abrechnung nicht als eine so gravierende Vertragsverletzung angesehen werden, als daß sie die ausgesprochenen Kündigungserklärungen rechtfertigen könnte.

Der Beklagte habe es mehr als zwei Jahre lang hingenommen, daß ihm Abrechnungen nicht erteilt worden seien. Auch wenn man unterstelle, daß die Klägerin durch die unterlassenen Abrechnungen den Vertrag verletzt habe, hätte der Beklagte vor Ausspruch der fristlosen Kündigung der Klägerin durch eine Abmahnung vor Augen führen müssen, daß er abweichend von seinem bisherigen Verhalten nicht mehr gewillt sei, dies hinzunehmen. Dies gelte auch für die Kündigungserklärung vom 2. November 1998, obwohl zwischenzeitlich der Beklagte der Klägerin eine Abmahnung erteilt habe. Die Klägerin habe nämlich zwischenzeitlich Abrechnungen über einige Projekte übermittelt, die der Beklagte allerdings deswegen für falsch halte, weil eine der Rechnungen nicht unterzeichnet sei, Unstimmigkeiten bestünden und noch weitere Anlagen der Abrechnungspflicht unterlägen.

2. Diese Würdigung hält revisionsrechtlicher Prüfung stand.

a) Die Revision beruft sich zu Unrecht darauf, daß das Berufungsgericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt und die Regelung im Vertrag vom 12. Dezember 1995 übersehen habe, wonach ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung insbesondere dann vorliege, "wenn die andere Vertragspartei wesentliche Pflichten aus diesem Vertrag schuldhaft verletzt".

Das Berufungsgericht ist von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausgegangen, nach der ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses gegeben ist, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrags bis zu dessen vereinbarter Beendigung nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (Sen.Urt. v. 29.04.1997 - X ZR 127/95, GRUR 1997, 610, 611 - Tinnitus-Masker; BGH, Urt. v. 02.05.1991 - I ZR 184/89, GRUR 1992, 112, 114 - pulp wash; Urt. v. 17.12.1998 - I ZR 106/96, NJW 1999, 1177, 1178), und hat die im Vertrag getroffene Regelung nicht als Einschränkung oder Abbedingung dieses Grundsatzes verstanden. Diese Würdigung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn die Parteien des Lizenzvertrags geregelt haben, daß ein wichtiger Grund insbesondere dann vorliege, wenn die andere Partei wesentliche Pflichten aus dem Vertrag schuldhaft verletze, so konnte das Berufungsgericht, ohne daß dies rechtlichen Bedenken begegnet, aus der Verwendung des Worts "insbesondere" entnehmen, daß die Parteien lediglich für die Fallgruppe des pflichtwidrigen Verhaltens eines Vertragsteils die Voraussetzungen für das Vorliegen eines wichtigen Grundes näher konkretisieren wollten, indem sie hervorgehoben haben, daß es sich um die Verletzung wesentlicher Pflichten handeln müsse und daß der Verstoß ein schuldhaftes Verhalten erfordere. Das Berufungsgericht konnte daher ohne Rechtsfehler annehmen, daß die Parteien damit kein vom Vorliegen eines wichtigen Grundes unabhängiges Kündigungsrecht vereinbart haben, das unter geringeren Voraussetzungen eingreifen würde als diese von der Rechtsprechung für Fälle des pflichtwidrigen Verhaltens eines Vertragsteils entwickelt worden sind, sondern daß die Parteien lediglich eine

Fallgruppe beispielhaft benannt haben, die den Tatbestand des wichtigen Grundes erfüllen sollte (vgl. auch Stumpf/Gross, Der Lizenzvertrag, 7. Aufl., M Rdn. 488).

Vor diesem Hintergrund ist die Verneinung eines Kündigungsgrundes aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Ohne Erfolg rügt die Revision insoweit das Unterbleiben von Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, ob die unterlassene Abrechnung einen Kündigungsgrund darstellt. Diese Feststellungen hat das Berufungsgericht getroffen. Es hat jedoch die unterlassene Abrechnung als nicht so gravierende Vertragsverletzung gewürdigt, daß sie eine Kündigung rechtfertigen könnte. Es hat auch damit keinen von der vertraglichen Regelung der Parteien abweichenden Beurteilungsmaßstab verwendet, da nach seiner rechtsfehlerfreien Würdigung der vertraglichen Regelung der Parteien nur die Verletzung wesentlicher Vertragspflichten einen außerordentlichen Kündigungsgrund begründen sollte.

Allerdings ist beim Patentlizenzvertrag in der Regel die Abrechnungspflicht eine Hauptpflicht (vgl. Stumpf/Gross, aaO, C Rdn. 139; Gaul/Bartenbach, Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, 5. Aufl., K Rdn. 713). Daraus folgt aber nicht, daß jede auch noch so geringfügige Verletzung der Abrechnungspflicht eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigt. Die Auslegung des Berufungsgerichts, daß die vertragliche Regelung der Parteien so zu verstehen sei, daß bei nicht abgenommenen Anlagen keine abzurechnenden lizenzpflichtigen Einnahmen vorlägen, greift die Revision ohne Erfolg an. Die Auslegung ist als tatrichterliche Würdigung in der Revisionsinstanz nur beschränkt daraufhin überprüfbar, ob dabei gesetzlich oder allge-

mein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., vgl. Sen.Urt. v. 25.02.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968). Einen solchen Fehler zeigt die Revision nicht auf.

Den Vertragspartnern steht es frei, Absprachen über die Voraussetzungen der Lizenzpflicht und den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Lizenzgebühren zu treffen (Sen.Urt. v. 02.12.1997 - X ZR 13/96, GRUR 1998, 561, 562 - Umsatzlizenz). Hier haben die Parteien keine ausdrückliche Regelung getroffen, zu welchem Zeitpunkt die Lizenzgebühr entstehen sollte. Als Zeitpunkt für die Entstehung des Anspruchs auf die Lizenzgebühr kommen in einem solchen Fall der Abschluß des Vertrags mit dem Kunden, die Fertigstellung oder die Lieferung der Maschinen, die Rechnungsstellung oder der Eingang der Zahlung des Kunden in Betracht (vgl. Stumpf/Gross, aaO, C Rdn. 110). Das Berufungsgericht hat die insoweit bestehende Unklarheit im Vertrag im Wege der Vertragsauslegung dahin aufgelöst, daß es aus der im Vertrag enthaltenen Definition des Nettoverkaufspreises abgeleitet hat, daß der Anspruch auf die Lizenzgebühr frühestens entstehen konnte, wenn feststand, in welcher Höhe bei der Inbetriebnahme Kosten angefallen waren, weil vorher diese abzuziehenden Kosten nicht berechnet werden konnten. Damit hat das Berufungsgericht in zulässiger Weise die im Vertrag enthaltenen Regelungen und Wertungen zum Ausgangspunkt seiner Vertragsauslegung gemacht. Dies ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Urteil des Senats vom 2. Dezember 1997 (aaO) steht dem nicht entgegen; es befaßt sich nur mit der Frage, ob für den Regelfall bei Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Absprache die schon entstandene Zahlungspflicht des Lizenznehmers

unter dem Vorbehalt der Abnahme steht und wieder entfällt, wenn die Abnahme der Ware verweigert, das Geschäft rückgängig gemacht oder der Kaufpreis nicht gezahlt wird; eine aus dem Vertrag herzuleitende abweichende Vereinbarung der Parteien geht dem grundsätzlich vor. Das Berufungsgericht ist demnach rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß für die noch nicht abgenommenen Anlagen keine Umsatzlizenzgebühren zu zahlen waren. Von diesem rechtlichen Ausgangspunkt aus hat das Berufungsgericht die Feststellung getroffen, daß auch nach dem Vortrag des Beklagten nicht anzunehmen sei, daß diesem eine Umsatzlizenzgebühr zugestanden habe, die mehr als 50.000,-- DM ausgemacht habe. Dann aber ist die nur beschränkt überprüfbare tatrichterliche Würdigung, daß das Unterlassen der Abrechnung keine so gravierende Vertragsverletzung sei, als daß darauf eine Kündigung gestützt werden könnte, nicht zu beanstanden.

In diesem Zusammenhang ist auch die Erwägung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß die Hinnahme der Nichterteilung von Abrechnungen über einen Zeitraum von über zwei Jahren dafür spricht, daß auch der Beklagte dieses Verhalten als nicht so gravierend angesehen hat. Zwar hat der Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 15. September 1998 zur Erstellung einer Abrechnung abgemahnt. Dies hat das Berufungsgericht jedoch berücksichtigt. Die Revision übersieht insoweit, daß zu diesem Zeitpunkt die Abrechnungen vom 26. Mai und 3. Juli 1998 bereits vorlagen, die allerdings der Beklagte als mangelhaft zurückgewiesen hatte. Hinsichtlich weiterer Anlagen gab es zu diesem Zeitpunkt ausgehend von der rechtsfehlerfrei getroffenen Vertragsauslegung des Berufungsgerichts nichts abzurechnen, weil die betreffenden Lieferungen noch zu keinen lizenzpflichtigen Einnahmen geführt hatten. Auch die Rügen

des Beklagten hinsichtlich der erteilten Abrechnung hat das Berufungsgericht nicht als so erheblich angesehen, daß allein darauf eine außerordentliche Kündigung des Lizenzvertrags gestützt werden könne. Auch diese Würdigung ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten gerügten Mängel dieser Abrechnung gewürdigt. Es hat die fehlende Unterzeichnung einer dieser Abrechnungen und die vorgetragenen, ganz geringfügigen Unstimmigkeiten nicht als ausreichenden Grund für eine außerordentliche Kündigung angesehen. Die unterschiedliche Auffassung der Parteien über die Frage, ob auch noch nicht in Betrieb genommene und abgenommene Anlagen abzurechnen seien, hat es ebenfalls vor dem Hintergrund seiner Auslegung des Vertrages rechtsfehlerfrei nicht als ausreichenden Kündigungsgrund gelten lassen. Die Revision setzt dem lediglich ihre eigene davon abweichende Würdigung des Vertragsinhalts und der daraus resultierenden beiderseitigen Pflichten entgegen.

b) Schließlich hat die Revision auch mit ihrem Einwand keinen Erfolg, daß der Beklagte nach § 326 BGB a.F. berechtigt gewesen sei, den Lizenzvertrag zu kündigen, ohne daß es auf eine Abwägung der gegenseitigen Interessen sowie die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses ankomme.

Nach nur teilweiser Durchführung eines Lizenzvertrags über Patentrechte ist den Parteien ein Rücktritt grundsätzlich verwehrt; an seine Stelle tritt in der Regel die Kündigung aus wichtigem Grund (vgl. Sen.Urt. v. 19.02.2002 - X ZR 166/99, NJW 2002, 1870; Urt. v. 13.07.1982 - X ZR 50/81, unveröffentlicht, Umdr. S. 6, 7; BGH, Urt. v. 22.05.1959 - I ZR 46/58, GRUR

1959, 616, 617 - Metallabsatz; Busse, PatG, 6. Aufl., § 15 Rdn. 99). Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 326 BGB a.F. führt aber nicht dazu, daß die fristlose Kündigung dann ohne weiteres möglich ist, es kommt auch dann darauf an, ob unter Abwägung der beiderseitigen Interessen dem kündigenden Teil die Fortsetzung des Vertrages bis zu dessen vereinbarter Beendigung nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist. Daran fehlt es hier wie unter 2. a) dargestellt hinsichtlich der vom Berufungsgericht bei seiner Prüfung zugrunde gelegten Umstände.

II. 1. Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, der Beklagte habe auch nicht ausreichend dargetan, daß die Klägerin unter Verstoß gegen den Lizenzvertrag ihre Ausübungspflicht so nachhaltig verletzt habe, daß bei Ausspruch der beiden Kündigungen eine Fortsetzung des Vertrags dem Beklagten nicht mehr zumutbar gewesen sei. Der Beklagte greife in diesem Zusammenhang nur die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils an, die sich auf die Projekte L., D., Sch., W.Chemie und M. A. bezögen. Insoweit sei im Berufungsverfahren eine Beschränkung des Streitstoffs auf diese Vorgänge eingetreten. Wie sich die Rechtslage hinsichtlich anderer Anlagen und Projekte darstelle, bei denen die Klägerin ebenfalls unrechtmäßig von Anweisungen oder von den Patentvorgaben abgewichen sein solle, sei deshalb nicht zu prüfen. Die bloße pauschale Bezugnahme auf seinen gesamten erstinstanzlichen Sachvortrag auf S. 3 der Berufungsbegründung reiche nicht aus, um neben den im folgenden in der Berufungsbegründung angeführten Kündigungsgründen auch sämtliche sonstige zum Streitstoff des Berufungsverfahrens zu machen. Dies folge aus § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO

a.F., der vorsehe, daß die Berufungsbegründung unter anderem die im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung zu bezeichnen habe.

2. Dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft den Streitstoff beschränkt hat. Das Landgericht hat sich in seinem Urteil mit weiteren im Tatbestand auch erwähnten Vorgängen und Vorwürfen befaßt. Der Beklagte ist auf diese Sachverhalte in seiner Berufungsbegründung nicht ausdrücklich zurückgekommen. Er hat jedoch im Berufungsbegründungsschriftsatz auf seinen gesamten erstinstanzlichen Vortrag pauschal Bezug genommen und diesen zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht. Er hat weiter gerügt, daß das erstinstanzliche Gericht die Gesamtheit der vorgebrachten Gründe dahingehend hätte würdigen müssen, ob ihm eine Fortsetzung des Vertrags für weitere elf Jahre zugemutet werden könne.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat das Berufungsgericht nach dem für das vorliegende Verfahren noch maßgebenden Recht (§ 537 ZPO in der vor dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung) den Prozeßstoff bei seiner Entscheidung selbständig und ohne an die rechtlichen Gesichtspunkte der Parteien oder des ersten Richters gebunden zu sein nach allen Richtungen von neuem zu prüfen (Sen.Urt. v. 18.03. 2003 - X ZR 209/00, BGHRep. 2003, 908; BGH, Urt. v. 10.07.1985 - IVa ZR 151/83, NJW 1985, 2828; vgl. auch Urt. v. 29.04.1986 - IX ZR 145/85, NJW-RR 1986, 991, 992; Urt. v. 15.12.1988 - IX ZR 33/88, NJW 1990, 326, 327; Urt. v. 07.05.1992

- IX ZR 151/91, BGHR ZPO § 537 - Streitpunkt 1). Allerdings kann der Berufungskläger seine Berufung auf bestimmte Streitpunkte beschränken. Er kann Tatsachenvortrag und die hierzu benannten Beweismittel fallenlassen. Angesichts der Ausführungen des Beklagten in der Berufungsbegründung kann dies hier jedoch nicht angenommen werden. Das Berufungsgericht hätte daher nicht von einer Beschränkung des Streitstoffs ausgehen dürfen.

Dies ist auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Berufungsgericht Beweisangeboten, die im Berufungsverfahren nicht ausdrücklich wiederholt worden sind, grundsätzlich nicht nachgehen muß (BGHZ 35, 103, 106). Zum einen gilt dies nicht uneingeschränkt. Hat das erstinstanzliche Gericht ein unter Beweis gestelltes Vorbringen für unerheblich erachtet, der Berufungskläger gerade diese Rechtsauffassung aber angegriffen und das Berufungsgericht den erstinstanzlichen Sachverhalt als erheblich angesehen, so verletzt die Nichtberücksichtigung des Vorbringens des Berufungsklägers dessen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG (BVerfG NJW-RR 1995, 828; BVerfGE 70, 288, 295; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.09.1986 - VIII ZR 255/85, NJW 1987, 501, 502; Urt. v. 04.04.1990 - IV ZR 69/89, NJW-RR 1990, 831; Urt. v. 03.06.1997 - VI ZR 133/96, NJW 1998, 155, 156). Zum anderen betrifft diese Rechtsprechung die Frage, welche Anforderungen an einen Beweisantritt in der Berufungsinstanz zu stellen sind, und nicht die hier entscheidende Frage, welcher Streitstoff nach § 537 ZPO a.F. der Entscheidung des Berufungsgerichts zugrunde zu legen ist. Sind, wie hier, Angriffs- oder Verteidigungsmittel in den Tatbestand des angefochtenen Urteils eingegangen, ist eine ausdrückliche Wiederholung dieses Vortrags entbehrlich. Vorgetragen sind sie schon durch

die auch stillschweigend mögliche Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil (Musielak/Ball, ZPO, 2. Aufl., § 525 Rdn. 2). Unter diesen Voraussetzungen wirken die erstinstanzlichen Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren fort (Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 526 Rdn. 2 u. § 537 Rdn. 12; a.A. Rimmelpacher in MünchKomm. z. ZPO, 2. Aufl., § 525 Rdn. 3). Dies gilt hier insbesondere deshalb, weil der Beklagte in der Berufungsinstanz ausdrücklich gerügt hatte, daß das Landgericht die Gesamtheit der vorgetragenen Kündigungsgründe dahingehend hätte würdigen müssen, ob ihm eine Fortsetzung des Vertrags für weitere elf Jahre zugemutet werden könne. Daß damit alle die Gründe gemeint waren, die im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils genannt sind, kann nicht zweifelhaft sein. Der Inhalt der Berufungsbeurteilung macht vielmehr deutlich, daß jedenfalls alle im landgerichtlichen Urteil angeführten Kündigungsgründe in ihrer Gesamtheit auch zur Nachprüfung durch das Berufungsgericht gestellt werden sollten.

b) Zu Unrecht rügt die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 6. September 1999 nicht berücksichtigt habe. Dieser Schriftsatz ist nach Schluß der mündlichen Verhandlung zu den Akten gelangt, ohne daß dem Beklagten nachgelassen worden wäre, gemäß § 283 ZPO a.F. einen Schriftsatz nachzureichen. Das Landgericht hat sich in seinem Urteil zwar cursorisch mit dem in diesem Schriftsatz enthaltenen Sachvortrag auseinandergesetzt, gleichwohl die mündliche Verhandlung aber nicht wiedereröffnet. Vorbringen, das nach § 296 a ZPO a.F. in erster Instanz unberücksichtigt geblieben ist, gilt als in erster Instanz nicht vorgebracht und ist deshalb in zweiter Instanz als neues Vorbringen gemäß § 528 Abs. 1 bzw. Abs. 2 ZPO a.F. zu beurteilen (Prütting in MünchKomm. z. ZPO,

2. Aufl., § 296 a Rdn. 9 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 10.07.1979 - VI ZR 223/78, NJW 1979, 2109, 2110). Allerdings ist anerkannt, daß auf solches Vorbringen, das in erster Instanz keine prozessuale Wirksamkeit erlangt hat, in der Berufungsinstanz Bezug genommen werden kann (BGH, Urt. v. 03.06.1998 – VIII ZR 162/97, NJW-RR 1998, 1514. Vorliegend fehlt es aber insoweit, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, an einer wirksamen Bezugnahme. Im Berufungsbegründungsschriftsatz hat der Beklagte lediglich auf den ebenfalls nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 10. September 1999 Bezug genommen.

III. 1. Das Berufungsgericht hat schließlich angenommen, daß die Vorgänge im Zusammenhang mit dem Erwerb von Pfandrechten an den Patenten des Beklagten und deren Umschreibung auf die Klägerin diesen nicht dazu berechtigt hätten, den Lizenzvertrag am 2. November 1998 aus wichtigem Grunde zu kündigen. Die Umschreibung könne schon deshalb nicht herangezogen werden, weil der Antrag dazu erst am 13. März 1999 gestellt worden sei, also fast ein halbes Jahr nach Ausspruch der Kündigung. Es könne deshalb dahinstehen, ob dadurch der Lizenzvertrag verletzt worden sei. Im Abschluß des Kaufvertrags vom 14. Oktober 1998 liege eine Verletzung des Vertrags oder berechtigter Interessen des Beklagten nicht.

2. Auch dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht in vollem Umfang stand. Das Berufungsgericht hat es rechtsfehlerhaft abgelehnt, die Würdigung der der Kündigung zugrundeliegenden Vorgänge in seine Gesamtwürdigung miteinzubeziehen. Zwar ist der Umschreibungsantrag erst am 13. März 1999 und somit nach der Erklärung der Kündigung am 2. November 1998 gestellt

worden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts folgt daraus jedoch nicht, daß die Umschreibung nicht zu berücksichtigen wäre. Das Berufungsgericht hat verkannt, daß die Berufung auf den neuen Kündigungsgrund, das "Nachschieben" des Grundes, in der Regel als neue Kündigung aus diesem Grunde aufzufassen sein wird (BGH, Urt. v. 28.04.1960 - VII ZR 218/59, LM § 626 BGB Nr. 10; Urt. v. 15.12.1960 - VII ZR 212/59, BB 1961, 498). Daher kann das Vorbringen im Schriftsatz des Beklagten vom 3. Mai 2000 als erneuter Ausspruch einer fristlosen Kündigung anzusehen sein. Hinzu kommt, daß der Beklagte mit Schreiben seiner Patentanwältin vom 8. November 1999 erneut außerordentlich gekündigt und hierbei den Vorgang der Umschreibung als Kündigungsgrund angeführt hat. Der Beklagte hat sich in seiner Berufungsbeurteilung auch auf diese Kündigungserklärung gestützt.

Diese Kündigungserklärungen sind nicht schon deshalb unberücksichtigt zu lassen, weil die Klägerin in ihren Klageanträgen sich nur auf die Kündigungserklärungen vom 3. April und 2. November 1998 bezieht und die Feststellung begehrt, daß diese unwirksam sind. Entscheidend ist vielmehr, daß die Klägerin weiterhin die Feststellung begehrt, daß der Lizenzvertrag nicht beendet ist, sondern fortbesteht, weshalb auch weitere Kündigungserklärungen in die Prüfung mit einzubeziehen sind. Das von der Klägerin betriebene Umschreibungsverfahren mit dem Ziel, sie als Patentinhaberin in die Patentrolle eintragen zu lassen, kann auch als schwerwiegender Vertrauensverstoß in Betracht kommen, der geeignet ist, die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien zu erschüttern. Das heimliche Vorgehen der Klägerin bei der Umschreibung der Schutzrechte und die nach der Entscheidung des Bundespatentgerichts anzunehmende Rechtswidrigkeit der Umschreibung könnten jedenfalls

einen Vertrauensbruch darstellen, der zumindest im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung, ob das Verhalten der Klägerin einen wichtigen Grund zur Kündigung bildete, nicht außer Betracht bleiben kann.

IV. Da das Berufungsgericht mithin rechtsfehlerhaft nicht alle vom Beklagten angeführten Kündigungsgründe berücksichtigt hat, ist auch seine Gesamtwürdigung unvollständig und kann keinen Bestand haben. Da einerseits Feststellungen zu einem Teil der vorgetragenen Kündigungsgründe fehlen und andererseits auch die Gesamtwürdigung in erster Linie Aufgabe des Tatrichters ist, kam eine abschließende Entscheidung durch den Senat nicht in Betracht.

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf