

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

049

8

Gesetz: ZPO §§ 139 Abs 1, 529 Abs 5

Rechtssatz: Die Aufrechnung mit einer Forderung, die erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden ist, ist nur zuzulassen, wenn der Kläger einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält. Die Sachdienlichkeit kann insbesondere verneint werden, wenn das Gericht mangels genügender Substantiierung der Aufrechnungsforderung erst die Aufklärung nach § 139 ZPO herbeiführen müßte.

Aktenzeichen: I ZR 246/52

Urteil des BGH vom 19. April 1955

OLG München

I ZR 246/52

teilsformel an Verkündungs-
statt zugestellt
dem Prozeßbevollmächtigten
der Klägerin am 19. April 1955
dem Prozeßbevollmächtigten
der Beklagten am 19. April 1955

anau. Justizobersekretär
3 Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1) der Witwe Emmy H [REDACTED] geb. Bi [REDACTED], M [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],
- 2) des Diplomchemikers Dr. Otto Ludwig H [REDACTED],
M [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED].

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

die Firma N.V. Ma [REDACTED] v [REDACTED] Ch [REDACTED] en Ph [REDACTED]-
[REDACTED] P [REDACTED], Am [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im schrift-
lichen Verfahren gemäß §§ 128 Abs 2 ZPO unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde, Dr. Birnbach, Dr. Nastelski,
Dr. Christoph und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 11. September 1952, den Parteien an Verkün-
dungsstatt zugestellt am 17. September 1952,
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

• Tatbestand:

Die holländische Klägerin, Inhaberin des in Deutschland geschützten Warenzeichens Be[REDACTED], schloß am 5. November 1925 mit Ludwig H[REDACTED] in B[REDACTED], dem Ehemann der Erstbeklagten und Vater des Beklagten zu 2), einen Lizenzvertrag. Sie räumte ihm das Recht zur Herstellung, Auswertung und zum Vertrieb dieses Hustenmittels im Bereich des Deutschen Reiches ein. Ludwig H[REDACTED] verpflichtete sich, ausschließlich von der Klägerin die Grundstoffe und die Etiketten für die Flaschen zu einem festgesetzten Preis zu beziehen. Er war nicht berechtigt, die Rechte aus dem Vertrag weiterzuvergeben. Falls die Vergebung mit dem Einverständnis der Klägerin erfolgte, sollte Ludwig H[REDACTED] für alle Verpflichtungen des Erwerbers haften. Der Vertrag konnte mit dreimonatiger Frist gekündigt werden, beim Tod des Ludwig H[REDACTED] sollte der Vertrag "vollständig ungültig" werden. Im Falle der Vertragsaufhebung sollten der Klägerin alle zur Fortführung des Betriebes durch sie notwendigen Gegenstände gegen Erstattung des Fakturenpreises übergeben, auch ihr die Lokalitäten für die Dauer eines Jahres zur Verfügung gestellt werden.

Am 24. Oktober / 20. November 1942 schlossen die Klägerin und Ludwig H[REDACTED], dieser unter Beifügung seiner Firma D[REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED], einen weiteren Vertrag, in dem die Klägerin ihm gestattete, die Grundstoffe von der Firma C[REDACTED], an der H[REDACTED] als Gesellschafter beteiligt war, zu beziehen. Ludwig H[REDACTED] verpflichtete sich, die Lizenzgebühren nach der Zahl und Größe der verkauften Flaschen zu bezahlen. Für die Dauer der Geltung dieses Vertrages sollte der frühere Vertrag "ruhen", im Falle der Kündigung des späteren Vertrages sollten die durch diesen Vertrag aufgehobenen alten Vertragsverhältnisse wieder in Kraft treten.

Nach dem Krieg wurde der Betrieb der Firma D[REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED] in M[REDACTED] wieder aufgebaut. Am 25. Juli



1947 starb Ludwig H[REDACTED]; er wurde von der Erstbeklagten beerbt. Die Firma D[REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED] setzte die Herstellung und den Vertrieb des Hustenmittels fort. Mit Schreiben vom 26. August 1947 bat die Beklagte zu 1) die Klägerin, unter Beibehaltung der bisherigen Bedingungen die Weiterführung der Firma D[REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED] zu gestatten. Die Klägerin gab hierauf keine sachliche Antwort, nahm jedoch in der Folgezeit die Lizenzzahlungen der Erstbeklagten entgegen. Mit Wirkung vom 1. Juli 1948 übertrug die Erstbeklagte ihren Geschäftsbetrieb mit Firma, aber unter Ausschluß der Geschäftsverbindlichkeiten, auf den Zweitbeklagten. Die Übertragung des Geschäftes wurde am 5. April 1949 im Handelsregister eingetragen. Als die Klägerin hiervon Kenntnis erhielt, kündigte sie Ende Juni 1949 gegenüber der Erstbeklagten das Vertragsverhältnis zum 30. September 1949. In einem ebenfalls als Kündigung bezeichneten Schreiben von Ende Juni 1949 forderte sie den Zweitbeklagten auf, die Fabrikation des Hustenmittels und die Benutzung des Warenzeichens mit Ablauf des September 1949 einzustellen. Der Zweitbeklagte wies die Kündigung als verspätet zurück, da sie ihm erst am 2. Juli 1949 zugegangen sei. Jedoch teilten die Beklagten der Klägerin am 14. September 1949 mit, daß sie ab 1. Oktober 1949 die Herstellung und den Verkauf des Hustenmittels Be[REDACTED] einstellten, was auch geschah. Im November 1949 hob der Zweitbeklagte den Betrag von DM 10.813,89 ab, der noch auf dem Sonderkonto "Lizenzgebühren" der Firma D[REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED] Ludwig H[REDACTED] bei der Bayerischen Staatsbank stand.

Die Klägerin fordert mit der Klage Einzahlung dieses Betrages auf ein anderes Sonderkonto ("Lizenzgebührenrückstellungskonto") der Firma H[REDACTED] bei der Bayerischen Staatsbank, das nach dem Militärregierungsgesetz Nr 53 gesperrt ist, weil das auf diesem Konto stehende Geld für

die holländische Klägerin eingezahlt ist. Sie verlangt von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern den Betrag sowohl als Lizenzgebühr wie auch als Schadensersatz.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie sind der Auffassung, daß die Abtretung der Lizenzrechte auch ohne Zuziehung der Klägerin wirksam sei, da der Vertrag von 1942 kein Verbot der Abtretung enthalte. Infolge der verspäteten Kündigung habe der Vertrag über den 30. September 1949 hinaus fortbestanden, die Klägerin somit vertragswidrig gehandelt, wenn sie die Herstellung des Hustenmittels und die Benutzung des Warenzeichens für das letzte Vierteljahr 1949 untersagte. Hilfsweise machen die Beklagten die Unangemessenheit der geforderten Lizenzgebühren geltend. Auch rechnen sie mit Gegenforderungen gegen die Klageforderung auf. Der Zweitbeklagte habe nach Übernahme des Geschäftsbetriebes Aufwendungen von über 10.000 DM für Anschaffung von Gegenständen und für Werbung gemacht, die die Klägerin nach dem Vertrag von 1925 zu ersetzen habe. Ferner habe der Beklagte in der Zeit der Zuckerrationierung wegen der Notwendigkeit der Abfüllung in kleinere Flaschen einen Mindergewinn gehabt; dieser ginge in Höhe von 2.840 DM zu Lasten der Klägerin. Endlich rechneten die Beklagten im Berufungsverfahren mit einer angeblichen Schadensersatzforderung auf, die der Zweitbeklagte daraus herleitet, daß die Klägerin ein von ihm ausgearbeitetes Rezept zur Herstellung eines codeinfreien Hustenmittels verwende.

Landgericht und Oberlandesgericht haben dem Klagebegehren stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten weiterhin ihren Klageabweisungsantrag. Die Parteivertreter haben sich mit schriftlichem Verfahren nach § 128 Abs 2 ZPO einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß nach dem Tod des Ludwig H. das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und seiner Alleinerbin, der Erstbeklagten, bis zum 30. September 1949 fortgesetzt worden sei. Gegenüber dem Zweitbeklagten habe die Klägerin - zeitlich begrenzt bis 30. September 1949 - sich damit einverstanden erklärt, daß ihm die Rechte von seiner Mutter übertragen wurden.

Nach Auffassung der Revision bedurften beide Vereinbarungen der devisenrechtlichen Genehmigung nach dem Militärregierungsgesetz Nr 53, die nicht erteilt worden sei.

Das Erfordernis der devisenrechtlichen Genehmigung ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen, wobei § 561 Abs 1 ZPO der Nachprüfung neu vorgetragener tatsächlicher Behauptungen nicht entgegensteht. Bei dem Vortrag der Parteien ist es hinsichtlich der von Amts wegen zu prüfenden Fragen gleichgültig, ob die maßgebenden Tatsachen dem sachlichen Recht oder dem Verfahrensrecht angehören (RGZ 150, 330 /3347 und Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 561 Anm II 2 b, c; vgl auch OGHZ 2, 105). Das Berufungsgericht hat die Frage der Notwendigkeit der Genehmigung nicht untersucht.

In Ausführung des Auflagenbeschlusses des erkennenden Senats vom 4. Mai und vom 25. Juni 1954 legte die Klägerin den Bescheid des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr vom 16. September 1954 Nr 7515 d - II 24 1-79283 vor, durch den die Verträge vom 5. November 1925 und 24. Oktober / 20. November 1942 genehmigt wurden. Auf das Auskunftersuchen des Senats vom 11. November 1954 hat das gleiche Ministerium mit Schreiben vom 27. Januar 1955 Nr 7515 d - II 24 1 - 104295 mitgeteilt: Der Geneh-

8
migungsbescheid vom 16. September 1954 sei zeitlich nicht begrenzt; er gelte auch für die Rechtsnachfolgerin Frau Emmy H[REDACTED], wenn diese das Vertragsverhältnis fortgesetzt habe, wobei unerheblich sei, ob die Rechtsnachfolge auf Erbfolge oder auf Vertrag zwischen der Lizenzgeberin und Frau Emmy H[REDACTED] beruhe; die devisenrechtliche Genehmigung gelte auch für Dr. Otto Ludwig H[REDACTED], vorausgesetzt, daß er als Rechtsnachfolger die Auswertung des Vertragsrechtes mit Zustimmung der Lizenzgeberin übernommen habe.

Da die Voraussetzungen, an die die Devisenstelle ihre Genehmigung geknüpft hat, gegeben sind, wie unten unter II und IV ausgeführt werden wird, sind die Vereinbarungen der Klägerin mit der Erstbeklagten und dem Zweitbeklagten devisenrechtlich genehmigt.

II. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß nach dem Tod des Ludwig H[REDACTED] das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Erstbeklagten als seiner Alleinerbin fortgesetzt wurde. Diese Ansicht ist rechtlich bedenkenfrei. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin das Angebot der Erstbeklagten vom 26. August 1947, die Weiterführung der Firma zu gestatten, durch Entgegennahme der Lizenzzahlungen stillschweigend angenommen. Damit hat die Klägerin den Vertrag nach dem Tod des Ludwig H[REDACTED] mit seiner Erbin ohne Unterbrechung fortgesetzt. Hieran würde es auch nichts ändern, wenn die Klägerin im Juni 1949 und später die Ansicht vertreten haben sollte, sie habe mit den beiden Beklagten nie in einem Vertragsverhältnis gestanden.

Vergebens greift die Revision mit einer Rüge aus § 286 ZPO die Annahme des Berufungsgerichts an, daß nach dem Tod des Ehemannes der Erstbeklagten die Klägerin nur mit der Erstbeklagten und nicht mit dem Zweitbeklagten in vertraglichen Beziehungen gestanden habe. Die Worte im Schreiben der Erstbeklagten vom 26. August 1947: "... bitten mein Sohn und ich, ... uns unter Beibehaltung der bisherigen

Bedingungen die Weiterführung der Firma D [REDACTED] Be [REDACTED] F [REDACTED] ... zu gestatten" hat das Berufungsgericht dahin aufgefaßt, daß der Vertrag nicht mit beiden Beklagten, sondern nur mit der Erstbeklagten fortgesetzt werden sollte. Diese Auslegung ist möglich, da es naheliegt, daß die Beklagten die Absicht hatten, wie schon vor dem Tode des Ludwig H [REDACTED] die Geschäfte der Firma durch den Zweitbeklagten zu führen, ohne daß dieser hierdurch Mitinhaber wurde, während an die Stelle des Verstorbenen seine Witwe als Alleininhaberin trat.

Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit einer anderen Auslegung dieser Worte übersehen hat. Es konnte sich hieraus auch der Wille der Erstbeklagten ergeben, gemeinschaftlich mit ihrem Sohn das Geschäft fortzuführen, was in Form einer offenen Handelsgesellschaft möglich gewesen wäre. Aber auch eine solche Auslegung würde der Revision nicht zum Erfolg verhelfen können. Nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts war die Erstbeklagte die Alleinerbin ihres Mannes und hat den Geschäftsbetrieb mit der Firma erst mit Wirkung vom 1. Juli 1948 auf ihren Sohn übertragen; die Übertragung wurde, wie sich aus den Ausführungen der Beklagten auf Seite 11 des Schriftsatzes vom 26. Februar 1952 ergibt, erst im Herbst 1948, also mit Rückwirkung, vorgenommen. Demnach war bis zum 1. Juli 1948 die Erstbeklagte, von da ab der Zweitbeklagte Alleininhaber des Geschäftes. Dagegen haben nach dem Tod des Ludwig H [REDACTED] zu keinem Zeitpunkt die beiden Beklagten das Geschäft gemeinschaftlich (in Form einer offenen Handelsgesellschaft) geführt. Selbst wenn also nach dem Schreiben vom 26. August 1947 eine solche Absicht bestanden hätte, wäre sie nie verwirklicht worden. Vertragspartner hätte aber bei einer solchen Auslegung des Schreibens der Zweitbeklagte nur als Mitinhaber des Geschäftes sein können. Auch bei Berücksichtigung dieser nach dem

Wortlaut möglichen Auslegung wäre das Ergebnis gewesen, daß der Vertrag nach dem Tod des Ludwig Heinen nur mit der Erstbeklagten fortgesetzt wurde.

Die Alleininhaberschaft der Erstbeklagten wird entgegen der Ansicht der Revision dadurch nicht berührt, daß die Beklagte durch ihren Sohn als Fachmann die Geschäfte der Firma führen ließ. Ebenso ist es gleichgültig, aus welchen Gründen der Zweitbeklagte den Geschäftsbetrieb samt Firma nicht sofort nach dem Tode seines Vaters, sondern erst später übernahm, zumal keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die Klägerin mit dem Zweitbeklagten allein auf sein entsprechendes Ansuchen einen Vertrag geschlossen hätte (s. unter III vorletzter Absatz). Das Berufungsgericht brauchte auf dieses unerhebliche Vorbringen nicht einzugehen.

III. Das Berufungsgericht kommt im Wege der Auslegung der Verträge von 1925 und 1942 zu der Ansicht, daß die Erstbeklagte nicht befugt war, ihre Rechte aus diesen Verträgen auf ihren Sohn zu übertragen. Der Vertrag von 1925 schliesse, so führt das Oberlandesgericht aus, das Recht zur Übertragung ausdrücklich aus. Der Vertrag von 1942 habe als Nachtragsvertrag im wesentlichen nur die Lieferung der Grundstoffe und die Gegenleistung des Lizenznehmers neu geregelt. Dafür, daß die Klägerin und Ludwig H. den Willen gehabt hätten, in dem Nachtragsvertrag die Nichtübertragbarkeit der Rechte des Lizenznehmers zu beseitigen, und daß sie diesen Willen einander erkennbar gemacht hätten, seien keine Anhaltspunkte vorhanden.

Diese Auslegung der Verträge ist möglich und läßt keinen Rechtsverstoß erkennen. Es kommt nicht darauf an, ob aus dem Wortlaut des Vertrages von 1942 sich die Bindung der Vertragsrechte an die Person des Lizenznehmers Ludwig H. ergibt oder nicht, da das Berufungsgericht

diesen Vertrag ohne Rechtsfehler als Nachtragsvertrag würdigt, der in dem hier wesentlichen Punkt den Vertrag von 1925 nicht geändert hat.

Ob die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß das Beatin nach einem Geheimrezept hergestellt werde, rechtlich unbedenklich sind, kann dahingestellt bleiben. Das Berufungsgericht hat diese Ausführungen nur zusätzlich zur Begründung seines Standpunktes gemacht. Seine Auslegung wird schon durch die Feststellung getragen, daß die Nichtübertragbarkeit im Vertrag von 1925 ausdrücklich vereinbart sei und keine Umstände ersichtlich seien, aus denen auf einen erkennbaren Willen der Vertragsparteien, in dem Nachtragsvertrag die Nichtübertragbarkeit zu beseitigen, geschlossen werden könnte. Auch soweit sich die Revision auf die Entstehungsgeschichte des Vertrages von 1942 beruft, gehen ihre Angriffe fehl. Daß die Grundstoffe nunmehr von einer anderen Firma bezogen wurden, können die Beklagten nicht für sich ins Feld führen. Der Ruf des durch Warenzeichen geschützten Präparats konnte gefährdet werden und wurde vielleicht noch mehr gefährdet, wenn die Grundstoffe nicht von der Klägerin, sondern von einer dritten Firma bezogen wurden; gerade in diesem Fall war es für die Klägerin von Bedeutung, daß ihr Ludwig H. als Vertragspartner gegenüber stand, der offenbar ihr volles Vertrauen genoß. Mit wem die Vertragsverhandlungen im Jahre 1942 geführt wurden, ist für die Frage der Übertragbarkeit der Vertragsrechte gleichgültig. Der Lizenznehmer konnte sich durch einen beliebigen Dritten, also auch durch seinen Sohn, vertreten lassen. Wenn die Revision meint, durch den Sohn sei eine kontinuierliche Weiterführung des Geschäfts gewährleistet gewesen, so übersieht sie, daß die Klägerin gerade auf Grund der mit dem Sohn im Jahre 1942 geführten Verhandlungen nicht bereit war, jemals zu einem späteren Zeitpunkt in ein dauerndes Vertragsverhältnis zu ihm zu treten, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob ihre

ablehnende Haltung gerechtfertigt war. Es kann also keine Rede davon sein, daß die Klägerin im Jahre 1942 kein Interesse an der Ausschließung der Übertragbarkeit mehr gehabt hätte.

Bereits im Urteil des Landgerichts war darauf hingewiesen, daß die Ansicht der Beklagten, im Vertrag von 1942 sei entgegen der Bestimmung des Vertrages von 1925 die Übertragbarkeit vereinbart worden, nicht darauf gestützt werden könne, daß Ludwig H. den Vertrag, wie bei Kaufleuten üblich (§ 17 HGB), mit seinem Namen unter Beifügung seiner Firma unterzeichnete. Das Berufungsgericht brauchte sich nicht erneut mit dieser vom Landgericht zutreffend gewürdigten Frage zu befassen.

IV. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht das "Kündigungs"schreiben der Klägerin an den Zweitbeklagten von Ende Juni 1949 dahin gewürdigt, daß die Klägerin sich mit der zeitlich bis zum 30. September 1949 begrenzten Übertragung der Rechte aus den Verträgen von 1925 und 1942 durch Frau H. auf ihren Sohn einverstanden erklärte. Damit hat der Zweitbeklagte als Rechtsnachfolger die Auswertung der Vertragsrechte bis zum 30. September 1949 mit Zustimmung der Klägerin übernommen. Einer Kündigung bedurfte diese Vereinbarung nicht, da sie von vornherein zeitlich begrenzt war.

Für die Zeit, in der der Zweitbeklagte die Vertragsrechte auf Grund des Einverständnisses der Klägerin auswertete, ist er zur Zahlung der vertraglich vereinbarten Lizenzgebühren verpflichtet. Die gesamtschuldnerische Haftung des Zweitbeklagten für diese Verpflichtung ergibt sich, wie das Berufungsgericht ebenfalls ohne Rechtsverstoß annimmt, aus Art 8 des Vertrages von 1925.

V. Die Beklagten behaupten, sie hätten erhebliche Aufwendungen für die Wiederaufnahme der Produktion und des Vertriebs von Beatin gemacht, die Klägerin habe daher nicht

kündigen dürfen. Die Revision rügt Verletzung des § 551 Nr 7 ZPO und des § 242 BGB.

Aus dem Zusammenhang der Gründe des angefochtenen Urteils ergibt sich, daß das Berufungsgericht die Einrede der Arglist gegen die von der Klägerin ausgesprochene Kündigung ablehnt. Das Berufungsgericht führt aus, die Klägerin habe niemals eine Gewähr für die Rentabilität des Betriebs übernommen, und weist mit eingehender Begründung die Aufrechnung mit der angeblichen Gegenforderung der Beklagten auf Ersatz von Produktionsmitteln zurück. Diese Begründung ist teilweise auch hinsichtlich der Einrede der Arglist einschlägig. Es ist also nicht richtig, daß das Berufungsurteil nicht mit Gründen versehen sei, mag auch das tatsächliche Vorbringen der Beklagten unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt sein.

Die Ausführungen der Revision gehen auch in sachlicher Richtung fehl. Wenn die Beklagten Aufwendungen für Produktionsmittel, Produktionsräume und Werbungskosten machten, so taten sie das in ihrem eigenen Interesse und auf ihr eigenes Risiko. Die Beklagte zu 1) wußte, daß der Vertrag mit dreimonatiger Frist kündbar war, dem Beklagten zu 2) teilte die Klägerin, als sie von der Geschäftsübernahme Kenntnis erhielt, mit, daß er am 1. Oktober 1949 die Herstellung und den Vertrieb des Be [REDACTED] einzustellen habe. Die Beklagten waren sich auch über die Unsicherheit ihrer Position im klaren, wie aus ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 26. Februar 1952 hervorgeht. Aus diesen Gründen ist auch der Einwand der Revision, die Kündigung gegenüber der Erstbeklagten sei zur Unzeit erfolgt, unzutreffend.

VI. Zur Höhe der Lizenzgebühren will die Revision die Worte "unter Beibehaltung der bisherigen Bedingungen" im Schreiben vom 26. August 1947 dahin auslegen, daß damit nicht die Bedingungen der Verträge von 1925 und 1942 gemeint

waren, sondern die Bedingungen, die im Zeitpunkt des Todes des Ludwig H. galten; "damals aber sollte zu einer angemessenen Lizenz vertrieben werden". Dieser Revisionsantritt scheitert schon an der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichts, daß in dem Schreiben vom 26. August 1947 um die Gestattung der weiteren Herstellung des Hustenmittels und des weiteren Gebrauchs des Warenzeichens zu den gleichen Bedingungen gebeten wurde, wie sie zuletzt für Ludwig H. gegolten haben. Die von der Revision vertretene Auslegung läßt sich nicht mit der Tatsache vereinbaren, daß die Beklagten nach dem Tod des Ludwig H. die Lizenzgebühren stets in der nach dem Vertrag von 1942 berechneten Höhe an die Klägerin zahlten. Da das Berufungsgericht gerade in der Annahme der Zahlung dieser Gebühren durch die Klägerin den stillschweigenden Vertragsabschluß sieht, bestand für das Berufungsgericht keinerlei Anlaß, auf das Schreiben des Bundesverbandes der pharmazeutischen Industrie wegen der Angemessenheit der Lizenzvergütung einzugehen. Im übrigen haben die Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 13. März 1951 die Klageforderung rechnerisch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach anerkannt und lediglich Aufrechnung eingewendet. In der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht haben die Revisionskläger ihre Rüge auf den Fall beschränkt, daß eine außervertragliche Haftung der Beklagten angenommen werden sollte.

VII. Soweit die Revision die Aufrechnungsforderung auf Ersatz von Produktions- und Werbungskosten darauf stützen will, daß die Klägerin zur Unzeit gekündigt habe, ist der Aufrechnungseinwand schon aus den oben unter V angegebenen Gründen unbegründet. Im übrigen greift die Revision weder die Zurückweisung dieses Aufrechnungseinwandes noch desjenigen Aufrechnungseinwandes an, der sich aus der angeblichen Gegenforderung von 2.840 DM ergibt. Die Würdigung dieser Einwendungen durch das Berufungsgericht ist rechtlich bedenkenfrei.

VIII. Auch § 529 Abs 5 ZPO ist nicht verletzt. Die Beklagten haben erst im zweiten Rechtszug (Schriftsatz vom 7. Mai 1952) mit einer nicht näher substantiierten Gegenforderung aufgerechnet, die sie daraus ableiteten, daß die Klägerin widerrechtlich die Herstellung und den Vertrieb des Be[REDACTED] sine Codein seit Monaten entschädigungslos vorgenommen habe und weiter vornehme. Die Revision meint, aus den Worten "seit Monaten" gehe hervor, daß die Aufrechnungsforderung erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz (richtig: des schriftlichen Verfahrens - das Urteil des Landgerichts vom 21. September 1951 wurde den Parteien am 19. Oktober 1951 zugestellt -) entstanden sei"; der Aufrechnungseinwand müsse daher unbedingt zugelassen werden (Berufung auf Baumbach-Lauterbach, ZPO § 529 Anm 5 B). Dem kann nicht zugestimmt werden. Aus dem Wortlaut des § 529 Abs 5 ergibt sich nichts, was für die von der Revision vertretene Auffassung spräche. Auch aus der Stellung dieser Vorschrift im Rahmen des § 529 kann hierfür nichts entnommen werden. Während Absatz 1 den Grundsatz der Zulassung neuen Vorbringens enthält, schränken die Absätze 2 bis 5 diesen Grundsatz ein. Die Absätze 2 und 3 schließen neues Vorbringen aus, das eine Partei schuldhafter Weise nicht rechtzeitig vorgetragen hat und das die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde; die Absätze 4 und 5 regeln ein ganz bestimmtes neues Vorbringen, nämlich Absatz 4 die Widerklage, Absatz 5 die Aufrechnung. Die Absätze 4 und 5 enthalten also Sondervorschriften und treffen auch eine Sonderregelung (RGZ 119, 64 697; vgl RG Warn 1936 Nr 28), indem sie die Zulassung von Widerklage und Aufrechnung - von der Einwilligung des Gegners abgesehen, die hier nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht erteilt ist - in das gerichtliche Ermessen stellen, das unter dem Gesichtspunkt der Sachdienlichkeit auszuüben ist. Während in den Fällen der Absätze 2 und 3 die Partei mit ihrem neuen Vorbringen überhaupt ausgeschlossen wird, also Ver-

wirkungsfolge eintritt, ist sie in den Fällen der Absätze 4 und 5 bei Verneinung der Sachdienlichkeit mit der Geltendmachung der neuen Ansprüche nur in dem anhängigen Rechtsstreit ausgeschlossen, kann aber die Ansprüche in einem neuen Rechtsstreit geltend machen. Während ferner in den Fällen der Absätze 2 und 3 Verzögerung und Verschulden die Voraussetzungen darstellen, bei deren Vorliegen das Gericht das neue Vorbringen unberücksichtigt lassen muß, sind Verzögerung und Verschulden nicht Voraussetzungen für die Verneinung der Sachdienlichkeit, können aber bei der Ermessensprüfung des Gerichts mit gewürdigt werden.

Bei der Aufrechnung (Absatz 5) wird die Sachdienlichkeit zu bejahen sein, wenn hinreichende Gründe dafür sprechen, daß über die Aufrechnungsforderung in dem anhängigen Rechtsstreit entschieden wird. Dies wird einmal vom Standpunkt einer gesunden Prozeßwirtschaft aus zu prüfen sein (BGHZ 5, 373 377), zum anderen werden aber auch die berechtigten Interessen beider Parteien an der Entscheidung über die Aufrechnungsforderung in dem anhängigen Rechtsstreit gegeneinander abzuwägen sein (Stein-Jonas-Schönke, ZPO § 529 Anm V 2).

Wenn die Aufrechnungsforderung erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz entstanden ist, so kann dies ein Gesichtspunkt sein, der die Zulassung des Aufrechnungseinwandes als sachdienlich erscheinen läßt. Das Berufungsgericht überschreitet aber das ihm eingeräumte Ermessen nicht, wenn es auch in diesem Fall die Sachdienlichkeit verneint, weil die Prüfung des Einwands (wie im vorliegenden Rechtsstreit) eine Beweisaufnahme erfordern und den zur Entscheidung reifen Rechtsstreit in die Länge ziehen würde. Die ungenügende Substantiierung einer Aufrechnungsforderung kann ohne weiteres zur Verneinung der Sachdienlichkeit ihrer Zulassung führen; das Gericht ist in diesem Falle nicht zur Aufklärung nach § 139 ZPO verpflichtet.

fX. Die Revision war daher mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Birnbach

Nastelski

Christoph

Nörr