

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 209/97

Verkündet am:
14. Oktober 1998
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1998 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Dr. Beyer und Wiechers

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 28. Mai 1997 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist Gesamtvollstreckungsverwalter der Firma B. GmbH, über deren Vermögen am 30. Juni 1994 das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden ist.

Zwischen der Klägerin und der Firma B. GmbH (künftig: Gemeinschuldnerin) bestanden seit Ende 1991 enge Geschäftsbeziehungen. Sie schlossen am 31. Juli/31. August 1992 einen Lizenznehmervertrag, der die Gemeinschuldnerin berechtigte, das beim Bundespatentamt unter der Nummer eingetragene Warenzeichen gegen Entgelt mitzubenutzen. Durch weiteren Vertrag vom 9. September 1993 verkaufte die Klägerin das vorgenannte Warenzeichen sowie das weitere beim Bundespatentamt unter der Nr. eingetragene Warenzeichen "C." "nebst Know-how, Betriebsgeheimnissen, dazugehörigen Formen etc. an die Gemeinschuldnerin.

In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu Streitigkeiten über Bestand und Höhe wechselseitiger Forderungen. Dabei machte die Klägerin wegen nach ihrer Ansicht ihr zustehender Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht an dem Bleikristallglaslager der Gemeinschuldnerin geltend, das sich am Sitz der Klägerin in D. befand. Nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens schlossen die Parteien, um eine Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen zu ermöglichen und "im wechselseitigen Interesse eine Interimslösung fest(zu)schreiben", am 15. Juli 1994 eine Vereinbarung, die unter anderem wie folgt lautet:



- "1. Die Firma P. GmbH (Klägerin) ist im Besitz eines Bleikristallglaslagers, welches im Eigentum der "B. " (Gemeinschuldnerin) steht, sie übt insoweit ein Zurückbehaltungsrecht aus wegen behaupteter Zahlungsansprüche in einer Größenordnung von gerundet DM 430.000,00.

Das Warenlager wird von P. ab dem Zeitpunkt des Zustandekommens dieser Vereinbarung zur Abholung freigegeben. Die vorbereitete A.....-Lieferung wird hierbei direkt von P. an den Kunden versandt.

Im Gegenzug verpflichtet sich der Verwalter, die Firma A. anzuweisen, den Kaufpreis von gerundet DM 82.000,00 direkt an P. zu entrichten. Er verpflichtet sich darüber hinaus, ab dem 15.09.1994 monatlich DM 50.000,00 als Masseschulden zu bezahlen, dies bis einschl. 15.02.1995 (6 Raten á DM 50.000,00, insgesamt gerundet DM 382.000,00).

Die Parteien sind sich darüber einig, daß die Zahlung von insgesamt DM 382.000,00 zunächst ohne Anerkennung einer Rechtsverpflichtung in das nach wie vor zwischen den Parteien bestehende, streitige Kontokorrentverhältnis erfolgt. Es steht beiden Parteien frei, nach Überprüfung des Kontokorrentverhältnisses etwaig bestehende Ansprüche weiter zu verfolgen.

...

2. Die Firma P. GmbH ist im Besitz eines Kaliglaslagers (einschl. D. -Programm), welches in ihrem Eigentum steht.

Dieses Glaslager verbleibt bei P. in D. . Insoweit der "B. " für diese Produkte von ihrer Kundschaft Aufträge vorliegen, kann sie diese bei P. bestellen bzw. abfordern.

...

Abrechnungsgrundlage ist die monatlich an die "B. " abgeflossene Menge, über die P. zum 15. des Folgemonats Rechnung legen und welche die "B. " bis zum 30. des Folgemonats zahlen wird.

Der Verwalter verpflichtet sich, auch diesen Zahlungsanspruch als Masseschuld zu behandeln, im übrigen sämtliche eingehenden Zahlungen, die der Erfüllung der Ansprüche von P. aus dieser Vereinbarung dienen, außerhalb der "Masse" auf einem separaten Anderkonto sicherzustellen.

...

4. P. verpflichtet sich, die im § 1 Ziff. 2 im Vertrag vom 09.09.1993 detailliert bezeichneten Gegenstände an die "B. " zu übereignen und herauszugeben, jetzt in dem Umfang, der es der "B. " erlaubt, die diesbezüglichen Artikel zu produzieren.

Die Streitfrage, ob insoweit von P. sämtliche, das Wirtschaftsglas einschl. Bleikristall betreffende Ausrüstungsgegenstände übergeben werden müssen, bleibt offen.

5. ...

P. wird die "B. " weiterhin im Rahmen ihrer Möglichkeiten bei Fragen des Marketings/Vertriebes unterstützen. Dies betrifft auch eine personelle Unterstützung im Rahmen von Messeveranstaltungen. Insoweit entstehende Kosten werden entsprechend der bisherigen Regelung sofort nach Rechnungserhalt als Masseschuld beglichen.

...

7. Sämtliche unterschiedlichen Rechtsauffassungen und/oder vertraglichen/gesetzlichen Ansprüche können von den Parteien unbeschadet der vorstehenden Vereinbarung weiterhin vertreten bzw. geltend gemacht werden."

Nach Abschluß der Vereinbarung wurden die Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien zunächst fortgesetzt und das Bleikristallglaslager an die Gemeinschuldnerin - der Umfang ist zwischen den Parteien streitig - herausgegeben; die in Ziff. 1 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 festgesetzten monatlichen Raten von je 50.000 DM zahlte der Beklagte nicht.

Im ersten Rechtszug hat die Klägerin den Beklagten aus Warenlieferungen gemäß Rechnungen vom 11. August und 15. September 1994, auf Zahlung der Raten gemäß Ziff. 1 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994, wegen entstandener Kosten für die personelle Unterstützung der Gemeinschuldnerin auf einer Messe sowie entstandener Wechselkursschwankungen bei der A. -Lieferung unter Anrechnung von Gutschriften auf Zahlung eines Betrages von 209.318,52 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen und hierüber am 7. Juni 1995 ein Versäumnisurteil erwirkt. Hiergegen hat der Beklagte Einspruch eingelegt und dabei wegen nicht vollständiger Herausgabe des Bleikristallglaslagers die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sowie wegen Nichtherausgabe der mit dem Warenzeichen BPA zusammenhängenden Designs, Beschreibungen etc. ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht; hilfsweise hat der Beklagte mit Rückgewähransprüchen aus Rechtshandlungen der Klägerin, die nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO anfechtbar seien, die Aufrechnung erklärt. Widerklagend hat der Beklagte ferner die Verurteilung der Klägerin begehrt, an ihn sämtliche Formen zur Produktion von Wirtschaftsgläsern 21 einzeln genannter Serien herauszugeben.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme das Versäumnisurteil unter Berücksichtigung zwischenzeitlich erfolgter Zahlungen dahingehend neu gefaßt, daß der Beklagte verurteilt wurde, an die Klägerin 183.118,52 DM nebst Zinsen zu zahlen. In Höhe von 26.200 DM hat es den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt; die Widerklage hat es abgewiesen. Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt; während des Berufungsverfahrens hat er Massearmut angezeigt und einen weiteren Betrag von 5.400 DM an die Klägerin gezahlt. Die Widerklage hat der Beklagte dahin geändert, daß er nunmehr die Verurteilung der Klägerin erstrebt, an ihn die Originalformen zur Produktion von insgesamt über 120 Serien nebst Zubehör herauszugeben.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung des Beklagten festgestellt, daß der Klägerin ein Masseanspruch in Höhe von 177.718,52 DM nebst Zinsen zustehe, und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin die darauf entfallende Quote zu zahlen; in Höhe weiterer 5.400 DM hat es die Erledigung des Rechtsstreits festgestellt.

Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung sowie seinen Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe ein Masseanspruch in Höhe von 177.718,52 DM zu; der Beklagte sei verpflichtet, die auf den festgestellten Masseanspruch entfallende Quote zu zahlen. Die Forderung der Klägerin ergebe sich - unter Verrechnung von unstreitigen Gegenforderungen des Beklagten sowie zwischenzeitlich erfolgten Zahlungen - aus der Vereinbarung der Parteien vom 15. Juli 1994 sowie erfolgten Kaliglas-Lieferungen gemäß Rechnungen vom 11. August 1994 und 15. September 1994. Gegenüber der Klageforderung könne sich der Beklagte hinsichtlich eines Betrages von 177.517,90 DM nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen, da davon auszugehen sei, daß das Warenlager in seinem damaligen Bestand an den Beklagten herausgegeben worden sei und die Klägerin ihre Herausgabepflicht erfüllt habe. Der Beklagte könne auch gegenüber der Klageforderung weder ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen noch aufrechnen. Der Zeuge M. habe bekundet, daß dem Beklagten in großem Umfang Zubehör zur Herstellung von Wirtschaftsglas mit den veräußerten Warenzeichen zur Verfügung gestellt worden sei. Auch aus dem Verkaufsprospekt des Beklagten für das Jahr 1995 ergebe sich, daß er mit den von der Klägerin erworbenen Warenzeichen in großem Umfang Glasprodukte herstelle. Aus Ziff. 4 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 folge, daß die Streitfrage, in welchem Umfang Zubehör herauszugeben sei, in dieser Interimsvereinbarung habe offenbleiben sollen. Der Beklagte könne auch nicht gegenüber der Klageforderung

mit Altforderungen aufrechnen, die ihren Ursprung in der Zeit vor Abschluß der sogenannten Interimsvereinbarung hätten; eine solche Aufrechnung sei jedenfalls aufgrund der Eigenart dieser Vereinbarung ausgeschlossen.

Auch hinsichtlich der Widerklage müsse die Berufung erfolglos bleiben. Die Erweiterung und Änderung der Widerklage in der Berufungsinstanz sei nicht zulässig. Von den ursprünglich 21 Glasserien, für die der Beklagte die Herausgabe sämtlicher Formen verlangt habe, blieben in dem neuen Widerklageantrag nur noch sieben übrig. Statt dessen begehre der Beklagte nunmehr die Herausgabe von über 120 Serien nebst Zubehör. Angesichts dieser erheblichen Ausweitung des Prozeßstoffes der Widerklage in der Berufungsinstanz sei der neue Antrag nicht sachdienlich, zumal die Klägerin die tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen bestritten habe. Der geänderte Antrag sei auch nicht nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässig, da der neue Antrag nicht lediglich eine Erweiterung des ursprünglichen Antrags in qualitativer oder quantitativer Hinsicht darstelle; anstelle der Herausgabe der Formen für die ursprünglich 21 Glasserien würde nun die Herausgabe von Zubehör für weitere 117 Serien gefordert. Der ursprüngliche Widerklageantrag, über den zu entscheiden sei, sei teils unzulässig, teils unbegründet.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in vollem Umfang stand.

1. Soweit das Berufungsgericht einen der Klägerin zustehenden Masseanspruch von 177.718,52 DM errechnet hat, wendet sich die Revision hiergegen nicht. Keinen Bedenken begegnet auch, daß das Berufungsgericht der Klägerin 10 % Zinsen auf diesen Betrag zugesprochen hat. Die Klägerin hat nachgewiesen, daß sie wegen Nichtzahlung fälliger Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, deren Höhe die Klageforderung übersteigen, Verzugszinsen und Säumniszuschläge von mindestens 10 % an das zuständige Finanzamt sowie die Betriebskrankenkasse zu zahlen hat. Insoweit handelt es sich entgegen der Ansicht der Revision um einen ersatzfähigen Verzugsschaden (§§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 2 BGB), da davon auszugehen ist, daß die Klägerin die eingehenden Zahlungen zur Tilgung dieser Verbindlichkeiten verwendet hätte (vgl. Senatsurteil vom 12. Dezember 1990 - VIII ZR 35/90 = NJW-RR 1991, 793 unter II 2 b m.w.Nachw.).

2. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Beklagten ein Masseanspruch in Höhe von 177.718,52 DM nebst zugesprochener Zinsen zusteht und der Beklagte an die Klägerin die auf ihren festgestellten Masseanspruch entfallende Quote zu bezahlen hat (vgl. BAGE 31, 288, 294), kann hingegen schon deswegen nicht bestehen bleiben, weil das Berufungsgericht ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen nicht vollständiger Herausgabe von Formen und Zubehör für die Wirtschaftsglasproduktion entsprechend den veräußerten Warenzeichen zu Unrecht verneint hat.

a) Nach Ziff. 4 Abs. 1 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 hat sich die Klägerin verpflichtet, die in § 1 Ziff. 2 des Vertrages vom 9. September 1993 bezeichneten Gegenstände an die Gemeinschuldnerin zu übereignen und herauszugeben, und zwar in einem Umfang, der es der Gemeinschuldnerin erlaubte, die diesbezüglichen Artikel zu produzieren. Die Streitfrage, ob von der Klägerin sämtliche, das Wirtschaftsglas einschließlich Bleikristall betreffende Ausrüstungsgegenstände zu übergeben waren, ist ausdrücklich offengelassen worden.

b) Das Berufungsgericht hat der Aussage des Zeugen M. entnommen, daß dem Beklagten in großem Umfang Zubehör zur Herstellung von Wirtschaftsglas mit den veräußerten Warenzeichen zur Verfügung gestellt worden sei. Weiter ergibt sich nach Auffassung des Berufungsgerichts aus dem Verkaufsprospekt des Beklagten für das Jahr 1995, daß dieser mit den von der Klägerin erworbenen Warenzeichen in großem Umfang Glasprodukte herstelle.

c) Hierbei hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, übersehen, daß der von der Klägerin vorgelegte Verkaufskatalog nach dem Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 5. März 1997 nicht von der Gemeinschuldnerin, sondern von einer P. -K. -B. GmbH stammt, die mit der Gemeinschuldnerin nichts zu tun habe. Ist dies, wovon für das Revisionsverfahren auszugehen ist, zutreffend, ist der Feststellung des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen, die Klägerin habe entsprechend Ziff. 4 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 die in § 1 Ziff. 2 des Vertrages vom 9. September 1993 bezeichneten Gegen-

stände in einem Umfang herausgegeben, die es der Gemeinschuldnerin erlaubten, die entsprechenden Artikel zu produzieren.

d) Dem Zurückbehaltungsrecht des Beklagten steht auch nicht Ziff. 4 Abs. 2 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 entgegen, da der Beklagte entgegen der Ansicht der Revisi-onserwiderung insoweit nicht einen Herausgabeanspruch hinsichtlich sämtlicher das Wirtschaftsglas betreffende Ausrü-stungsgegenstände, sondern nur hinsichtlich Zubehör in dem zur Produktion erforderlichen Umfang (vgl. Ziff. 4 Abs. 1) geltend macht.

e) Da die uneingeschränkte Feststellung des der Kläge-rin zustehenden Masseanspruchs danach nicht bestehen blei-ben kann, bedarf es keines Eingehens auf die vom Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen, wel-che das Berufungsgericht in tatrichterlicher Auslegung der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 als ausgeschlossen angesehen hat.

f) Steht nicht fest, ob die ursprüngliche Klageforde-rung bereits durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen ist, kann auch nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht festgestellt werden, daß der Anspruch der Klägerin im Zeitpunkt der Zahlung des weiteren Teilbetrages von 5.400 DM (noch) begründet war und der Rechtsstreit in-soweit in der Hauptsache erledigt ist.

3. Verfahrensfehlerhaft hat das Berufungsgericht fer-ner die in der Berufungsinstanz erweiterte Widerklage des

Beklagten nicht zugelassen und statt dessen über die ursprüngliche Widerklage entschieden, die es teils als unzulässig, teils als unbegründet angesehen hat.

a) Nachdem der Beklagte im ersten Rechtszug zunächst die Herausgabe sämtlicher Formen zur Produktion von Wirtschaftsgläsern 21 einzeln bezeichneter Serien verlangt hatte, begehrt er mit seinem neuen Widerklageantrag die Herausgabe der Originalformen nebst Zubehör von nur noch sieben der vorgenannten Glasserien. Gleichzeitig hat er sein Herausgabebegehren auf über 120 Serien nebst Zubehör erweitert. Seinen Herausgabeanspruch leitet der Beklagte, wie bereits im ersten Rechtszug, aus § 1 Ziff. 2 des Vertrages vom 9. September 1993 in Verbindung mit Ziff. 4 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 ab.

b) Hierin liegt, wie die Revision zu Recht geltend macht, einerseits eine quantitative Einschränkung, andererseits eine quantitative Erweiterung des Klageantrags, ohne daß der Klagegrund, also der Sachverhalt, auf den der Anspruch gestützt wird, geändert worden wäre (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 264 Rdnr. 3 a; MünchKommZPO-Lücke, § 264 Rdnr. 11). Da dies gemäß § 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen ist, kommt es auf die Frage, ob die Geltendmachung des nunmehr mit der Widerklage verfolgten Anspruchs sachdienlich ist, nicht an. Einer Entscheidung, ob die Änderung der Widerklage in der Berufungsinstanz allein nach §§ 523, 263 ff ZPO (Senatsurteil vom 4. Oktober 1976 - VIII ZR 139/75 = WM 1976, 1278 unter II 2 m.w.Nachw.; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. März 1998 - V ZR 190/97 = NJW 1998, 2058 unter I 2) zu beurteilen oder nach

§ 530 Abs. 1 ZPO zu behandeln ist, bedarf es ebenfalls nicht; auch bei Anwendung des § 530 ZPO sind die §§ 264, 267 f ZPO heranzuziehen (MünchKommZPO-Rimmelspacher, § 530 Rdnr. 13).

c) Dem mit der Widerklage verfolgten Herausgabeanspruch steht auch nicht das Prozeßhindernis anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) entgegen. Im Verfahren vor dem Landgericht Dresden (Az.: 48 O 347/94) hat zwar die jetzige Gemeinschuldnerin von der damaligen Beklagten und jetzigen Klägerin unter anderem die Herausgabe "etwaiger Zweitformen und Formenbücher" hinsichtlich der Warenzeichen und begehrt. Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt der Beklagte jedoch nunmehr die Herausgabe von "Originalformen" nebst Zubehör (Schliffvorlagen, Anzeichenschablonen etc.), so daß schon deshalb eine Identität des Streitgegenstandes nicht zu erkennen ist.

d) Die nunmehr erhobene Widerklage kann nicht durch eigene Sachentscheidung des Senats gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 29. September 1993 - VIII ZR 107/93 = NJW-RR 1994, 175 unter II 2 b) insoweit bereits als unbegründet abgewiesen werden, als sie die "Erstformen" der im ursprünglichen Widerklageantrag genannten 7 Glasserien betrifft, die noch Gegenstand der (geänderten) Widerklage geblieben sind. Die hierzu getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, die "Erstformen" seien an den Beklagten bereits herausgegeben worden, beruht auf durchgreifenden Verfahrensfehlern.

Wie die Revision zu Recht rügt, hat das Berufungsgericht den Antrag des Beklagten auf Vernehmung der Zeugin

Mo. übergegangen, in deren Wissen gestellt ist, daß die Klägerin die mit dem Widerklageantrag bezeichneten Wirtschaftsgüter entgegen ihrer Verpflichtung gemäß § 4 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 nicht an den Beklagten herausgegeben habe und dieser über keine einzige Form verfüge, die es ihm erlaube, die im Widerklageantrag genannten Artikel zu produzieren.

Da darüber hinaus nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht davon ausgegangen werden kann, daß der Beklagte mit den von der Klägerin erworbenen Warenzeichen in großem Umfang Glasprodukte herstellt (siehe oben II 2 c), ist die Feststellung des Berufungsgerichts erschüttert, die Klägerin habe jedenfalls die von dem jetzigen Widerklageantrag erfaßten "Erstformen" an den Beklagten herausgegeben.

e) Der Beklagte ist schließlich auch durch die Vereinbarung vom 15. Juli 1994 nicht gehindert, die Herausgabe der im Widerklageantrag genannten Gegenstände zu verlangen. Sollte es sich dabei um die Erfüllung von Ziff. 4 des Vertrages vom 15. Juli 1994 handeln, wofür die Berufungsbegründung spricht, kann dies aufgrund der genannten Vereinbarung ohne weiteres begehrt werden. Sofern der Beklagte die Erfüllung der früheren Vereinbarung vom 9. September 1993 verlangen sollte, wonach sämtliche Unterlagen, die mit den verkauften Warenzeichen zusammenhängen und die Wirtschaftsglasproduktion P. betreffen, herauszugeben sind, kann ein solcher Anspruch gemäß Ziff. 7 der Vereinbarung vom 15. Juli 1994 "weiterhin" und damit auch im Wege der Widerklage geltend gemacht werden.

III. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben und die Sache zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei wird dem Beklagten, soweit er sein Zurückbehaltungsrecht darüber hinaus auf seinen Anspruch auf Rückgabe des Warenlagers (Ziff. 1 des Vertrages vom 15. Juli 1994) stützt, auch Gelegenheit zu geben sein - gegebenenfalls unter Fristsetzung nach § 356 ZPO (vgl. Senatsurteil vom 31. März 1993 - VIII ZR 91/92 = NJW 1993, 1926 unter B I 2 b bb) -, die ladungsfähige Anschrift des noch nicht vernommenen Zeugen Z. mitzuteilen sowie seine weiteren Rügen gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts erneut vorzubringen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Wiechers