weil es erschöpft ist oder er der Benutzung zugestimmt hat, so trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

b) Verletzt der gekaufte Gegenstand das Patent eines Dritten, ist es grundsätzlich interessengerecht, dem Verkäufer zunächst Gelegenheit zu geben, den Rechtsmangel zu beseitigen, bevor dem Käufer das Recht zugebilligt wird, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 2000 - X ZR 15/98 - OLG Dresden
LG Zwickau

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis und Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und den Richter Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 10. Dezember 1997 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von 200.000,-- DM (Lizenzgebührenzahlung), 1.034,25 DM (Kosten der Montage Fingersiebe) und 620.010,80 DM (Verzögerung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens) für nicht bestehend erkannt und in diesem Umfang auf die Berufung des Klägers und unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Zwickau vom 18. Dezember 1996 abgeändert hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Maschinenfabrik L. GmbH Deutschland (im folgenden: Gemeinschuldnerin). Die Gemeinschuldnerin ist eine Tochtergesellschaft der österreichischen Maschinenfabrik L. Ges.m.b.H. (im folgenden: MFL-A), die wiederum sämtliche - später veräußerten - Geschäftsanteile an einer schweizerischen Gesellschaft, der F. Engineering AG (im folgenden: F.), hielt.

Mit Vertrag vom 20. Oktober 1993 bestellte die Beklagte bei der Gemeinschuldnerin eine Bauschuttsortieranlage zu einem Gesamtpreis von 828.000,-- DM, auf den die Beklagte 150.000,-- DM anzahlte.

Bei der Planung und Erstellung der Anlage bediente sich die Gemeinschuldnerin zum Teil der Leistungen der F.. Die benötigten Anlagenteile wurden im wesentlichen bei der A. Conveyors Ltd. (im folgenden: A.) in England eingekauft. Am 8. August 1994 wurde die Anlage übergeben und von der Beklagten abgenommen.

Der Kläger hat - unter Abzug einzelner Gegenforderungen der Beklagten - eine Restwerklohnforderung in Höhe von 585.266,30 DM klageweise geltend gemacht. Die Beklagte hat die Klageforderung geleugnet und hilfsweise die Aufrechnung mit verschiedenen, nachfolgend näher erläuterten Gegenforderungen erklärt. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 379.084,05 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten und der weitergehenden Berufung des Klägers die ausgeurteilte Summe auf

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

582.261,47 DM nebst Zinsen erhöht und die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten im wesentlichen verneint. Die Revision der Beklagten, mit der sie ihre zweitinstanzlichen Anträge weiterverfolgt, hat der Senat nur wegen der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen angenommen. Der Kläger tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Das zulässige Rechtsmittel der Beklagten ist, soweit der Senat die Revision angenommen hat, überwiegend begründet und führt in diesem Umfang zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. 1. Die als erste zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung der Beklagten ist auf Erstattung eines Betrages von 200.000,-- DM gerichtet, die die Beklagte nach ihrer Behauptung als Patentlizenzgebühr an F. gezahlt hat.

Mit Schreiben vom 7. Juni 1994 trat F. an die Beklagte heran, wies darauf hin, daß mit der von ihr erworbenen Anlage ein nicht bezeichnetes, später als europäisches Patent 439 701 identifiziertes "Europa-Patent der F." verletzt werde, und forderte Lizenzgebühren von der Beklagten. Die Beklagte wandte sich mit Schreiben vom 15. Juni 1994 hilfesuchend an MFL-A mit der Aufforderung, in verbindlicher Form die bestehende Rechtsmängelfreiheit der Lieferung nachzuweisen. MFL-A teilte der Beklagten unter dem 23. Juni 1994 unter Übersendung einer Kopie eines entsprechenden Schreibens an F. mit, daß mit der Bezahlung der von F. erbrachten Engineering-Leistungen auch die Nut-

zung allfälliger Schutzrechte umfaßt sei. Nachdem F. der Beklagten mit Schreiben vom 8. Dezember 1994 eine einmalige Pauschallizenzgebühr in Höhe von 200.000,-- DM angeboten hatte, zahlte sie nach ihrer Behauptung diesen Betrag. Der Kläger hat die Patentinhaberschaft der F. und eine Patentverletzung bestritten und sich im übrigen auf eine der Gemeinschuldnerin von F. erteilte "Gebrauchslizenz" berufen.

2. Das Berufungsgericht hat die Forderung der Beklagten für nicht schlüssig dargetan gehalten. Es könne offenbleiben, ob F. Patentinhaberin sei. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte habe den Vortrag des Klägers nicht entkräftet, F. habe, indem sie sich an den Vertragsverhandlungen beteiligt und der Teilelieferung durch A. zugestimmt habe, zumindest konkludent eine einfache Gebrauchslizenz erteilt. Die Beklagte habe ferner die Gemeinschuldnerin weder gemahnt noch ihr unter Ablehnungsandrohung eine Frist zur Herbeiführung der Rechtsmängelfreiheit der Anlage gesetzt. Die vom Kläger bestrittene Zahlung, zu der die Beklagte lediglich auf ihren Kontoauszug verwiesen, das Original aber nicht vorgelegt habe, verstoße zudem in so erheblichem Maße gegen die Schadensminderungspflicht der Beklagten, daß ein etwaiger Verursachungsanteil der Gemeinschuldnerin zurückträte; die Beklagte hätte nämlich eine Klage der F. abwarten und der Gemeinschuldnerin den Streit verkünden können.

3. Das greift die Revision mit Erfolg an. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen kann ein Schadensersatzanspruch der Beklagten nach §§ 651 Abs. 1 Satz 2, 434, 440 Abs. 1, 325 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB in Höhe des an F. gezahlten Betrages nicht verneint werden.

a) Das Berufungsgericht unterstellt, daß F. Inhaberin des europäischen Patents 439 701 war. Es geht ferner stillschweigend davon aus, daß das - von den Parteien nicht vorgelegte - Patent mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilt worden ist (Art. 64 Abs. 1 EPÜ) und daß die von der Gemeinschuldnerin an die Beklagte gelieferte Anlage in den Schutzbereich eines Sachanspruchs und/oder eines Verfahrensanspruchs des Patents fällt. Hiervon ist daher zugunsten der Beklagten auch für die revisionsrechtliche Prüfung auszugehen.

b) Zu Recht hat das Berufungsgericht ferner angenommen, daß es einen Rechtsmangel i.S. des § 434 BGB darstellt, wenn die gelieferte Sache oder ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch das Patent eines Dritten verletzt (vgl. RG GRUR 1940, 265, 267 - Reibselschleuder; BGH, Urt. v. 16.5.1973 - VIII ZR 42/72, GRUR 1973, 667, 668 - Rolladenstäbe; Urt. v. 20.12.1978 - VIII ZR 114/77, NJW 1979, 713; für entgegenstehende Urheberrechte ebenso Sen.Urt. v. 14.5.1991 - X ZR 2/90, S. 9 des Urteilsumdr., insoweit in NJW-RR 1991, 1269 nicht abgedr.; für Namensrechte BGHZ 110, 196, 199; für Geschmacksmusterrechte OLG Düsseldorf GRUR 1993, 968).

Nicht gefolgt werden kann hingegen seiner Auffassung, es sei Sache des Bestellers, eine vom Unternehmer behauptete Zustimmung des Patentinhabers zur Benutzung seines Schutzrechts zu widerlegen. Nach § 442 BGB hat der Käufer zwar den vom Verkäufer bestrittenen Mangel im Recht zu beweisen. Der Rechtsmangel ist jedoch bei einer behaupteten Patentverletzung bereits dann dargetan und bewiesen, wenn feststeht, daß einem Dritten ein Schutzrecht zusteht, kraft dessen er allein befugt ist, einen Gegenstand, wie er verkauft oder geliefert worden ist, zu benutzen, und kraft dessen es jedem Dritten verboten ist, ohne Zustimmung des Patentinhabers ein solches Erzeugnis zu

gebrauchen oder zu diesem Zweck zu besitzen (§ 9 PatG). Beruft sich hingegen der Verkäufer darauf, daß der Patentinhaber sein Recht nicht mehr geltend machen könne, weil es erschöpft sei oder er der Benutzung zugestimmt habe, so trifft ihn hierfür die Darlegungs- und Beweislast, ebenso wie ihm auch sonst der Beweis obliegt, daß der Dritte sein Recht aus anderen Gründen (Erlöschen; Verwirkung; Verjährung usw.) nicht mehr geltend machen kann (vgl. Staudinger/Köhler, BGB, 13. Bearb., § 442 Rdn. 1). Das Berufungsgericht durfte daher der Beklagten nicht abverlangen, die vom Kläger behauptete Lizenzerteilung zu widerlegen.

c) Das Schadensersatzbegehren der Beklagten scheitert auch nicht daran, daß die Beklagte es unterlassen hätte, die Gemeinschuldnerin zu mahnen und ihr eine Frist zur Herbeiführung der Rechtsmängelfreiheit mit der Erklärung zu bestimmen, daß sie die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehnen werde.

aa) Dabei kann offenbleiben, ob sich die Rechte des Bestellers bei einem Rechtsmangel der vorliegenden Art nach § 326 BGB oder nach § 325 BGB richten. Bei der Verletzung fremder Schutzrechte ist in der Rechtsprechung zum Teil ohne weiteres § 325 BGB (BGHZ 110, 196, 199), zum Teil ohne weiteres § 326 BGB angewendet worden (RG GRUR 1940, 265, 268 - Reibselschleuder; Sen.Urt. v. 14.5.1991 - X ZR 2/90, S. 10 ff. des Urteilsumdr.). Für die Anwendung der auch vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschrift des § 326 BGB spricht, daß außerhalb von Schutzrechtsverletzungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes danach differenziert wird, ob der Rechtsmangel behebbar ist (dann § 326 BGB) oder nicht (dann § 325 BGB; BGH, Urt. v. 25.10.1991 - V ZR 225/90, NJW-RR 1992, 201, 202; Urt. v. 17.5.1991 - V ZR 92/90, NJW 1991, 2700/2701). Verletzt der gekaufte oder gelieferte

Gegenstand das Patent eines Dritten, so kann der Rechtsmangel dadurch behoben werden, daß, wie es hier die Beklagte getan hat, die Lizenz des Patentinhabers eingeholt wird. Grundsätzlich erscheint es daher interessengerecht, dem Verkäufer/Unternehmer zunächst Gelegenheit zu geben, auf diesem Wege den Rechtsmangel zu beseitigen, bevor dem Käufer/Besteller das Recht zugebilligt wird, sich vom Vertrag zu lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Das gilt jedenfalls dann, wenn wie hier die nicht fernliegende Möglichkeit einer Lizenzierung besteht. Die Revision rügt jedoch zu Recht, daß das Berufungsgericht die bei Anwendung des § 326 BGB für den Schadensersatzanspruch der Beklagten geltenden Voraussetzungen nicht verneinen durfte.

bb) Das Berufungsgericht führt aus, in dem Schreiben ihrer Patentanwältin vom 15. Juni 1994 habe die Beklagte lediglich den Nachweis über die bestehende Rechtsmängelfreiheit der Lieferung gefordert, nicht aber die Herbeiführung der Rechtsmängelfreiheit. Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei diesem Schreiben nicht zu entnehmen. Anderes folge auch nicht daraus, daß für den Fall der tatsächlichen Verletzung von Schutzrechten der F. eine Haftung vorbehalten werde. Das Schreiben stelle weder eine ausdrückliche Mahnung hinsichtlich der Schaffung von Rechtsmängelfreiheit dar, noch ersetze diese eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung.

cc) Indem es eine zusammenhängende Auslegung des Schreibens unterläßt und es nur auf eine "ausdrückliche" Mahnung hin untersucht, wird das Berufungsgericht dem Inhalt des Schreibens nicht gerecht. Denn wenn die Beklagte einen verbindlichen Nachweis über die bestehende Rechtsmängelfreiheit der Lieferung verlangte, so konnte dies vernünftigerweise nur dahin ver-

standen werden, daß die Beklagte Rechtsmängelfreiheit der Lieferung verlangte *und* diese Rechtsmängelfreiheit belegt haben wollte.

Das ersetzte zwar noch nicht Fristsetzung und Ablehnungsandrohung. Das Berufungsgericht hat jedoch unberücksichtigt gelassen, daß MFL-A in dem Antwortschreiben vom 23. Juni 1994 den Standpunkt eingenommen hat, mit Bezahlung der von F. erbrachten Ingenieurleistungen sei auch die Nutzung allfälliger Schutzrechte abgegolten, F. in dem der Beklagten in Ablichtung übermittelten Schreiben aufgefordert hat, ihre Lizenzforderungen gegenüber der Beklagten zu widerrufen, und F. andernfalls die Einleitung rechtlicher Schritte angedroht hat. Dem mußte die Beklagte entnehmen, daß sich MFL-A ernsthaft und endgültig weigerte, die Patentinhaberin abzufinden, weil sie sie für bereits abgefunden hielt. Unter diesen Umständen wäre eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung eine nutzlose Förmlichkeit gewesen, auf deren Einhaltung die Rechtsordnung auch sonst verzichtet (s. nur BGHZ 116, 319, 331) und die auch hier unterbleiben konnte.

Bei dieser Sachlage kann auch die weitere Erwägung das Berufungsurteil nicht tragen, entscheidend sei, daß das Schreiben vom 15. Juni 1994 nicht an die Gemeinschuldnerin, sondern an MFL-A gerichtet worden sei. Denn wenn sich MFL-A - worauf die Revision zu Recht hinweist - für "zuständig" hielt, wie ihr Antwortschreiben vom 23. Juni 1994 zeigt, mußte die Beklagte es für zwecklos halten, sich im gleichen Sinne an deren Tochtergesellschaft, die Gemeinschuldnerin, zu wenden.

d) Soweit das Berufungsgericht die Beklagte als beweisfällig für die vom Kläger bestrittene Zahlung des Betrages von 200.000,-- DM an F. anzusehen scheint, rügt die Revision dies zu Recht als verfahrensfehlerhaft. Die Zeugin

Au. hat bei ihrer Vernehmung durch das Landgericht bestätigt, daß die geforderten Lizenzgebühren an F. gezahlt worden seien, und das Landgericht hat in seinem Urteil die Zahlung von 200.000,-- DM an F. als nachgewiesen bezeichnet. Das Berufungsgericht hätte daher die Beklagte nicht als beweisfällig behandeln dürfen, ohne die Zeugin erneut zu hören oder zumindest darauf hinzuweisen, daß es den Zahlungsnachweis als nicht erbracht ansehe, zumal die Beklagte bereits erstinstanzlich den Einwand des Klägers, der vorgelegte Kontoauszug lasse nicht den Rückschluß zu, daß es sich bei dem eingereichten Scheck über 200.000,-- DM um einen Scheck an F. handele, dadurch ausgeräumt hat, daß sie darauf hingewiesen hat, daß F. auf der als Anlage B I 16 zu den Akten gereichten Rechnung den Erhalt des Schecks mit der Nr. 1051903 quittiert hat, der in dem Kontoauszug vom 28. März 1995 genannt wird.

e) Dem Berufungsgericht kann schließlich auch nicht darin gefolgt werden, die Beklagte habe durch die Zahlung von 200.000,-- DM an F. in einem solchen Maße gegen ihre Schadensminderungspflicht verstoßen, daß ein etwaiger Verursachungsanteil der Gemeinschuldnerin demgegenüber vollends zurücktrete. Verletzte - wovon für das Revisionsverfahren auszugehen ist - die Benutzung der gelieferten Anlage Patentrechte der F., war die Beklagte zur Benutzung der Anlage nicht berechtigt und keinesfalls gehalten, es darauf ankommen zu lassen, ob sie von F. gerichtlich in Anspruch genommen wurde. Liegt ein Rechtsmangel vor, stellt es, wie auch § 440 Abs. 3 BGB zeigt, regelmäßig einen dadurch adäquat verursachten Schaden dar, wenn der Käufer den Dritten abfindet (RG GRUR 1940, 265, 268 - Reibselschleuder). Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht kann allenfalls dann vorliegen, wenn die Zahlung unvernünftig hoch ist. Dergleichen hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt.

4. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob sich der bestimmungsgemäße Gebrauch der der Beklagten gelieferten Anlage als Benutzung eines Sach- und/oder Verfahrensanspruchs eines F. zustehenden, mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten Patents darstellt. Sollte dies der Fall sein, so könnte sich die Benutzung entweder unter dem Gesichtspunkt einer ausdrücklich oder stillschweigend erteilten (einfachen) Lizenz oder unter dem Gesichtspunkt der Erschöpfung des Patentrechts als rechtmäßig darstellen (siehe zur Erschöpfung zuletzt: Sen., BGHZ 143, 268 - Karate). In diesem Zusammenhang kommt dem - bestrittenen und unter Beweis gestellten - Vortrag des Klägers Bedeutung zu, wonach F. an den Vertragsverhandlungen der Gemeinschuldnerin mit A. beteiligt und darüber hinaus damit einverstanden war, daß A. die hergestellten Teile zum Zweck des Zusammenbaus der Bauschuttsortieranlage bei der Beklagten lieferte.

Dagegen wären die Rechte aus dem Patent nicht schon deswegen als erschöpft anzusehen, weil F. die Anlage konzipiert, zum Beispiel technische Zeichnungen dafür erstellt hat. Nachdem nämlich derartige Handlungen noch keine Benutzung der geschützten Erfindung darstellen (Benkard, PatG, 9. Aufl., § 9 Rdn. 29), kann die Vornahme solcher Handlungen für Dritte durch den Patentinhaber nicht zu einer Erschöpfung der Patentrechte führen. Andererseits schließt dies eine mit einer Auftragsplanung verbundene konkludente Zustimmung zur Benutzung der patentierten Erfindung nicht notwendigerweise aus. Für die insoweit erforderlichen, dem Tatrichter obliegenden Feststellungen dazu, was die Beteiligten gewollt haben, könnte auch von Bedeutung sein, ob das angemeldete Patent zum Zeitpunkt der Planung bereits erteilt war, so daß F. einen Unterlassungsanspruch hätte geltend machen können.

Würde durch den bestimmungsgemäßen Betrieb der Anlage neben einem Sachanspruch zugleich ein Verfahrensanspruch des Patents verwirklicht, so stünde die Zustimmung zur Lieferung der Anlage auch einer Geltendmachung des Verfahrensanspruchs im Wege (vgl. Sen.Beschl. v. 16.9.1997 - X ZB 21/94, GRUR 1998, 130, 132 - Handhabungsgerät).

II. Auch die Verneinung eines Aufwendungsersatzanspruchs in Höhe von 1.034,25 DM für die Montage der Fingersiebelemente hält einer Nachprüfung nicht stand.

1. Der Forderung der Beklagten liegt zugrunde, daß die mit der Bauschuttsortieranlage gelieferte Siebanlage (Fingersiebelemente) mangelhaft war. Die Gemeinschuldnerin war nach den unangefochtenen Feststellungen des Berufungsgerichts mit der Mängelbeseitigung seit dem 5. September 1994 in Verzug. Daraufhin bestellte die Beklagte bei F. neue Fingersiebelemente zum Preis von 16.000,-- DM und ließ sie durch einen Mitarbeiter der F. einbauen. Nach ihrer Behauptung sind Montagekosten in Höhe von 4.034,25 DM angefallen.

2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Aufrechnung der Beklagten mit einem Anspruch in Höhe von 20.034,24 DM wegen der Fingersiebelemente sei in Höhe von 19.000,-- DM schon deswegen ohne Erfolg, weil der Kläger insoweit bei seiner Klageforderung 19.000,-- DM vorab abgezogen habe. Es ist insoweit offensichtlich von einer Aufrechnungserklärung des Klägers ausgegangen. Nur die Restforderung von 1.034,25 DM wird von der Revision weiterverfolgt.

Das Berufungsgericht hat diesen Betrag aberkannt, weil der Kläger den Zusammenhang der dazu vorgelegten Rechnung vom 17. Oktober 1994 mit dem Einbau der Fingersiebelemente bestritten habe. Die Rechnung befasse sich lediglich mit Einfahrkosten und es ergebe sich daraus nicht, daß es auch um Einbaukosten für Fingersiebelemente gegangen sei. Die Beklagte habe insoweit nur Beweis für die Durchführung des Einbaus und für die Bezahlung angeboten, nicht jedoch dafür, daß die Rechnung über 4.034,25 DM den Einbau der Fingersiebelemente betreffe.

3. Die Revision beanstandet zu Recht, daß das Berufungsgericht mit dieser Begründung die Erhebung des angebotenen Zeugenbeweises nicht ablehnen durfte. Berücksichtigt man, daß es sich bei dem Fingersieb um einen größeren Anlagenteil gehandelt hat, auf den 104.000,-- DM des Gesamtpreises entfielen, war das Beweisangebot der Beklagten dahin zu verstehen, daß die vorgelegte Rechnung die Montage und das danach und dadurch erforderliche "Einfahren" der Siebanlage betreffe und der Zeuge dies bestätigen könne, zumal sich die Rechnung, worauf das Berufungsgericht selbst hinweist, auf den Zeitraum vom 27. bis zum 29. September 1994 bezieht, in dem unstreitig der Einbau der Fingersiebelemente vorgenommen worden ist.

III. Ohne Erfolg bleibt die Revision, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht Ansprüche wegen von der Beklagten erbrachter Werkleistungen sowie wegen Lagerhaltungskosten verneint hat.

1. Mit auf die Gemeinschuldnerin lautendem, aber von MFL-A unterzeichnetem "Werkvertrag" vom 11. April 1992 übernahm es die Beklagte, für die Gemeinschuldnerin Inbetriebnahmen, Inspektionen, Servicedienste und Vor-Ort-Reparaturen an Maschinen der MFL in einem bestimmten Gebiet und

zu bestimmten Vergütungssätzen vorzunehmen. Zu diesem Zweck unterhielt die Beklagte ein Lager für Ersatzteile der Gemeinschuldnerin. Zum 31. Dezember 1993 wurden die Vergütungssätze aufgrund mündlicher Übereinkunft angehoben. Diese Absprachen sind in einem zweiten, nunmehr von der Gemeinschuldnerin unterzeichneten Vertrag vom 16. Juni 1994 schriftlich fixiert, in dem zugleich die Modalitäten der Abwicklung der einzelnen Aufträge im einzelnen geregelt wurden. Im Wege der Aufrechnung hat die Beklagte Lagerhaltungsvergütung für das Jahr 1994 in Höhe von 9.108,-- DM sowie Werklohn aus 25 Einzelaufträgen aus dem Zeitraum von April bis August 1994 in Höhe von insgesamt 78.192,24 DM geltend gemacht.

2. Das Berufungsgericht hat der Beklagten an Lagerhaltungskosten 6.195,48 DM zugebilligt, von denen der Kläger schon 3.960,-- DM in der Klageschrift berücksichtigt habe, so daß ein aufrechenbarer Anspruch von 2.235,48 DM verbleibe. Soweit die Beklagte weitere 2.912,52 DM für die Zeit nach Konkurseröffnung zur Aufrechnung stelle, sei dies unzulässig, da Miet- und Pachtzinsen nach Konkurseröffnung keine aufrechenbaren Konkursforderungen, sondern Masseschulden seien.

Die Werklohnforderungen der Beklagten seien nur in Höhe eines vom Kläger unstreitig gestellten und anerkannten Betrages von 769,35 DM begründet. Im übrigen sei die Forderung nicht schlüssig dargetan, da die Beklagte jeweils keine Auftragserteilung durch die Gemeinschuldnerin, sondern durch deren Muttergesellschaft MFL-A oder die Drittunternehmen, bei denen die Aufträge auszuführen gewesen seien, behauptet habe. Hinsichtlich der nach Abschluß des Vertrages vom 16. Juni 1994 erteilten Aufträge sei zudem die Einhaltung des detailliert vereinbarten Abwicklungsverfahrens bei der Auftragserteilung nicht vorgetragen.

3. a) Die Revision beanstandet die Aberkennung der nach Konkurseröffnung angefallenen Lagerhaltungskosten in Höhe von 2.912,52 DM. Das Berufungsgericht verkenne, daß in der Qualifizierung der Lagerhaltungskosten als Masseschulden gerade die Begründung für die Aufrechenbarkeit liege. Dieser rechtliche Ausgangspunkt der Revision trifft zu, denn § 55 KO betrifft die Aufrechnung mit Masseschulden nicht (vgl. BGHZ 30, 248, 250). Das verhilft der Revision jedoch nicht zum Erfolg, denn es ist nicht dargetan, daß es sich bei der Lagerhaltungsvergütung seit dem 13. Oktober 1994 um eine Masseschuld handelt. Das würde nach § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO voraussetzen, daß der Kläger als Konkursverwalter gemäß § 17 KO Erfüllung des Vertrages verlangt hat. Das ist nicht festgestellt.

b) Die Aberkennung der Werklohnforderungen der Beklagten wird von der Begründung des Berufungsgerichts getragen, die Beklagte habe für keinen der geltend gemachten Einzelaufträge eine Auftragserteilung durch die Gemeinschuldnerin dargetan.

aa) Die Revision hält die vom Berufungsgericht vorgenommene Differenzierung zwischen Aufträgen vor und nach dem 16. Juni 1994 für verfehlt und meint, der im Schriftsatz vom 25. November 1996 benannte Zeuge B. hätte zu der dortigen Behauptung gehört werden müssen, es sei unter dem ersten Vertrag vom 11. April 1992 ständige Übung gewesen, daß die Aufträge jeweils von dem Gewährleistungsberechtigten ausgelöst, die Rechnung an die Gemeinschuldnerin geschickt und von dieser an die Beklagte bezahlt worden sei; nach Abschluß des Vertrages vom 16. Juni 1994 sei ebenso verfahren worden.

Dabei läßt die Revision jedoch außer Betracht, daß der Zeuge B. bereits vom Landgericht gehört worden ist und seine Aussage im erstinstanzlichen Urteil als unergiebig angesehen worden ist. Die Revision legt nicht dar, daß im zweiten Rechtszug die erneute Vernehmung des Zeugen beantragt worden ist.

bb) Weiter bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht von der Vernehmung des Zeugen C. dazu absehen dürfen, daß die Gemeinschuldnerin für die von der Beklagten erbrachten Kundendienstleistungen den jeweiligen Empfängern der Reparatur- und Dienstleistungen eine Rechnung ausgestellt und bezahlt erhalten habe.

Auch diese Rüge greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß sich hieraus nichts für einen Vergütungsanspruch der Beklagten herleiten lasse. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kommt entgegen der Meinung der Revision ebenfalls nicht in Betracht, wenn die Beklagte, wie das Berufungsgericht angenommen hat, jeweils aufgrund eines Vertrages mit MFL-A oder mit den Kunden geleistet hat.

cc) Schließlich hat die Revision auch keinen Erfolg mit der Rüge, das Berufungsgericht hätte dem Vorbringen im Schriftsatz vom 23. Juli 1997 (nicht: Schriftsatz vom 15. Mai 1997) nachgehen müssen, der Zeuge C. könne "Zeugnis dafür abgeben, daß sämtliche streitgegenständliche Serviceleistungen im Auftrag der Gemeinschuldnerin erfolgten und von dieser gegenüber den Leistungsempfängern abgerechnet wurden". Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß sich die Beklagte damit, ohne dies zu erläutern, mit ihrem detaillierten, umfangreichen und auf jeden einzelnen Auftrag bezogenen bisherigen Vorbringen in Widerspruch gesetzt hat. In Anbetracht dieses Widerspruchs beinhaltet das Beweisangebot der Beklagten nicht mehr als die bloße Rechtsbe-

hauptung, die Leistungen seien im Auftrag der Gemeinschuldnerin erfolgt, ohne daß tatsächlich entsprechende, dem Beweis zugängliche Vereinbarungen zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten vorgetragen worden wären.

IV. Dagegen wendet sich die Revision wiederum mit Erfolg gegen die Verneinung einer an letzter Stelle zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderung in Höhe von insgesamt 620.010,80 DM wegen fehlender oder mangelhafter Leistungen der Gemeinschuldnerin im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren der gelieferten Bauschuttsortieranlage.

1. Die Auftragsbestätigung vom 20. Oktober 1993 weist unter Position 15 letzter Spiegelstrich des Auftragsumfangs den Punkt "Genehmigungsverfahren" auf. Die Parteien streiten darüber, welche Leistungen hierzu von der Gemeinschuldnerin erbracht werden sollten.

Die Beklagte beantragte die Genehmigung der Bauschuttsortieranlage mit einem von der F. vorbereiteten Antrag vom 20. Oktober 1993, der an die Stadtverwaltung Z. als Untere Immissionsschutzbehörde gerichtet war. In einer Besprechung vom 30. November 1993 beim Regierungspräsidium Ch. wurde durch das Regierungspräsidium als Obere Immissionsschutzbehörde darauf hingewiesen, daß die Genehmigung nach Auffassung des Regierungspräsidiums in dem beantragten vereinfachten Verfahren (nach § 19 BImSchG i.V.m. Nr. 2.2 der Spalte 2 des Anhangs zur Vierten Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - 4. BImSchV) nicht erteilt werden könne, vielmehr ein - in die Zuständigkeit des Regierungspräsidiums fallendes - förmliches Verfahren erforderlich sei. In einem Protokoll vom 8. August 1994 vereinbarten die Gemeinschuldnerin und die Beklagte unter der Überschrift

"Vertragsänderung infolge Nichtleistung" verschiedene Minderpreise. Darunter ist aufgeführt eine Position "Genehmigungsverfahren: 13.000,-- DM". Am 16. Dezember 1994 beantragte die Beklagte aufgrund neuer Unterlagen, die sie durch ein Ingenieurbüro hatte erstellen lassen, die Genehmigung der Anlage beim Regierungspräsidium Ch.. Im Januar 1995 erhielt sie eine eingeschränkte Betriebsgenehmigung für eine Durchsatzleistung von 9,95 t/h und am 19. März 1996 die uneingeschränkte Genehmigung für 56 t/h.

Die Beklagte macht Schadensersatzansprüche in Höhe von 175.850,-- DM wegen Stillstands der Anlage vom 8. August 1994 bis Januar 1995 und weitere 444.160,80 DM wegen des eingeschränkten Betriebs der Anlage von Januar 1995 bis zum 19. März 1996 geltend.

Sie hat vorgetragen, die Gemeinschuldnerin habe "auch das Genehmigungsverfahren geschuldet". F., die als deren Erfüllungsgehilfin die Antragsunterlagen vorbereitet habe, habe fehlerhaft gearbeitet, weil sie von einem vereinfachten Verfahren ausgegangen sei. Daraus hätten sich die eingetretenen Verzögerungen ergeben; bei richtiger Antragstellung hätten der eingeschränkte Betrieb schon im Dezember 1993 und der uneingeschränkte im Jahr 1995 begonnen werden können.

2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagten könne ein Anspruch auf Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung zustehen, wenn die Gemeinschuldnerin sich zur ordnungsgemäßen Durchführung des Genehmigungsverfahrens nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz verpflichtet hätte. Insoweit hätte der Vertrag vom 20. Oktober 1993 als gemischter Vertrag eine Dienstleistung mit Geschäftsbesorgungscharakter umfaßt, deren nicht ordnungsgemäße Erfüllung Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung auslö-

ste. Das ist richtig und wird weder von der Revision noch von der Revisionserwiderung angegriffen.

3. Das Berufungsgericht meint weiter, die Beklagte habe jedoch ihre Behauptung, die Gemeinschuldnerin habe "das Genehmigungsverfahren geschuldet", nicht ausreichend dargelegt und bewiesen. Aus Position 15 der Auftragsbestätigung sei der Schluß, die Gemeinschuldnerin habe den Genehmigungsantrag stellen, das Prüfungsverfahren begleiten und gegebenenfalls fehlende Unterlagen nachreichen müssen, nicht hinreichend sicher zu ziehen. Der Kläger habe substantiiert unter Beweisantritt behauptet, die Durchführung und Betreibung sei nicht vereinbart gewesen, die Position 15 habe sich auf die Standarddokumentation bezogen. Aus dem Umstand, daß die Gemeinschuldnerin, wie sich aus dem von F. gefertigten Antragsentwurf ergebe, mit dem Genehmigungsverfahren zu tun gehabt habe, sei nicht zu entnehmen, daß sie darüber hinaus eine Tätigkeit in diesem Verfahren geschuldet habe. Daß sie an dem Gespräch beim Regierungspräsidium am 30. November 1993 nicht beteiligt gewesen sei, spreche nicht gegen eine Verpflichtung der Gemeinschuldnerin, da unstreitig ein Vertreter der F. teilgenommen habe. Angesichts dessen bedürfe es keiner weiteren Erörterung, welche Folgerungen aus der Vereinbarung vom 8. August 1994 gezogen werden müßten.

4. Die Revision bemängelt zu Recht, daß das Berufungsgericht damit dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht hinreichend gerecht geworden ist.

a) Unbegründet ist allerdings ihre Rüge, das Berufungsgericht hätte dem Vorbringen der Beklagten nachgehen müssen, "der Zeuge C. (könne) darüber hinaus beweisen, daß die Beklagte den Lieferungsvertrag über die streitge-

genständliche Sortieranlage nur erwerben wollte, wenn das Genehmigungsverfahren von der Gemeinschuldnerin durchgeführt wird und daß nicht nur die Erstellung der Antragsunterlagen für das Genehmigungsverfahren, sondern darüber hinaus die gesamte Durchführung des Genehmigungsverfahrens von der Gemeinschuldnerin geschuldet wurde". Das Berufungsgericht hat hierin mit Recht keine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung dazu gesehen, was zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten über den Umfang der Vertragspflichten der Gemeinschuldnerin vereinbart worden ist.

b) Die Auslegung des Vertrages durch das Berufungsgericht ist jedoch nicht frei von Widersprüchen und schöpft die für die Ermittlung des Vertragsinhalts bedeutsamen Gesichtspunkte nicht aus.

Seine Ausführungen lassen schon nicht hinreichend erkennen, was das Berufungsgericht aufgrund der nach seiner Auffassung mit 38.500,-- DM zu vergütenden Position "Genehmigungsverfahren" als geschuldet ansieht. Soweit es sich darauf bezieht, der Kläger habe substantiiert behauptet, die Position 15 habe sich auf die Standarddokumentation bezogen, berücksichtigt das Berufungsgericht nicht, daß es in der Auftragsbestätigung unter der Überschrift "Dokumentation" heißt: "In den Angebotspreisen ist unsere Standarddokumentation enthalten." Das spricht dagegen, daß mit "Genehmigungsverfahren" die Standarddokumentation gemeint war, zumal deren mit "Maschinenbeschreibung, Wartungs- und Bedienungsanleitung, Maßblatt, Ersatzteilliste" umschriebener Umfang auch sonst einen Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren nicht erkennen läßt.

Das Berufungsgericht erwägt demgemäß, daß die Gemeinschuldnerin "mit dem Genehmigungsverfahren zu tun hatte". Es prüft jedoch nicht, welche

Rückschlüsse - mangels anderweitiger von den Parteien angebotener Beweismittel - die Gesamtumstände auf die Vorstellungen der Vertragsparteien vom Umfang der Leistungspflichten der Gemeinschuldnerin im Genehmigungsverfahren zulassen. In diesem Zusammenhang durfte das Berufungsgericht insbesondere nicht unerörtert lassen, welche Folgerungen aus der Vereinbarung vom 8. August 1994 gezogen werden können. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß die am 8. August 1994 vereinbarte "Vertragsänderung infolge Nichtleistung" keinen Sinn ergäbe, wenn die Gemeinschuldnerin mit dem von F. erstellten Entwurf eines Genehmigungsantrags das erbracht hätte, was sie schuldete. Die Vertragsänderung ist vielmehr ein deutliches Indiz dafür, daß die Gemeinschuldnerin mit dem Antragsentwurf ihre vertraglich geschuldete Leistung nicht (ordnungsgemäß) erbracht hat.

Das Berufungsurteil wird auch nicht durch die weitere Erwägung getragen, die Beklagte habe nicht dargetan, in welchem Zeitraum bei Antragstellung bei der richtigen Behörde im richtigen Genehmigungsverfahren die Genehmigung erteilt worden wäre. Das Gegenteil ergibt sich aus der im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgehaltenen Behauptung der Beklagten, der richtige Antrag sei 13 Monate und 26 Tage zu spät gestellt worden und bei richtiger Antragstellung hätte der eingeschränkte Betrieb schon im Dezember 1993 und der uneingeschränkte im Jahr 1995 begonnen werden können.

5. Bei der erneuten Prüfung des Umfangs der der Gemeinschuldnerin im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren obliegenden Leistungspflichten wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß bereits bei Vertragsschluß die Vergütung der Position "Genehmigungsverfahren" nicht mit dem ursprünglichen maschinenschriftlichen Betrag von 38.500,-- DM, sondern mit dem handschriftlich eingesetzten Betrag von 13.000,-- DM vereinbart wor-

den ist, wie sich aus der vom Berufungsgericht festgestellten Gesamtvergütung von 828.000,-- DM ergibt. Die am 8. August 1994 vereinbarte "Vertragsänderung infolge Nichtleistung" bedeutet daher, anders als das Berufungsgericht und auch die Revision angenommen haben, daß mit dem Minderpreis für das Genehmigungsverfahren von 13.000,-- DM die Vergütung insoweit auf Null festgesetzt worden ist. Das Berufungsgericht wird in tatrichterlicher Würdigung der Vereinbarung vom 8. August 1994 zu entscheiden haben, ob die damit vereinbarte und von den Parteien übereinstimmend vorgetragene Entlassung der Gemeinschuldnerin aus dem Genehmigungsverfahren im Sinne eines Vergleichs auch einen Schadensersatzanspruch der Beklagten ausschließt oder lediglich bedeutet, daß die Tätigkeit der Gemeinschuldnerin für das Genehmigungsverfahren nicht honoriert werden sollte, ohne damit die Geltendmachung von der Beklagten entstandenen Schäden auszuschließen.

Für einen solchen Schadensersatzanspruch kommt es nicht notwendigerweise darauf an, ob die Gemeinschuldnerin weitere Leistungen zu erbringen hatte als die Zurverfügungstellung der für den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsantrag notwendigen Unterlagen. Denn wenn, worauf die letztlich erteilte Genehmigung hindeutet, der ursprüngliche Antrag nicht im zutreffenden Verfahren und mit den für das reguläre Verfahren erforderlichen Nachweisen eingereicht worden ist, könnte die Gemeinschuldnerin ihre Vertragspflichten bereits durch die Überlassung eines fehlerhaften Antragsentwurfs verletzt haben.

In diesem Fall wird das Berufungsgericht Feststellungen dazu zu treffen haben, zu welchem Zeitpunkt die Gemeinschuldnerin der Beklagten die benötigten Unterlagen für einen Genehmigungsantrag im regulären Verfahren zur Verfügung hätte stellen können und müssen. Denn in Anbetracht der in der

Genehmigung des Regierungspräsidiums Ch. vom 19. März 1996 (Anl. B II 19 b) aufgeführten umfangreichen Antragsunterlagen und unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten, der richtige Antrag sei nach Einigung über den "Ausstieg" der Gemeinschuldnerin aus der Betreibung des Genehmigungsverfahrens am 8. August 1994 und nach notwendigen Vorarbeiten der richtigen und vollständigen Genehmigungsunterlagen durch das qualifizierte Ingenieurbüro am 16. Dezember 1994 eingereicht worden, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß auch ein Antrag im regulären Genehmigungsverfahren bereits am 20. Oktober 1993 hätte gestellt werden können.

Rogge Melullis Keukenschrijver

Mühlens Meier-Beck